

rBD 

REVISTA
BOLIVIANA
DE DERECHO

Publicación de circulación nacional.
Se distribuye además, en Argentina, Perú,
Colombia, Chile, México y España.
Iuris Tantum. Revista Boliviana de Derecho

Editorial: Fundación Iuris Tantum

Santa Cruz de la Sierra - Bolivia

Pasaje Tumusla 77

Telf. +591 3 3375330

Correo Electrónico:

orlandoparada.vaca@gmail.com

revistarbd@gmail.com

info@revistabolivianadederecho.org

www.revistabolivianadederecho.org

también en **facebook** <https://www.facebook.com/revistabolivianadederecho>

y **twitter**  <https://twitter.com/Vyjsantacruz>

Coordinación General: Esther Soria Roca- esthersoria.r@hotmail.com

Indexada en:

- LATINDEX (Producido por la Universidad Nacional Autónoma de México)
- INDEX TO FOREIGN LEGAL PERIODICALS (Producido por la Asociación Americana de Bibliotecas Jurídicas)
- SciELO (Scientific Electronic Library Online)
- ESCI (ISI-Thomson Reuters)
- ANVUR (Agencia Nacional de Evaluación del sistema universitario y de investigación en Italia)
- e-revist@as (Consejo Superior de Investigaciones Científicas de España)
- REDALYC (Red de Revistas Científicas de América Latina y El Caribe, España y Portugal) Expediente 156/2015A/E.

Depósito Legal: 4-3-18-06

ISSN: 2070-8157

© Derechos Reservados de los Autores

Impreso en Bolivia - *Printend in Bolivia*

SUMARIO

23

TRIBUNA

La interpretación constitucional en Bolivia, (¿Suicidio del TCP?, estudio de caso)... 16

DOCTRINA

- 01/ Los derechos fundamentales de la personalidad (al honor, a la intimidad y a la propia imagen) como categoría unitaria. José Ramón de Verda y Beamonte (España)..... 54
- 02/ La aplicación del derecho al olvido en España tras la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja. Juan Martínez Otero (España) 112
- 03/ La protección a la imagen y su materialidad en el ordenamiento chileno. Alfredo Ferrante (Chile)..... 134
- 04/ Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador. Amelia Sánchez Gómez (España)..... 168

CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO

- 05/ Sobre el alcance del ámbito de la protección de la vida privada y familiar en la jurisprudencia de Estrasburgo. Sofía de Salas Murillo (España)..... 194
- 06/ El derecho a la intimidad y el consentimiento de los menores de edad. Especial referencia a las redes sociales. Alejandro Villanueva Turnes (España)..... 208
- 07/ El derecho de autonomía del paciente menor: virtualidad de la mediación en los conflictos sanitarios con menores. Raquel Luquín Bergareche (España)..... 222
- 08/ Opinión pública y libertad de expresión. Jorge Antonio Climent Gallart (España)..... 240
- 09/ Protección del derecho al honor de las “víctimas” de los medios de comunicación mediante el ejercicio del derecho de rectificación. Begoña Vidal Fernández (España)..... 262

COMENTARIOS LEGALES

- 10/ El litisconsorcio en el proceso civil de conocimiento tras el nuevo Código Procesal Civil boliviano. Diana Marcos Francisco (España)..... 280

11/ El estado de hijo único en Italia. Margot Bellomo (Italia).....	318
---	-----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

12/ Las facultades de la empresa de video-vigilancia de sus trabajadores. Comentario a la STC 39/2016, de 3 de marzo. Daniel Toscani Giménez (España).	366
13/ Externalización y reestructuraciones por causas organizativas: el caso Meliá. Comentario a la STS núm. 104/2015, de noviembre (JUR 2016, 31353). Amparo Esteve Segarra (España).	374
14/ Primera condena a Catalunya Banc por las preferentes. Comentario a la STS núm. 102/2016, de 25 de febrero (RJ 2016, 1514). Ana Isabel Blanco García (España).....	392
15/ <i>Advocacy journalism</i> y el derecho al honor: comentario a la STEDH de 14 junio de 2016. Caso Jiménez Losantos c. España. Jorge Antonio Climent Gallart (España).....	408

CRÓNICA JURISPRUDENCIAL

16/ El principio constitucional de capacidad económica en las tasas. Un estudio de la jurisprudencia sobre la materia. Fernando Hernández Guijarro (España).....	420
17/ El carácter ganancial o privativo de la indemnización por despido: criterios delimitadores. Diego Eloy García García (España).....	440

DIRECCIÓN GENERAL

DR. ORLANDO PARADAVACA

Catedrático de Derecho, Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DIRECCIÓN ACADÉMICA

DR. JOSÉ RAMÓN DEVERDAY BEAMONTE

Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

SECRETARÍA

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS

Becario de Investigación de la Universidad de Valencia, España

CONSEJO EDITORIAL

DR. ALEX PARADA MENDÍA

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

Msc. JERJES JUSTINIANO ATALÁ

Universidad Autónoma Gabriel René Moreno, Bolivia

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ

Prof. Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

DRA. ROSA MOLINER NAVARRO

Profª Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DRA. VIRGINIA PARDO IRANZO

Profª Titular de Derecho Procesal, Universidad de Valencia, España

COMITÉ CIENTÍFICO:

DR. ÁNGEL A. BLASCO PELLICER
Catedrático de Derecho del Trabajo, Universidad de Valencia, España

DRA. PÍA CALDERÓN CUADRADO
Catedrática de Derecho Procesal, Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España

DR. SALVADOR CARRIÓN OLMOS
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DR. JORGE ESQUIROL
Law Professor, Florida International University (FIU), USA

DR. GIAMPAOLO FREZA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad Lumsa de Palermo, Italia

DR. ENRIQUE GÓMEZ ROYO
Catedrático Emérito de Derecho Romano, Universidad de Valencia, España

DR. FRANCISCO JOSÉ MAGRANER MORENO
Catedrático de Derecho Financiero, Universidad de Valencia, España

DR. LORENZO MEZZASOMA
Catedrático de Derecho Privado, Universidad de Perugia, Italia

DR. CARLOS PIZARRO WILSON
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Diego Portales, Chile

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

DR. EMILIANO BORJA JIMÉNEZ
Catedrático de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Profesor Titular de Derecho Civil, LUMSA, Palermo, Italia

DR. JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Murcia, España

DR. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO
Catedrático de Derecho Mercantil, Universidad de Valencia, España

DR. ANDREA FEDERICO
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Salerno, Italia

DR. LAURENT NEYRET
Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Artois, Francia

DR. GABRIEL GARCÍA CANTERO
Catedrático Emérito de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza, España

DRA. AIDA KEMELMAJER DE CARLUCCI
Catedrática de Derecho de Familia, Universidad de Cuyo, Argentina

PROF. FABRICIO MANTILLA ESPINOSA
Catedrático de Contratos civiles y mercantiles, Universidad del Rosario, Colombia

DR. JAVIER ORDUÑA MORENO
Catedrático de Derecho Civil, Magistrado Sala 1ª del Tribunal Supremo, España

DRA. ILIANA PORRAS,
Law Professor and Dean of the Law Faculty, Miami University, USA

DR. FRANCISCO TERNERA BARRIOS,
Catedrático de Derecho Civil, Universidad del Rosario, Colombia

DR. ÁLVARO VIDAL OLIVARES
Catedrático de Derecho Civil, Universidad Católica de Valparaíso, Chile

DOÑA CLARA BAYARRI GARCÍA,
Magistrada de la Sección Tercera de la Sala Penal de la Audiencia Nacional de España

RESPONSABLES DE SECCIÓN:

Derecho y Bioética

DRA. JOSEFINA ALVENTOSA DEL RÍO
Profesora Titular de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Constitucional

DR. JUAN MARTÍNEZ OTERO
Profesor de Derecho Público, Universidad CEU-Valencia, España

Derecho y Deporte

DR. EMANUELE INDRACCOLO
Profesor Titular de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Internacional Privado

DR. ALFONSO ORTEGA GIMÉNEZ
Profesor Contratado Derecho Internacional Privado, Universidad Miguel Hernández de Elche, España

Derecho Mercantil

DR. PABLO GIRGADO PERENDONES
Profesor Titular de Derecho Mercantil, Universidad de Tarragona, España

Derecho y Nuevas Tecnologías

DR. DAVID LÓPEZ JIMÉNEZ
Profesor Titular de Derecho Civil, Universidad Autónoma de Chile

Derecho Procesal

DRA. ROSA MARÍA PASCUAL SERRATS
Profesora de Derecho Procesal, Universidad CEU-Valencia, España

Derecho de Consumo

DRA. MARÍA JOSÉ REYES LÓPEZ
Catedrática de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Financiero

DR. FERNANDO HERNÁNDEZ GUIJARRO
Profesor Asociado de la Universidad de Valencia, España

Derecho Medioambiental

DRA. ANNA MALOMO
Profesora Titular Acreditada de Derecho Privado, Universidad de Salerno, Italia

Derecho Notarial y Sucesorio

DRA. MARÍA ELENA COBAS COBIELLA
Profesora Contratada Doctor de Derecho Civil, Universidad de Valencia, España

Derecho Penal

DRA. ASUNCIÓN COLÁS TURÉGANO
Profesora Titular de Derecho Penal, Universidad de Valencia, España

Propiedad Intelectual e Industrial

D. PEDRO CHAPARRO MATAMOROS
Becario de Investigación, Universidad de Valencia, España

Teoría General del Derecho

DR. PEDRO TALAVERA FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Filosofía del Derecho, Universidad de Valencia, España

Derecho Comparado

DR. GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA
Profesor Titular de Derecho Civil, LUMSA, Palermo, Italia

Derecho del Trabajo

DR. EDUARDO TALÉNS VISCONTI
Becario de Investigación, Universidad de Valencia, España.



FUNDACIÓN IURISTANTUM
REVISTA BOLIVIANA DE DERECHO
AÑO XII - Nº23
ENERO/2017
EDICIÓN SEMESTRAL
ISSN-2070-8157
SANTA CRUZ - BOLIVIA

FINES Y OBJETIVOS

Nuestra finalidad es difundir el pensamiento jurídico boliviano y colocar al alcance de los juristas nacionales la doctrina en el ámbito iberoamericano.

Tenemos como objetivo contribuir al desarrollo de la ciencia jurídica, promoviendo el debate sobre temas jurídicos relevantes ya que, el conocimiento de la doctrina y el pensamiento jurídico actualizado y moderno permitirá que, también los bolivianos, podamos integrarnos al mundo globalizado de hoy, intentando producción propia en la interpretación y aplicación de nuestra legislación, siempre en defensa de los derechos fundamentales.

COBERTURA TEMÁTICA:

Las áreas que intentamos abarcar son: Derecho Constitucional, Derecho Penal, Derecho Administrativo, Derecho Civil y Derecho Comercial o Mercantil.

PÚBLICO AL QUE ESTÁ DIRIGIDO:

Juristas, docentes, estudiosos e investigadores, estudiantes y curiosos de la ciencia del Derecho en sus diversas manifestaciones.

FINES TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE RBD

I. Generalidades.

Este sitio web (www.revistabolivianadederecho.com), es propiedad de la “Fundación Iuris Tantum”, entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La “Fundación Iuris Tantum” podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

2. Usos permitidos.

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o “screen scraping”).

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

4. Obligaciones del usuario.

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

5. Cláusula de limitación de responsabilidad.

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

6. Propiedad intelectual e industrial.

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se registrará de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente dirección: revistarbd@gmail.com



El principio de protección del interés superior del menor.

Recientemente, se ha producido en España una modificación legislativa que incide sobre el importante, aunque difuso, principio de protección superior del menor, que fue consagrado en el ordenamiento jurídico español por la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

No se puede dudar de la importancia que dicho principio asume en la actual realidad social y jurídica en todos los Derechos, nacionales e internacionales. Sin embargo, al ser el “interés superior de menor” un concepto jurídico indeterminado va siempre acompañado de una cierta indefinición que plantea al intérprete el problema de cómo aplicarlo.

La Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, traduce la preocupación del legislador por este problema, conteniendo un interesante desarrollo del mencionado principio, en una triple vertiente: sustantiva, interpretativa y procesal, que se plasma en la modificación del art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

En la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 8/2015 se explica la reforma, observando que el interés superior del menor “Por una parte, es un derecho sustantivo en el sentido de que el menor tiene derecho a que, cuando se adopte una medida que le concierna, sus mejores intereses hayan sido evaluados y, en el caso de que haya otros intereses en presencia, se hayan ponderado a la hora de llegar a una solución. Por otra, es un principio general de carácter interpretativo, de manera que si una disposición jurídica puede ser interpretada en más de una forma se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Pero además, en último lugar, este principio es una norma de procedimiento. En estas tres dimensiones, el interés superior del menor tiene una misma finalidad: asegurar el respeto completo y efectivo de todos los derechos del menor, así como su desarrollo integral”.

Es particularmente digna de mención la vertiente procesal desarrollada por el nuevo art. 9.5 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

A tenor del precepto, "Toda medida en el interés superior del menor deberá ser adoptada respetando las debidas garantías del proceso y, en particular:

a) Los derechos del menor a ser informado, oído y escuchado, y a participar en el proceso de acuerdo con la normativa vigente.

b) La intervención en el proceso de profesionales cualificados o expertos. En caso necesario, estos profesionales han de contar con la formación suficiente para determinar las específicas necesidades de los niños con discapacidad. En las decisiones especialmente relevantes que afecten al menor se contará con el informe colegiado de un grupo técnico y multidisciplinar especializado en los ámbitos adecuados.

c) La participación de progenitores, tutores o representantes legales del menor o de un defensor judicial si hubiera conflicto o discrepancia con ellos y del Ministerio Fiscal en el proceso en defensa de sus intereses.

d) La adopción de una decisión que incluya en su motivación los criterios utilizados, los elementos aplicados al ponderar los criterios entre sí y con otros intereses presentes y futuros, y las garantías procesales respetadas.

e) La existencia de recursos que permitan revisar la decisión adoptada que no haya considerado el interés superior del menor como primordial o en el caso en que el propio desarrollo del menor o cambios significativos en las circunstancias que motivaron dicha decisión hagan necesario revisarla. Los menores gozarán del derecho a la asistencia jurídica gratuita en los casos legalmente previstos".

Estamos, sin duda, ante una interesante modificación legal, llamada a ejercer gran influencia en la doctrina científica y en la práctica de los tribunales

El Director



LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA,
(¿SUICIDIO DEL TCP?, ESTUDIO DE CASO)

BOLIVIA CONSTITUTIONAL INTERPRETATION,
(TCP SUICIDE? CASE STUDY)

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 16-51

Marco Antonio
BALDIVIESO
JINÉS

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: El presente estudio propone escudriñar a detalle una resolución relevante emitida por el Tribunal Constitucional Plurinacional (DC 3/20013 de 25 de abril), una desacertada interpretación que violenta la previsión constituyente sobre el sistema constitucional boliviano y desconfigura gran parte del delicado equilibrio inter-orgánico.

En el análisis de esta Declaración Constitucional, operativamente se parte del contexto normativo ponderando cuantitativamente los principales elementos de la resolución, luego, se ingresa a desagregar los componentes del juicio de constitucionalidad identificando las bases teórico-normativas y la cadena de precedentes (internos y externos), que sustentan la ratio decidendi y el fallo; finalmente se insiste en la valoración del decusum, partiendo de criterios formales y la connotación cualitativa sobre la interpretación constitucional (ampliando prolijamente este último bloque analítico).

PALABRAS CLAVE: Estado Plurinacional Comunitario, Tribunal Constitucional Plurinacional, Sistema Constitucional, Intérprete de la Constitución, Labor hermenéutica, Sistemas de Control de Constitucionalidad, El sistema político de control de Constitucionalidad, Interpretación práctica.

ABSTRACT: This study proposes to examine in detail a relevant decision issued by the Plurinational Constitutional Court (DC 3/20013 of 25 April), a misguided interpretation that violates the constitutional projection on the Bolivian constitutional system, and unconfigures much of the delicate inter-organic balance.

In the analysis of this Constitutional Declaration, operationally it is part of the regulatory context quantitatively weighing the main elements of the resolution, then, is entered to disaggregate the components of the "judgment of constitutionality" identifying the theoretical and normative basis and the chain of precedents (internal and external) that sustain the ratio decidendi and verdict; finally insists in the decusum assessment, based on formal criteria and qualitative connotation on constitutional interpretation (the latter extending scrupulously analytic block).

KEY WORDS: Plurinational Communitarian State; Plurinational Constitutional Court; Constitutional System; Interpreter of the Constitution; Hermeneutical work; Constitutionality Control Systems; The Political System of Constitutionality Control; Practical interpretation.

SUMARIO.- I. LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA.- 1. El Estado Plurinacional Comunitario.- 2. Valores y principios ancestrales incorporados al baremo axiológico.- 3. Jurisdicción indígena, rango constitucional e igual jerarquía.- 4. Legitimación de magistrados, elección por voto popular.- II. EL SUBSISTEMA GARANTISTA.- 1. Los Derechos Humanos.- 2. Garantías Constitucionales.- III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.- 1. El subsistema competencial.- IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.- 1. Sistemas y subsistemas de Control de Constitucionalidad.- V. ESTUDIO DE CASO.- 1. Antecedentes de la consulta.- 1.1. Normas objeto del control constitucional previo o preventivo.- 1.2. Base Normativa que circunscribe la competencia del TCP.- 1.3. Indicadores relevantes de la resolución analizada.- 1.4. Aspectos positivos de la resolución. Precedentes indicativos.- 2. Juicio de Constitucionalidad realizado por el TCP.- 2.1. Precedentes Jurisprudenciales de la resolución.- 2.2. Fallo o Decisión de la resolución estudiada.- 3. El Bloque de Constitucionalidad en la Resolución estudiada.- 3.1. Integración Convencional de la resolución estudiada (CIDH).- 3.2. Jurisprudencia comparada.- 3.3. Cita de precedentes y jurisprudencia interna, en la resolución estudiada.- 3.4. Citas de Doctrina que contiene la resolución estudiada.- VI. CONCLUSIONES.- 1. Aspectos de forma.- 2. Cuestiones de fondo.- 3. Connotación de la resolución.

I. LA CONSTITUCIÓN BOLIVIANA.

“...La Constitución es creadora del momento, de la estabilidad y de la permanencia.....”

(...) La Constitución no es sólo un ordenamiento jurídico para los juristas si no que actúa esencialmente también como guía para los no juristas; Para el ciudadano la Constitución no es un solo texto jurídico o un ‘mecanismo normativo’, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, espejo de su patrimonio cultural y sus esperanzas”. Peter Häberle¹.

Después de una profunda crisis política, Bolivia opta por transformar el Estado y dotarse de una nueva Constitución, el proceso siempre conflictivo de la transición democrática -sin violencia material- dio origen a la Constitución Plurinacional que

¹ HÄBERLE, P.: *EL ESTADO CONSTITUCIONAL*, UNAM INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS (TRAD. FIX-FIERRO, H.), MÉXICO-DF, 2003, pp. 3 y 5.

• Marco Antonio Baldivieso Jinés

Abogado Constitucionalista, Profesor Titular de la UMRPSFXC, Presidente del Tribunal Nacional de Honor del Colegio de Abogados de Bolivia; (ex) Decano del Tribunal Constitucional de Bolivia; Representante de Chuquisaca al Consejo Pre-Constituyente y Pre Autonómico de Bolivia, Consultor de NU, OEA, USAID, UE, KAS. Docente de Pre y Posgrado.- ESEJ (U. Bolonia-Italia), UCMC (Bogotá-Colombia), ISAE UDC (David-Panamá); UMSS (Cochabamba); UASB (Andina); UMSA (La Paz), UTO (Oruro), Tomas Frías (Potosí), Misael Saracho (Tarja), Universidad Técnica del Beni, UNIVALLE, UDABOL, LOYOLA, UNIFRANZ. Autor de libros, y múltiples publicaciones en el área del Derecho.

sintetiza la emergencia de nuevas hegemonías y connota enormes quiebres de paradigmas tradicionales, se producen grandes cambios en todos los ámbitos.

En agosto de 2007 en Sucre -Capital de la República de Bolivia- y con masiva participación de los sectores sociales fue oficialmente inaugurada la primera Asamblea Constituyente democrática², se logró trasladar la peligrosa confrontación callejera al -mejor controlado- debate en bancadas de asambleístas; no obstante, la deliberación fue insuficiente para contener demandas regionales, vindicaciones históricas e intereses de estamentos muy influyentes, terminando con la concertación y culminando en la confrontación material (otra vez afloró la violencia con infinidad de heridos y tres muertos). Finalmente la sede fue trasladada a otra ciudad -Oruro- y el texto original de la Constitución fue modificado por consenso de los partidos políticos predominantes (MAS – PODEMOS - UN). La nueva Constitución fue publicada el 7 de febrero de 2009.

I. El Estado Plurinacional Comunitario.

Bolivia es una comunidad política compleja; ha sido muy importante la decadencia de una élite gobernante o “Clase Política” -término que acuñara el politólogo italiano Caetano Mosca-hecho que dio paso a una nueva generación de organizaciones sociales de campesinos, obreros, e indígenas, que optaron por pugnar en el sistema partidista; luego de varios años de obtener bajos porcentajes de votación, el 2005 por primera vez, un líder indígena-campesino asume la presidencia (ya se tenía la experiencia de un Vicepresidente Aymara).

Entre las innovaciones más importantes, se identifica una nueva forma de Estado cuya tipología no está contemplada en la Ciencia Política ni en la Teoría del Estado; la doctrina del liberalismo prevé el surgimiento del Estado Democrático de Derecho, el Estado Social, El Estado Constitucional y el Cosmopolita como el más alto grado de evolución social (superior a todas las formas de Estado), por su parte, el marxismo había previsto la Sociedad Mundial carente de autoridad y de Estado como tal superando el provisional Estado Socialista; en ambos casos, no se considera al Estado Plurinacional Comunitario en ninguna de sus fases escalonadas.

La Asamblea Constituyente de Bolivia ha previsto romper con los modelos imperantes y vislumbrar un Estado sui generis “Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario” (preámbulo de la CPE), basado en la característica más distintiva de la sociedad boliviana, el pluralismo. El Art. 5 CPE reconoce 37 idiomas oficiales, entre otros tantos, que indican la diversidad.

2 Véase VACA DÍEZ, H.: *PENSAMIENTO CONSTITUCIONAL BOLIVIANO*, FONDO EDITORIAL DE LOS DIPUTADOS, BOLIVIA, 1998.

CPE - Artículo 1. "Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías. Bolivia se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico, dentro del proceso integrador del país".

Como se observa, la Constitución boliviana propone una nueva forma de estructura política, el Estado Plurinacional Comunitario; este nuevo ideal de comunidad progresista no pierde los componentes propios del Estado Liberal Republicano, puesto que persisten intrínsecamente en su contenido -subsisten los elementos constitutivos de la evolución del Estado: Social, Democrático, y de Derecho-.

2. Valores y principios ancestrales incorporados al baremo axiológico.

Otra característica de la Constitución Plurinacional, es la agregación explícita de contenidos axiológicos provenientes de las culturas indígenas, tanto valores como principios; a partir de la parte preliminar del texto constitucional, se percibe una notoria influencia de la cosmovisión andina y también de la vivencia de los pueblos de tierras bajas. (La Madre Tierra, la libre determinación de los pueblos, la sublevación indígena, la lucha por el territorio, las marchas indígenas, y otras).

CPE - Artículo 8.

I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble).

II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien".

Las nomas primarias se enriquecen con los valores y principios indígena-originario, campesinos que se irradiaran hacia las normas fundamentales y orgánicas, pero también permanecen los bienes superiores propios de la cultura occidental; una interesante simbiosis axiológica que da pie al desarrollo del pluralismo jurídico boliviano.

3. Jurisdicción indígena, rango constitucional e igual jerarquía.

En un país con mayoría de indígenas, originarios y campesinos -con un presidente indígena- la Constitución establece la protección reforzada de los pueblos indígenas, como acción positiva o afirmativa, en compensación a siglos de discriminación y sometimiento; se reconocen a su favor: la libre determinación, su territorio, sus instituciones, su jurisdicción, sus derechos colectivos, la propiedad comunitaria, las autonomías indígenas, y las circunscripciones especiales de representación política.

CPE – Artículo 30.

“I. Es nación y pueblo indígena originario campesino toda la colectividad humana que comparta identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión, cuya existencia es anterior a la invasión colonial española.

II. En el marco de la unidad del Estado y de acuerdo con esta Constitución las naciones y pueblos indígena originario campesinos gozan de los siguientes derechos: (...) [se consignan 18 derechos específicos de carácter exclusivo]”

Artículo 179.

“II. La jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originario campesina gozarán de igual jerarquía”.

Artículo 190.

“Las naciones y pueblos indígena originario campesinos ejercerán sus funciones jurisdiccionales y de competencia a través de sus autoridades, y aplicarán sus principios, valores culturales, normas y procedimientos propios”.

4. Legitimación de magistrados, elección por voto popular.

Otra particularidad de la Ley Fundamental boliviana, es la elección directa de Magistrados en los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y del Tribunal Constitucional Plurinacional; como una modalidad de conformación que permita mayor independencia del sistema de justicia, se determinó que la legitimidad extrañada podría provenir del voto directo del ciudadano, tal y como sucede con las autoridades del Órgano Legislativo y Ejecutivo.

CPE - Artículo 182.

“I. Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Supremo de Justicia serán elegidas y elegidos mediante sufragio universal. [Este sistema se amplía a los Magistrados

del Tribunal Constitucional Plurinacional, Tribunal Agroambiental y Consejo de la Magistratura].

II. La Asamblea Legislativa Plurinacional efectuará por dos tercios de sus miembros presentes la preselección de las postulantes y los postulantes por cada departamento y remitirá al órgano electoral la nómina de los precalificados para que éste proceda a la organización, única y exclusiva, del proceso electoral.

III. Las y los postulantes o persona alguna, no podrán realizar campaña electoral a favor de sus candidaturas, bajo sanción de inhabilitación. El Órgano Electoral será el único responsable de difundir los méritos de las candidatas y los candidatos.

IV. Las magistradas magistrados no podrán pertenecer a organizaciones políticas''.

El 2011 se realizó por primera vez una complicada elección, desnudando la injerencia política en un supuesto proceso apartidista, se prescindió de la meritocracia privilegiándose la auto-identificación étnica, en desmedro de la idoneidad y vocación de los magistrados; sin embargo, no deja de ser una propuesta interesante para asegurar el principio de independencia³.



II. EL SUBSISTEMA GARANTISTA.

I. Los Derechos Humanos.

“Los derechos humanos suelen venir entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. Antonio Pérez Luño⁴.

La dignidad como núcleo esencial del sistema garantista, debe ser entendida en toda su extensión: I. *El componente moral*, como cualidad inmanente a todos los seres

3 BALDIVIESO JINÉS, M. A.: “LA INDEPENDENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. ELECCIÓN DE AUTORIDADES EN BOLIVIA”, ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO, KONRAD ADENAUER, COLOMBIA, 2012, pp. 349-364.

4 PÉREZ LUÑO, A.: *Los Derechos Fundamentales*, TECNOS, MADRID, 2003, p. 46.

humanos que por nuestra propia naturaleza merecemos respeto y consideración de nuestros semejantes y del Estado, esta condición nos diferencia de los demás seres de la naturaleza; 2. *El componente jurídico*, como atribución que nos permite ser sujetos de derechos -y también de obligaciones-, según el profesor Gregorio Peces-Barba, es el primer derecho de la persona “El derecho a Tener Derechos”; 3. *El componente político*, como la zona exenta del influjo del poder público, la libertad de decisión, tratándose de derechos individuales se expresa mediante la autonomía de la voluntad, y respecto a derechos colectivos, a través de la libre determinación de los pueblos.

El contenido garantista de la Constitución Boliviana Plurinacional ha mejorado ostensiblemente, la anterior CPE contaba con un solo artículo y once incisos sobre derechos; actualmente se tiene un título con más de cien artículos dedicados a las normas fundamentales - Título II de la parte Primera-, se han incorporado textualmente una gran parte de los instrumentos internacionales y nuevos derechos para grupos especialmente protegidos entre los que destacan los derechos de los pueblos indígenas, derechos de las familias, derechos de personas con capacidades especiales, derechos de los privados de libertad, derechos de los adultos mayores. Destacan también el principio de progresividad y dos dispositivos que conectan las constituciones de cada Estado con el Derecho Universal de los Derechos Humanos, el Bloque de Constitucionalidad y la Cláusula Abierta; estos institutos jurídicos permiten la evolución permanente del subsistema garantista a través de la recepción normativa.

Apuntalando la eficacia de la dimensión garantista la constitución boliviana determina la *supra-legalidad* de los tratados internacionales y la *supra-constitucionalidad* extraordinaria de los Tratados e instrumentos internacionales sobre derechos humanos, incluyendo la interpretación de los mismos; finalmente y fortaleciendo el sistema garantista interno, Bolivia se adhiere plenamente al sistema garantista interamericano por medio de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha incorporado el Control de Convencionalidad, aceptando la vinculatoriedad de las resoluciones de la CIDH en el sistema normativo interno⁵.

CPE - Artículo 13. “II. Los derechos que proclama esta Constitución no serán entendidos como negación de otros derechos no enunciados.

IV. Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de Excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia”.

5 Véase: sentencias constitucionales N° 1907/2012-R; y N° 1888/2012-R.

Artículo 256.

“I. Los tratados e instrumentos internacionales en materia de derechos humanos que hayan sido firmados, ratificados o a los que se hubiera adherido el Estado, que declaren derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, se aplicarán de manera preferente sobre ésta.

II. Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables”.

2. Garantías Constitucionales.

“¿Derecho procesal constitucional?, [afirmando], un derecho procesal constitucional, sí, pero “sui generis” -es más, muy sui generis-, que comprenda en sí pluralidad de perspectivas, que deben reconstruirse alrededor de bienes jurídicos múltiples. El derecho procesal capaz de comprender las razones no siempre coincidentes de la tutela subjetiva de los derechos fundamentales, pero también las razones de la tutela objetiva de la Constitución”. Gustavo Zagrebelsky⁶.

Por definición las garantías son instrumentos jurídicos que posibilitan la materialización del derecho, hacen efectivos los postulados de las normas positivas y consuetudinarias, objetivando su contenido abstracto dentro del ámbito de la realidad. Las garantías constitucionales tienen el propósito de asegurar el cumplimiento de los derechos de aplicación inmediata -derechos fundamentales-. En Bolivia existe una clasificación de derechos -fundamentales, de grupos protegidos y derechos en general- sin embargo, la diferencia es meramente semántica puesto que la propia Constitución desconoce cualquier jerarquía y establece los mismos medios de protección para todos ellos.

CPE - Artículo 13.

“I. Los derechos reconocidos por esta Constitución son inviolables, universales, interdependientes, indivisibles y progresivos. El Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos.

III. La clasificación de los derechos establecida en esta Constitución no determina jerarquía alguna ni superioridad de unos derechos sobre otros”.

Artículo 109.

6 SAGREBELSKY, G.: *EL DERECHO DÚCTIL: LEY, DERECHOS, JUSTICIA*, ENTREVISTA, MADRID, 1995.

“Todos los derechos reconocidos en la Constitución son directamente aplicables y gozan de iguales garantías para su protección”.

Bajo la premisa que todos los derechos cuentan con las mismas garantías para asegurar su objetivación, la Constitución boliviana reconoce tres tipos de garantías:

1. Las Procesales, que tienen que ver con el cumplimiento de los requisitos, condiciones, términos, plazos y demás formalidades, que la CPE y las leyes imponen a quienes pretendan suprimir o restringir el ejercicio de derechos humanos (Debido Proceso Adjetivo), defensa, igualdad inter pares, motivación, pertinencia, coherencia;
2. Las Judiciales, que operan como directrices que guían cualquier proceso o procedimiento donde se tenga que dirimir cuestiones emergentes del ejercicio de derechos humanos (Debido Proceso Sustantivo)⁷, Independencia, imparcialidad, probidad, celeridad, razonabilidad, proporcionalidad, equidad, gratuidad); y 3. Las Jurisdiccionales⁸, que son verdaderos procesos sumarísimos especializados en la tutela oportuna de los derechos humanos, por medio de estas garantías se activa la jurisdicción constitucional. Las más conocidas son el Hábeas Corpus, Amparo Constitucional y Hábeas Data, actualmente la CPE del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia reconoce una gama más específica de acciones dirigida a defender determinados derechos, y ha variado hasta la denominación –antes en latín- a nombres más comprensibles para la población, un esfuerzo de la pedagogía constitucional.

Las “Acciones de defensa” son garantías constitucionales jurisdiccionales que tienen el cometido de incoar una demanda sumarísima con un procedimiento abreviado que permita la tutela inmediata de derechos humanos; en Bolivia las acciones garantistas están ampliamente desarrolladas y se han especializado en resguardar determinados grupos de derechos, dejando la generalidad contenida en otras constituciones del Siglo XIX y hasta del Siglo XX, como la de Venezuela,⁹

7 LINARES, J. F.: *RAZONABILIDAD DE LAS LEYES*, ASTREA, ARGENTINA, 1970, p. 12

Esta fórmula, *dueprocess of law*, se dirige no sólo al conjunto de procedimientos legislativos, judiciales y administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa sea formalmente válida, es decir, referida al aspecto adjetivo del debido proceso, sino también a evitar que sea lesionada sustancialmente la libertad jurídica que se reputa intangible para el individuo y que comporta el aspecto material del debido proceso.

“(…) Desde el punto de vista sustantivo el debido proceso es un *standard de justicia* que determina a aquellos órganos hasta dónde pueden incidir en el ejercicio del arbitrio que la Constitución les atribuye, sobre la libertad individual”.

8 Sentencia Constitucional N° 1429/2011 de 10 de octubre

(…) En consonancia con los tratados internacionales citados, a través de la jurisprudencia constitucional se ha establecido que los elementos que componen al debido proceso son el derecho a un proceso público; derecho al juez natural; derecho a la igualdad procesal de las partes; derecho a no declarar contra sí mismo; garantía de presunción de inocencia; derecho a la comunicación previa de la acusación; derecho a la defensa material y técnica; concesión al inculpado del tiempo y los medios para su defensa; derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas; derecho a la congruencia entre acusación y condena; la garantía del *non bis in idem*; derecho a la valoración razonable de la prueba; derecho a la motivación y congruencia de las decisiones (SSCC 0082/2001-R, 0157/2001-R, 0798/2001-R, 0925/2001-R, 1028/2001-R, 1009/2003-R, 1797/2003-R, 0101/2004-R, 0663/2004-R, 022/2006-R, entre otras).

9 Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

Artículo 27. “*Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los*

cumplen un rol muy importante en el sistema jurídico, trastocando el nicho etéreo de los valores y principios, en realidades concretas de derechos tutelados. Véanse las directrices del derecho procesal constitucional boliviano¹⁰.

La Constitución del Estado Plurinacional Comunitario, consagra un capítulo íntegro a las acciones de defensa –entendidas como garantías jurisdiccionales específicas–; en Bolivia se reconocen cinco tipos, la Acción de Libertad, la Acción de Amparo Constitucional, la Acción de Protección de Privacidad, la Acción de Cumplimiento y la Acción Popular (instrumento idóneo para resguardar derechos difusos y colectivos).

III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PLURINACIONAL.

La independencia de la judicatura será garantizada por el Estado y proclamada por la Constitución o legislación del país. Todas las instituciones gubernamentales y de otra índole respetarán y acatarán la independencia de la judicatura. Principios básicos de Naciones Unidas Relativos a la independencia de la judicatura¹¹.

En Bolivia, la jurisdicción constitucional fue instaurada en 1999, este Tribunal es independiente y no forma parte del Órgano Judicial, funcionalmente, obedece a un sistema híbrido que articula la jurisdicción formal con la jurisdicción indígena; tiene el rol de hacer prevalecer la constitución y velar por el respeto a los derechos humanos. Está conformado por siete magistrados titulares y un número igual de suplentes elegidos por voto popular que cumplen un mandato de 6 años, actualmente dos magistrados, se auto-identifican como indígena-originarios (otros tres –entre ellos un indígena- fueron destituidos por el Órgano Legislativo).

derechos y garantías constitucionales, aun de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto.

La acción de amparo a la libertad o seguridad podrá ser interpuesta por cualquier persona, y el detenido o detenida será puesto bajo la custodia del tribunal de manera inmediata, sin dilación alguna. El ejercicio de este derecho no puede ser afectado, en modo alguno, por la declaración del estado de excepción o de la restricción de garantías constitucionales”.

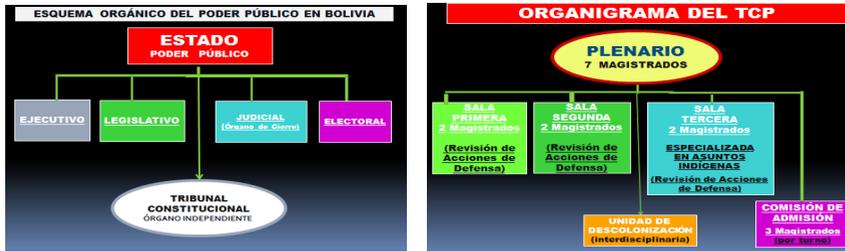
10 Código Procesal Constitucional

Artículo 3. Los principios procesales de la justicia constitucional.

“1. Conservación de la Norma. 2. Dirección del Proceso. 3. Impulso de Oficio. 4. Celeridad. 5. No Formalismo. 6. Concentración. 7. Motivación. 8. Comprensión Efectiva”.

11 NACIONES UNIDAS, *Principios básicos de Relativos a la independencia de la judicatura* (Adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985) <http://www.ohchr.org>

CPE - Artículo 197.I. "El Tribunal Constitucional Plurinacional estará integrado por Magistradas y Magistrados elegidos con criterios de plurinacionalidad, con representación del sistema ordinario y del sistema indígena originario campesino".



Actualmente en el diseño constitucional boliviano, el Tribunal Constitucional Plurinacional es un órgano completamente independiente, separado de los cuatro órganos que integran el Poder público –recientemente se incorporó el Órgano Electoral-; cuando menos en la previsión del constituyente, el Tribunal Constitucional Plurinacional ha llegado al máximo grado de evolución orgánica-funcional, apartándose del influjo del poder político y constituyéndose en el Órgano Antipoder¹² que interviene solamente en caso de vulneración al contenido constitucional.

Tiene amplias competencias previstas por el 202 CPE, desarrolladas por el Código Procesal Constitucional (CPCt.) y La Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional (parcialmente derogada); se organiza internamente en dos salas de revisión de acciones de defensa, una sala especializada en asuntos indígenas -cada una con dos magistrados- y el plenario dirigido por el Presidente. También cuenta con una instancia de verificación de los requisitos formales denominada Comisión de Admisión, función que se ejerce simultáneamente por turno.

La disposición final quinta del CPCt. crea la Academia interdisciplinaria para el estudio e investigación en Derecho Constitucional, además internamente se ha organizado un grupo interdisciplinario –compuesto por antropólogos, sociólogos, autoridades originarias y otros- dependiente de la "Unidad de Descolonización", con el propósito de entender y resolver los conflictos provenientes de la jurisdicción indígena, originaria y campesina.

1. El subsistema competencial.

El Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, es uno de los que concentra más atribuciones y competencias; la Constitución le encarga tres tareas primordiales:

12 Véase del autor: BALDIVIESO JINÉS, M.A.: LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA, ED. UNIVERSITARIA, BOLIVIA, 2014, P. 8.

CPE. Artículo 196.I. "El Tribunal Constitucional Plurinacional vela por la supremacía de la Constitución, ejerce el control de constitucionalidad, y precautela el respeto y la vigencia de los derechos y las garantías constitucionales".

En un Estado complejo, heterogéneo y abigarrado— a decir de René Zabaleta Mercado—, donde rige plenamente el pluralismo jurídico, el TCP acumula múltiples funciones, entre ellas, asume también el rol de articular la jurisdicción formal con la jurisdicción indígena, originaria y campesina; a esta difícil labor se suman otras, como resolver los conflictos de competencias entre las entidades territoriales -que reconoce 4 niveles de autonomía: departamental, regional, municipal e indígena-, más algunos recursos propios de la singular economía jurídica boliviana, como el Recurso Directo de Nulidad¹³. Estas atribuciones se desglosan y amplían en normas específicas de desarrollo constitucional ya mencionadas (LTCP y CPCt.)¹⁴.

IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL.

La interpretación de las disposiciones fundamentales pertenece al género de la interpretación jurídica, y por tanto participa de los principios esenciales de esta última, como ha puesto de relieve la doctrina. (...) Pero la Realidad nos indica que las normas constitucionales poseen caracteres peculiares que ameritan una interpretación específica, que sin apartarse de las reglas generales, requieren de

13 Constitución política del Estado de Bolivia:

Artículo 202. "Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:

1. En única instancia, los asuntos de puro derecho sobre la inconstitucionalidad de leyes, Estatutos Autonómicos, Cartas Orgánicas, decretos y todo género de ordenanzas y resoluciones no judiciales. Si la acción es de carácter abstracto, sólo podrán interponerla la Presidenta o Presidente de la República, Senadoras y Senadores, Diputadas y Diputados, Legisladores, Legisladoras y máximas autoridades ejecutivas de las entidades territoriales autónomas,
2. Los conflictos de competencias y atribuciones entre órganos del poder público.
3. Los conflictos de competencias entre el gobierno plurinacional, las entidades territoriales autónomas y descentralizadas, y entre éstas.
4. Los recursos contra tributos, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones creados, modificados o suprimidos en contravención a lo dispuesto en esta Constitución.
5. Los recursos contra resoluciones del Órgano Legislativo, cuando sus resoluciones afecten a uno o más derechos, cualesquiera sean las personas afectadas.
6. La revisión de las acciones de Libertad, de Amparo Constitucional, de Protección de Privacidad, Popular y de Cumplimiento. Esta revisión no impedirá la aplicación inmediata y obligatoria de la resolución que resuelva la acción.
7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio.
8. Las consultas de las autoridades indígenas originario campesinas sobre la aplicación de sus normas jurídicas aplicadas a un caso concreto. La decisión del Tribunal Constitucional es obligatoria.
9. El control previo de constitucionalidad en la ratificación de tratados internacionales.
10. La constitucionalidad del procedimiento de reforma parcial de la Constitución.
11. Los conflictos de competencia entre la jurisdicción indígena originaria campesina y la jurisdicción ordinaria y agroambiental.
12. Los recursos directos de nulidad".

14 Véase: Ley N° 1836 Ley del Tribunal Constitucional de 1998 (Abrogada); Ley N° 27 del Tribunal Constitucional Plurinacional de 6 de julio de 2010 (parcialmente vigente); Ley N° 254 Código Procesal Constitucional de 5 de julio de 2012 (vigente).

matices particulares, que son los que merecen o deben merecer la atención de los constitucionalistas... Héctor Fix Zamudio¹⁵.

La interpretación constitucional en Bolivia está definida claramente por la propia Constitución, que –como la mayoría de las normas fundamentales- establece directrices generales, pero se distingue por fijar parámetros precisos sobre el modo y método aplicable para esta labor de hermenéutica suprema.

Si se debe abordar el tema de la interpretación, es preciso determinar quién o quienes –órganos, tribunales o autoridades- están facultados para emitir entendimientos válidos sobre el significado del texto Constitucional; al respecto el Código Fundamental del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia, es claro y contundente:

Artículo 196.I. "En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto"¹⁶.

Aclarando que en ninguna parte del citado texto constitucional, se otorga a órgano, o autoridad, atribución alguna para interpretar la Ley Suprema del Estado Boliviano; se debe afirmar que la voluntad de la Asamblea Constituyente fue reconocer un único intérprete calificado y cualificado, para adecuar el significado de la Constitución a situaciones concretas de la cambiante realidad -política, social, económica, cultural-. Entonces, aunque no se establezca explícitamente como en otras constituciones,¹⁷ en Bolivia el único órgano constitucionalmente facultado para emitir resoluciones interpretativas de la Constitución Política del Estado, es el Tribunal Constitucional Plurinacional.

Además de acreditar patentemente a su intérprete exclusivo, la también denominada Ley de Leyes, determina mandatos específicos sobre la forma de realizar esta función¹⁸, establece como criterios hermenéuticos obligados, la voluntad del

15 FIX ZAMUDIO, H.: "ALGUNOS ASPECTOS DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL ORDENAMIENTO MEXICANO", VOLUMEN COMUNICACIONES MEXICANAS AL VII CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO COMPARADO, MÉXICO, 1971, p. 15.

16 Constitución Política del Estado, (Bolivia: Ed. Tribunal Constitucional, 2010), p. 76

17 Constitución de la República del Ecuador:

Art. 429.- "La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia. Ejerce jurisdicción nacional y su sede es la ciudad de Quito. Las decisiones relacionadas con las atribuciones previstas en la Constitución serán adoptadas por el pleno de la Corte".

18 Constitución política del Estado plurinacional comunitario de Bolivia:

Artículo 13.IV. "Los tratados y convenios internacionales ratificados por la Asamblea Legislativa Plurinacional, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los Estados de excepción prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Constitución se interpretarán de conformidad con los Tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Bolivia".

Artículo 48.II. "Las normas laborales se interpretarán y aplicarán bajo los principios de protección de las trabajadoras y de los trabajadores como principal fuerza productiva de la sociedad; de primacía de la relación

constituyente (interpretación auténtica) y el tenor literal (interpretación gramatical), además de los principios de favorabilidad y progresividad al interpretar derechos humanos.

I. Sistemas y subsistemas de control de constitucionalidad.

Comprimiendo la vasta teoría sobre los distintos sistemas de justicia constitucional -como los denominan Lozano M. y Saccomanno¹⁹- o las diversas formas de ingeniería constitucional²⁰ para asumir la tarea de compatibilizar al texto constitucional el resto del ordenamiento jurídico, se pueden citar dos grandes sistemas: 1. El sistema Jurisdiccional, que encarga la tarea del guardián constitucional a una corporación formada por connotados juristas, expertos en derecho constitucional y derechos humanos; 2. El sistema político, que conforma un órgano integrado por representantes del poder político -legislativo, ejecutivo y otros- siendo indiferente si sus miembros son o no son juristas versados en materia constitucional (Francia con el Consejo Constitucional y Cuba con La Asamblea del Poder Popular), quienes se encargan de velar por la compatibilidad de sus normas con la Ley Fundamental. 3. Existiría una otra forma híbrida denominada "Control Paralelo" donde conviven ambos sistemas.

Demás está decir que el sistema más aceptado de control, es el jurisdiccional; entre las variantes de este sistema, se presentan los siguientes sub-sistemas: 1. el Difuso, que fue la forma original de control de constitucionalidad, propio de Estados federales -EEUU, Argentina, México-, que concede la potestad de control a todos los tribunales ordinarios de justicia -incluidos los unipersonales- aunque existe un órgano de cierre en el Tribunal de mayor jerarquía; 2. el Subsistema concentrado, concebido por H. Kelsen, como órgano *ad hoc*, emergiendo y diferenciándose la jurisdicción constitucional especializada -Austria, Alemania, España, Guatemala, Perú-; 3. también existe una modalidad compartida entre el subsistema difuso y concentrado -Brasil, Portugal-; como dice Juan Antonio Docel Luengo²¹ "(...) El sistema portugués de justicia constitucional es, con sus propias peculiaridades... un sistema mixto concentrado-difuso continental, que principalmente está encomendado a un órgano que es un Tribunal Constitucional convencional. Pero no exclusivamente y esta es una de sus peculiaridades". O como también afirma el brasileño José Alfonso da Silva "(...) A justicia constitucional brasileira evoluiu, pois, para um sistema misto de

laboral; de continuidad y estabilidad laboral; de no discriminación y de inversión de la prueba a favor de la trabajadora y del trabajador".

Artículo 196.- (citado)

Artículo 256.II. "Los derechos reconocidos en la Constitución serán interpretados de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos cuando éstos prevean normas más favorables".

19 Véase: LOZANO, J. Y SACCOMANNO, A.: *EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL*, UNIVERSIDAD DE JAÉN, ESPAÑA, 2000, pp. 25-45.

20 Véase: SARTORI, G.: *INGENIERÍA CONSTITUCIONAL COMPARADA*, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA, MÉXICO, 2003.

21 DONCEL LUENGO, J. A.: "UNA PRIMERA APROXIMACIÓN AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL" *REVISTA ELECTRÓNICA UNED*, [HTTP://REVISTAS.UNED.ES/INDEX.PHP/TRC/ARTICLE/VIEW/6585](http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6585).

método difuso e método concentrado, con clara tendencia a ampliacao deste último (...)"²².

Existen también múltiples formas de organización institucional, como la modalidad de Sala constitucional -Costa Rica, Venezuela, Paraguay, El Salvador-, Tribunales Constitucionales parte del órgano judicial -muy mala idea a decir de F. Fernández Zegado²³-, independientes del órgano judicial, y otros. En cuanto al caso Boliviano, fue inicialmente concebido como sistema jurisdiccional y subsistema concentrado, sin embargo fue tergiversado hasta parecer "Paralelo concentrado", por la intromisión política que a través del Órgano Legislativo -Asamblea legislativa Plurinacional- incorporó leyes específicas de supuesto desarrollo constitucional, la primera de ellas -aunque parcialmente derogada (toda la Segunda Parte)- contradice y desconfigura el diseño del sistema constitucional, y la segunda más reciente, simplemente guarda silencio sobre el intérprete abocándose a enunciar algunos métodos de interpretación:

La Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional de 2012.

Art. 4.III. "El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular".

Código Procesal Constitucional de 5 de julio de 2012.

Artículo 2 (Interpretación constitucional)

"I. El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor interpretativa aplicará, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto de la Constitución Política del Estado.

II. Asimismo podrá aplicar: La interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado, y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales".

V. ESTUDIO DE CASO.

Previos antecedentes de la Ley Fundamental del Estado Plurinacional Comunitario de Bolivia, sus principales características y el sistema constitucional que estableció

22 ALFONSO DA SILVA, J.: "DIREITO CONSTITUCIONAL", BRASIL: ARTÍCULO ELECTRÓNICO, EBAH, [HTTP://WWW.EBAH.COM.BR/CONTENT/ABAAAATPYAF/DIREITO-CONSTITUCIONAL-JOZE-AFONSO-SILVA](http://www.ebah.com.br/content/ABAAAATPYAF/direito-constitucional-joze-afonso-silva).

23 Véase FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL: UNA VISIÓN DE DERECHO COMPARADO*, DYKINSON, 3 TOMOS, MADRID, 2009.

el Constituyente; se ingresa al estudio concreto de una de las resoluciones más importantes del Tribunal Constitucional Plurinacional en materia de interpretación, la Declaración Constitucional 3/2013 de 25 de abril²⁴; indudablemente que se analizará el rol del intérprete al momento de aplicar los métodos exigidos por la Constitución y las normas procesales especializadas, empero, los requisitos formales son nada más que el preludio de una situación que afecta a la propia naturaleza de la interpretación constitucional. Se estudia la hermenéutica aplicada y el uso de los métodos interpretativos referidos a dos situaciones concretas, a) El intérprete de la Constitución; y b) La reelección.

Declaración Constitucional Plurinacional 3/2013
(Reelección de Presidente y Vicepresidente)
Consulta de Constitucionalidad sobre proyectos de ley

I. Antecedentes de la consulta.

La Cámara de Senadores de la Asamblea Legislativa Plurinacional, a través de Resolución Camaral 010/2013-2014, resuelve por voto favorable de más de dos tercios de sus miembros presentes: “remitir en Consulta al Tribunal Constitucional Plurinacional, el Proyecto de Ley C.S. N° 082/2013-2014 ‘Ley de Aplicación Normativa’, a objeto de confrontar el texto de ese Proyecto de Ley con la Constitución Política del Estado”, razón por la cual, en cumplimiento a lo establecido en el art. 112.2 del Código Procesal Constitucional (CPCo), se remite dicho proyecto adjuntándose además la correspondiente exposición de motivos, documento legislativo en el que se encuentran los fundamentos que sustentan la constitucionalidad del proyecto de ley de referencia, más la correspondiente Resolución Camaral antes citada.

I.1. Normas objeto del control constitucional previo o preventivo

La norma sometida a control previo o preventivo de constitucionalidad es el proyecto de la “Ley de Aplicación Normativa”, dos son los artículos de interés del presente estudio de caso, el Art. 1 y el 4²⁵.

I.2. Base Normativa que circunscribe la competencia del TCP.

- Constitución política del Estado

Artículo 202. “Son atribuciones del Tribunal Constitucional Plurinacional, además de las establecidas en la Constitución y la ley, conocer y resolver:

²⁴ Tribunal Constitucional Plurinacional de Bolivia, DC 3/2013 de 25 de abril, <http://www.tcp.org.gob>.

²⁵ Véase: Proyecto de Ley de Aplicación Normativa, 2013.

7. Las consultas de la Presidenta o del Presidente de la República, de la Asamblea Legislativa Plurinacional, del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental sobre la constitucionalidad de proyectos de ley. La decisión del Tribunal Constitucional es de cumplimiento obligatorio”.

- Código Procesal Constitucional²⁶

Consultas sobre la Constitucionalidad de Proyectos de Ley

Artículo 111. (Objeto). “La consulta de constitucionalidad de un Proyecto de Ley tiene por objeto confrontar el texto de dicho Proyecto con la Constitución Política del Estado y garantizar la supremacía constitucional”.

1.3. Indicadores relevantes de la resolución analizada.

Establece a los intérpretes y la modalidad de interpretación de la Constitución.

Determina la posibilidad de reelección inmediata del actual Presidente y Vicepresidente del Estado.

Define el rol del Legislativo en el desarrollo normativo de la Constitución.

Precedente de aplicación *erga omnes*.

26 Véase Código Procesal Constitucional, Estado Boliviano. 2012.

Artículo 112. (Legitimación). “Los legitimados para realizar consultas sobre la constitucionalidad de Proyectos de Ley son:

1. La Presidenta o Presidente del Estado Plurinacional, cuando se trate de proyectos cuya iniciativa tienen su origen en el Órgano Ejecutivo.

2. La Presidenta o Presidente de la Asamblea Legislativa Plurinacional, tratándose de Proyectos de Ley, cuando fuere aprobada por Resolución del Pleno de la Asamblea Legislativa Plurinacional o una de sus Cámaras, por dos tercios de los miembros presentes.

3. Para Proyectos de Ley de Materia Judicial, la Presidenta o Presidente del Tribunal Supremo de Justicia o del Tribunal Agroambiental, previa aprobación por la Sala Plena respectiva”.

Artículo 113. (Suspensión del procedimiento). “La formulación de consulta suspenderá el procedimiento de aprobación del Proyecto de Ley en la Asamblea Legislativa Plurinacional”.

Artículo 114. (procedimiento). “Recibida la consulta, la Comisión de Admisión, verificará el cumplimiento de los requisitos, en el plazo de dos días, en su caso dispondrá se subsanen las mismas en el plazo de cinco días, subsanadas las observaciones, inmediatamente, procederá al sorteo de la Magistrada o Magistrado Relator. El Tribunal Constitucional Plurinacional emitirá la Declaración Constitucional en el plazo máximo de treinta días a partir del sorteo”.

Artículo 115. (Declaración y efectos de la resolución en las consultas sobre constitucionalidad de Proyectos de Ley).

“I. El Tribunal Constitucional Plurinacional declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Proyecto de Ley consultado. Esta declaración será de cumplimiento obligatorio para el Órgano Legislativo.

II. Si el Tribunal Constitucional Plurinacional establece la declaración de constitucionalidad del Proyecto de Ley, ya no podrá interponerse otra consulta o recurso posterior sobre las cuestiones consideradas y absueltas por el Tribunal.

III. La declaración de inconstitucionalidad del Proyecto de Ley obligará al Órgano Legislativo adecuar o eliminar las normas observadas por el Tribunal Constitucional Plurinacional”.

Ratifica la integración del sistema normativo –interno– boliviano, con el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, a través del control de convencionalidad.

1.4. Aspectos positivos de la resolución. Precedentes indicativos.

- El “bloque de convencionalidad”²⁷ como parte del bloque de constitucionalidad

[No desarrolla el significado de bloque de convencionalidad”]²⁸

- El Poder Constituyente no reconoce límites jurídicos

En efecto, conforme se precisó antes, el carácter soberano de la función constituyente no está vinculado a ninguna norma jurídica previa, toda vez que por su naturaleza es un poder pre-jurídico; así la función constituyente, en mérito a su rasgo autónomo, es una fuente y esencia del nuevo orden jurídico, diferente del orden pre-constituido, en mérito de la cual, como se dijo, el nuevo orden diseñado, es diferente al pre-existente (...).

En ese marco, es imperante establecer también, que el ámbito y límite de la función constituyente originaria y del nuevo orden generado por ella misma, son los derechos humanos reconocidos por acuerdos y tratados internacionales, los cuales a su vez, formarán parte del bloque de constitucionalidad.

2. Juicio de Constitucionalidad realizado por el TCP²⁹

(Texto completo)

2.1. Precedentes Jurisprudenciales de la resolución.

Ratio decidendi

“Luego está que el constituyente derivado, que de igual forma representa la voluntad del soberano, debe no sólo enmarcar las normas que emite al contenido de la Constitución Política del Estado, sino que su función implica también el materializar dicho contenido y el espíritu de la Norma Suprema a través de leyes (...).

(..) y en los casos excepcionales de presentarse una aparente antinomia o fricción de normas constitucionales, el legislativo puede -en ejercicio de la facultad conferida

27 Véase FERRER-MAC GREGOR, E.: *INTERPRETACIÓN CONFORME Y CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD, EL NUEVO PARADIGMA PARA EL JUEZ MEXICANO*, MÉXICO, 2011, pp. 108-121.

28 Véase también: BALDIVESIO JINÉS, M.A.: *CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*, INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES IDEI, ED. KIPUS, BOLIVIA, 2012.

29 Véase: Tribunal Constitucional Plurinacional, Declaración constitucional 3/2013.

por el soberano-dilucidar dicha antinomia o roce de preceptos constitucionales a través de una ley (..).

(..) a efectos de una aplicación contextualizada y sistémica de la Constitución Política del Estado, sin que dicha tarea, de ninguna manera, importe una presunta ley de interpretación de la Constitución, sino únicamente cumplir y materializar la soberanía popular que no puede ser limitada ni restringida por ninguna norma, ni autoridad”.

2.2. Fallo Decisión de la resolución estudiada.

“El Tribunal Constitucional Plurinacional, en su Sala Plena; en virtud de la autoridad que le confiere la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia y el art. 12.8 de la Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional; resuelve declarar:

1º La Constitucionalidad de los arts. 1, 2, 3 y 4 del proyecto de “Ley de Aplicación Normativa”, por hallarse conforme al contenido de la Constitución Política del Estado”.

3. El Bloque de Constitucionalidad en la Resolución estudiada.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. No cita
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. No cita
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. No cita
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. No cita

3.1. Integración Convencional de la resolución estudiada (CIDH)

- Resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No cita

3.2. Jurisprudencia comparada

(Cortes, Tribunales, Salas especializadas) No cita

3.3. Cita de precedentes y jurisprudencia interna, en la resolución estudiada.

Tribunales de cierre – TCP (Tribunal Constitucional Plurinacional), TC (Tribunal Constitucional anterior), TSJ (Tribunal Supremo de Justicia), TL (Tribunal Liquidador)

SCP 1227/2012 de 7 de septiembre³⁰.

SC 0044/2010-R de 20 de abril,

Entre otras, de manera uniforme consolidó el principio de aplicación directa de la Constitución en cuanto a su parte dogmática.

SC 0110/2010-R de 10 de mayo³¹

SC 0168/2010-R de 17 de mayo³²

3.4. Citas de Doctrina que contiene la resolución estudiada.

Ignacio De Otto. "Derecho Constitucional, Sistema de Fuentes": "En términos de teoría jurídica la doctrina del poder constituyente del pueblo no es sino la formulación de una norma básica del ordenamiento, esto es, de una norma de la que deriva la validez de todas las demás (...)".

30 Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 1227/2012 de 7 de septiembre. Se ubica en <http://www.tcp.gob.bo>.

"En el marco de lo señalado, de acuerdo a postulados propios de teoría constitucional, es menester señalar que esta Constitución axiomática, como Norma Suprema del Estado, tiene dos partes esenciales: 1) La parte dogmática; y, 2) La parte orgánica de la Constitución.

La parte dogmática de la Constitución, plasma los valores supremos; principios rectores; derechos fundamentales y garantías normativas, jurisdiccionales y de defensa. Asimismo, la parte orgánica de la Constitución, estructura como ya se dijo precedentemente la ingeniería institucional que en el Estado Plurinacional de Bolivia, deberá responder al pluralismo, la interculturalidad y a los postulados propios del Estado Constitucional de Derecho. En el contexto antes señalado, debe precisarse que en todo Estado Constitucional de Derecho, que es un elemento que caracteriza al Estado Plurinacional de Bolivia, la parte dogmática de la Constitución, se caracteriza por su directa aplicación, es decir, que su materialización y por ende el fenómeno de constitucionalización en el ordenamiento jurídico no necesita ley de desarrollo previa; por el contrario, a la luz del principio de legalidad, que constituye uno de los pilares para el ejercicio de la función pública y merced al principio de seguridad y certeza jurídica, como ejes esenciales del Estado Constitucional de Derecho, la parte orgánica de la Constitución, para su aplicación necesita leyes orgánicas de desarrollo, las cuales, para asegurar la garantía de 'reserva de ley', deben ser emanadas de la Asamblea Legislativa Plurinacional, por cuanto, la parte orgánica -a diferencia de la dogmática-, una vez en vigencia de la normativa orgánica de desarrollo, podrá ser aplicada".

31 Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 110/2010-R de 10 de mayo. Se ubica en <http://www.tcp.gob.bo>.

"En mérito a una labor hermenéutica armónica con los roles del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, estableció que forman parte del bloque de constitucionalidad, la Constitución, los Tratados internacionales referentes a derechos humanos y los Acuerdos de Integración, pero además, estableció que deben también ser incorporados a éste, todas las sentencias, opiniones consultivas y demás decisiones emergentes del referido sistema protectivo supranacional de Derechos Humanos".

32 Tribunal Constitucional Plurinacional. Sentencia Constitucional Plurinacional 168/2010-R de 17 de mayo. Se ubica en <http://www.tcp.gob.bo>.

"La cual, en su Fundamento Jurídico III.3, desarrolló la naturaleza jurídica de la función constituyente y la Asamblea Constituyente, señalando que el elemento esencial para establecer la naturaleza jurídica de la función constituyente, es su carácter soberano; en ese orden, dicho entendimiento ya estableció que la teoría del "Poder Constituyente", consagró el carácter soberano de la función constituyente, la cual no está vinculada a ninguna norma jurídica previa, toda vez que por su naturaleza es un poder pre-jurídico.

La Sentencia Constitucional referida, estableció de manera expresa la denominada "Tesis de la función constituyente", precisando que la voluntad democrática popular, constituye la génesis democrática legítima para modificar un orden anteriormente establecido, sustituyéndolo por uno nuevo en casos de profundas crisis estructurales".

Francisco Fernández Segado. "Aproximación a la Ciencia del Derecho Constitucional", sostiene que sólo desde la comprensión de los condicionamientos sociales y de todo orden que inciden sobre la vigencia de una norma constitucional, podrá entenderse su eficiencia y efectos.

Konrad Hesse: "La Fuerza normativa de la Constitución". Respecto a la norma constitucional, que -a su criterio- "carece de existencia propia, independiente de la realidad. Su naturaleza estriba en que pretende tener vigencia, es decir, realizar en la realidad el estado por ella normado. Esta pretensión de vigencia no puede desvincularse de las condiciones históricas de su realización que, manteniéndose en una interdependencia múltiple crean los condicionamientos específicos de los que no puede hacer abstracción".

VI. CONCLUSIONES SOBRE EL ESTUDIO DE LA RESOLUCIÓN.

Las resoluciones del Tribunal Constitucional Plurinacional deben cumplir un conjunto de requisitos de estructura y contenido, respondiendo a una adecuada descripción de los argumentos de las partes, la cita de las normas atinentes al caso concreto y la verificación del test de constitucionalidad conforme a las pretensiones jurídicas; también debe realizarse una fundamentación razonada, objetiva, proporcional y equitativa.

Una resolución Constitucional debe cumplir con los requisitos contenidos en el Debido Proceso -como principio, garantía y derecho- tanto en la dimensión adjetiva (defensa irrestricta, motivación, igualdad entre partes, pertinencia, congruencia, verdad material), como sustantiva.

CPE. Artículo 28. (Contenido de las sentencias, declaraciones y autos constitucionales).

"I. Toda Sentencia, Declaración o Auto Constitucional, deberá contener los suficientes argumentos de hecho y de derecho que justifique la decisión.

II. La parte resolutive del fallo sobre el fondo de la acción, demanda, consulta o recurso podrá determinar su dimensionamiento en el tiempo y los efectos sobre lo resuelto".

I. Aspectos formales.

La estructura de la resolución es válida, sigue el formato de las sentencias constitucionales sobre el control preventivo de constitucionalidad. El lenguaje es sencillo y fácilmente entendible -con algunos errores en la redacción y sintaxis-, la narración de los hechos es aceptable y responde a los puntos controvertidos.

CPCt. Artículo 3. (Principios procesales de la justicia constitucional). “Las Magistradas y los Magistrados del Tribunal Constitucional Plurinacional así como las Juezas, los Jueces y Tribunales, a tiempo de impartir justicia constitucional, se registrarán por los siguientes principios:

8. Comprensión Efectiva. Por el cual en toda resolución, los fundamentos de hecho y derecho, así como los razonamientos expuestos deben ser de fácil comprensión para las partes que intervienen en el proceso y la población en general”.

2. Cuestiones de fondo.

La resolución no cumple con los requisitos exigidos por la ley, la doctrina y la jurisprudencia, no contiene suficientes elementos sustentadores que justifiquen el análisis y la resolución de un caso tan relevante; se aborda la interpretación constitucional (con todas sus connotaciones) y la reelección inmediata del actual Presidente del Estado.

Existen solo tres citas de doctrina y cuatro resoluciones que tocan cuestiones secundarias (el carácter originario de la asamblea constituyente, los componentes dogmático y orgánico de la constitución, y el bloque de constitucionalidad), empero, sin detenerse en un análisis más profundo, dan por descontada la constitucionalidad del objeto de la norma consultada, y no abordan con suficiencia los temas principales que se reconocen en el texto de la propia declaración constitucional:

“En el orden de ideas señalado, la aplicación normativa de disposiciones expresas insertas en la parte orgánica de la Constitución, destinadas a establecer un correcto ámbito de validez, se encuentra enmarcada dentro de los roles propios de la Asamblea Legislativa Plurinacional, para la disciplina de aspectos propios de la parte orgánica de la Constitución. En consecuencia, el objeto del proyecto de ley en consulta, no implica un exceso, ni menos aún una contradicción con el orden constitucional imperante, sino por el contrario, el objeto del proyecto de ley, responde a la atribución conferida por la Norma Suprema a la Asamblea Legislativa Plurinacional, de desarrollar disposiciones orgánicas de la Constitución, cumpliendo a su vez la obligación del constituyente derivado de encarnar los valores y principios constitucionales, materializando el contenido de la Norma Suprema en leyes que efectivicen su contenido y que respondan a la voluntad del soberano.

(...)

Al respecto, la norma objeto de análisis determina dos aspectos que deben ser analizados a fin de realizar el contraste de constitucionalidad, el primero determina que el Presidente y el Vicepresidente se encuentran habilitados para la reelección por una sola vez de forma continua desde el momento de haber sido elegidos

por primera vez, a partir de la vigencia de la Constitución; y el segundo, establece que el parágrafo [II] de la Disposición Transitoria Primera de la Constitución Política del Estado, es aplicable a las autoridades que después del 22 de enero de 2010, continuaron ejerciendo cargos públicos, sin nueva elección, designación o nombramiento”.

En cuanto a la aplicación del “bloque de constitucionalidad” que asumen en la propia resolución, no mencionan la legislación internacional -Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de las Naciones Unidas; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; ni la Convención Americana Sobre Derechos Humanos; tampoco citan o reseñan las numerosas referencias de la jurisprudencia latinoamericana (Colombia, Ecuador, Nicaragua, Perú, Venezuela –entre otros países que experimentaron la reelección presidencial-); nada se dijo sobre los precedentes de la Corte Interamericana, las recomendaciones de las comisiones de Derechos Humanos, o de otras instancias válidas en el sistema americano e internacional.

Muchas resoluciones analizadas -menos relevantes- cuentan con sobrado sustento doctrinal y jurisprudencial, enuncian diversas resoluciones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional de Colombia y otros tribunales; recomendaciones, relatorías e informes de comisiones, de las Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos; además de resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y normas de la propia Convención Europea (hasta incluyen resoluciones de la Suprema Corte de los EEUU).

Los precedentes indicativos son escasos (sólo 2), uno innovador pero no desarrollado referido al “bloque de convencionalidad”, y otro reiterativo sobre los límites del poder constituyente.

- Los métodos de interpretación utilizados.

- La interpretación es abiertamente pragmática y explícitamente insuficiente e inadecuada para cuestiones constitucionales tan relevantes, la Declaración Constitucional textualmente admite su limitación en el uso de instrumentos y métodos de hermenéutica vigentes; simplemente emplean los métodos genéricos de interpretación sugeridos por la Constitución sin aplicar los métodos y técnicas específicos de la interpretación constitucional.

Usan llanamente los métodos propuestos en el siglo XIX por F.Von Savigny, la interpretación literal, la sistemática y la teleológica; además de incorporar una perspectiva desconocida e inmotivada al proponer la interpretación “conforme a las normas definitivas”.

“(…) se encuentran habilitados para la reelección, dado que de una *interpretación literal* de la Disposición Transitoria Primera, se extrae que los mandatos anteriores a la vigencia de la Constitución, seguirán computándose hasta la posesión de las nuevas autoridades, desprendiendo el mismo resultado si se considera la *interpretación sistemática* de la referida Disposición Transitoria, así su parágrafo I acorta los mandatos de autoridades nacionales hasta ...la elección de la Asamblea Legislativa Plurinacional, Presidente y Vicepresidente de la República (…)

Asimismo, para este Tribunal la Disposición Transitoria Primera de la CPE, debe interpretarse conforme a las normas definitivas contenidas en la misma Constitución y específicamente... (…)

(…) una interpretación teleológica se tiene que la función pública ejercida por servidores públicos, que después del 22 de enero de 2010, hubieren continuado en el ejercicio de sus cargos sin nueva elección, designación o nombramiento, asegura la continuidad y consiguiente eficacia de la gestión pública destinada al cumplimiento de los fines esenciales del Estado”.

El propio Friedrich von Savigny³³ en una de sus obras editada en 1840, apunta métodos más apropiados para tareas específicas de interpretación (recordando que *Marbury Vs. Madison* se había resuelto el 24 de febrero de 1803 y la interpretación constitucional judicial estaba iniciando), así, el jurisconsulto alemán propone: la Interpretación legislativa; la Interpretación doctrinal; la Interpretación de las leyes aisladas; la Interpretación de las leyes defectuosas (Expresión indeterminada y Expresión impropia), y otras; claro está, que actualmente estos instrumentos interpretativos son más reconocidos por la jurisdicción ordinaria.

También se debe hacer notar que en la resolución no se aplicó la interpretación auténtica; pese a mencionarse a la Asamblea Constituyente, no se citan sus informes, actas, trabajos en comisión, conclusiones ni resoluciones, tal como dispone la propia Ley Fundamental³⁴:

33 VON SAVIGNY, F.K.: *EL SISTEMA DE DERECHO ROMANO ACTUAL*, ED. PAMPLONA, ESPAÑA, 2004, CAP. IV.

34 Constitución Política del Estado

Artículo 196.

“II. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

Código Procesal Constitucional.

Artículo 2. (Interpretación constitucional).

“II. Asimismo podrá aplicar:

I. La interpretación sistemática de la Constitución Política del Estado, y la interpretación según los fines establecidos en los principios constitucionales”.

A) Análisis sobre la potestad interpretativa de la Constitución.

Ya dentro del ámbito de la interpretación³⁵, el primer artículo de la Ley de Aplicación Normativa conlleva intrínsecamente la inconstitucionalidad de toda la Ley, véase el significado y objeto:

LAN (Proyecto)

Artículo I. Objeto

“La presente ley tiene por objeto determinar la aplicación normativa de cinco preceptos establecidos en la Constitución Política del Estado vigente, a fin de establecer su correcto ámbito de validez, respetando el tenor literal así como el espíritu de la norma fundamental”.

El asunto consultado rebasa la aplicación personalísima del art. 168 CPE, aunque es un tema de trascendental importancia; *el quid del presente control preventivo de constitucionalidad radicaba en definir la potestad y calidad del intérprete constitucional en el Estado Boliviano*. En esta resolución, el Tribunal Constitucional Plurinacional tenía la oportunidad de dirimir con solvencia la contradicción entre el contenido constitucional y las normas de desarrollo de la jurisdicción constitucional:

En la visión del Constituyente, el órgano legislativo está legitimado para crear e interpretar la Ley –*strictu sensu*–, respecto a la Constitución, su labor se reduce a desarrollar el contenido constitucional dentro de los límites previstos por los principios de legalidad y de reserva legal (dimensión de contenido). Se deja constancia, que la Ley Fundamental del Estado, no reconoce la interpretación legislativa de la constitución –*otras si lo hacen expresamente, como la italiana*³⁶, pero, quede claro

35 Constitución Política del Estado
Artículo 196.

“I. En su función interpretativa, el Tribunal Constitucional Plurinacional aplicará como criterio de interpretación, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus documentos, actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto”.

Artículo 158.

“I. Son atribuciones de la Asamblea Legislativa Plurinacional, además de las que determina esta Constitución y la ley:

II. Dictar leyes, interpretarlas, derogarlas, abrogarlas y modificarlas”.

Ley del Tribunal Constitucional Plurinacional

Artículo 4. (Supremacía constitucional).

“III. El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor de guardián de la Constitución Política del Estado es el intérprete supremo de la Ley Fundamental sin perjuicio de la facultad interpretativa que tiene la Asamblea Legislativa Plurinacional como órgano depositario de la soberanía popular”.

Código Procesal Constitucional

(Ley 254 de 5 de julio de 2012)

Artículo 2. (Interpretación constitucional).

“I. El Tribunal Constitucional Plurinacional en su labor interpretativa aplicará, con preferencia, la voluntad del constituyente, de acuerdo con sus actas y resoluciones, así como el tenor literal del texto de la Constitución Política del Estado”.

36 Constitución de la República Italiana.

Revisión de la Constitución, leyes constitucionales

que en ningún momento, la Constitución reconoce al Órgano Legislativo ni a otro órgano, la potestad de interpretar el Contenido de la Ley Suprema.

Interpretar implica otorgar significado al contenido de la norma, véase su significado para: Manuel Ossorio³⁷ y de Guillermo Cabanellas³⁸.

Esta atribución esencial para el Estado Democrático y de Derecho, está reservada al Tribunal Constitucional Plurinacional, el único órgano facultado por el constituyente, para emitir resoluciones que interpreten el contenido constitucional, conforme a las normas primarias y la hermenéutica especializada que exige la jurisdicción constitucional.

El Tribunal Constitucional Plurinacional, tuvo la oportunidad histórica para restablecer el sistema de control de constitucionalidad estrictamente jurisdiccional -y de subsistema concentrado- que prevé la Ley Fundamental, además de sentar un precedente definitivo para proscribir el control político de constitucionalidad y la

Artículo 138

“Las leyes de revisión de la Constitución y demás leyes constitucionales serán adoptadas por cada una de las cámaras en dos votaciones sucesivas con intervalo no menor de tres meses y serán aprobadas por mayoría absoluta de los componentes de cada Cámara en la segunda votación.

Dichas leyes serán sometidas a referéndum popular cuando, dentro de los tres meses siguientes a su publicación, lo solicite una quinta parte de los miembros de la Cámara o 500.000 (quinientos mil) electores o 5 (cinco) Consejos Regionales. La ley sometida a referéndum no se promulgara si no fuere aprobada por la mayoría de los votos válidos.

No habrá lugar a referéndum si la ley hubiese sido aprobada en la segunda votación en cada una de las Cámaras por una mayoría de dos tercios de sus respectivos componentes”.

- 37 Ossorio, M.: *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, Argentina, 1998, p. 531.

“Interpretación. Acción y efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de los textos faltos de claridad. Jurídicamente tiene importancia la interpretación dada a la ley por la jurisprudencia y por la doctrina, así como la que se hace de los actos jurídicos en general y de los contratos y de los contratos y testamentos en particular, ya que en ocasiones sucede que el sentido literal de los conceptos resulta dubitativo o no coincide con la que se presume haber sido la verdadera intención de los contratantes o del testador; interpretación indispensable para hacer que, como es justo, la voluntad de los interesados prevalezca sobre las palabras.

Las Leyes de Partidas definían la interpretación como la verdadera, recta y provechosa inteligencia de la ley según la letra y la razón.

La interpretación de la ley recibe varias denominaciones teniendo en cuenta su procedencia. Es auténtica cuando se deriva del pensamiento de los legisladores, expuesto en los debates parlamentarios que la sancionaron; es usual cuando consta en la jurisprudencia de los tribunales, sentada para aplicar la norma a cada caso concreto, y que tiene especial importancia en aquellos países en que las sentencias de los tribunales de casación obligan a los tribunales inferiores a su absoluto acatamiento, y es doctrinal cuando proviene de los escritos y comentarios de los jurisperitos, siempre discrepante entre sí y sin otro valor que el de la fuerza convincente del razonamiento”.

- 38 Cabanellas, G.: *Diccionario Enciclopédico de Derecho usual*, Tomo VI, Ed. Heliasta, Argentina, 1981, p. 472.

“Interpretación. La declaración, explicación o aclaración del sentido de una cosa o de un texto incompleto, oscuro, dudoso. La obscuridad, la duda o la laguna puede encontrarse en las palabras o en el espíritu de las normas positivas, en los contratos, en los hechos, en las demandas, en las sentencias, en cualquiera de los actos o de las relaciones jurídicas; de ahí la amplitud y variedad de la interpretación, para aclarar la situación real o la voluntad verdadera, que por ello mismo se considera en voces separadas e inmediatamente a ésta.

La interpretación jurídica por excelencia es la que pretende descubrir para sí mismo (comprender) o para los demás (revelar) el verdadero pensamiento del legislador o explicar el sentido de una disposición. Para tal exégesis se han propuesto cuatro métodos fundamentales, que originan las cuatro especies de interpretación denominadas: gramatical, histórica, lógica y sistemática. Por la índole del intérprete, se distingue la interpretación auténtica (del legislador) de la usual (la de los jueces o magistrados) y de la doctrinal (la de los autores o jurisconsultos). Por el desenvolvimiento que al precepto se le atribuye, se habla de la interpretación estricta (la literal o limitada a los casos previstos por la ley) y de extensiva (la que se aplica a supuestos análogos, más o menos previsibles por el autor del texto)”.

intromisión de otros órganos en sus tareas esenciales y exclusivas; lamentablemente, el Órgano Contralor de la Constitución admite la interpretación legislativa de la constitución, es decir, permite que uno de los órganos controlados por la constitución y su custodio, pueda interpretar las normas supremas; en la alegoría de Karl Loewenstein³⁹ referida a los vegetales y los roedores, se diría que el guardián deja o entrega -voluntariamente- el jardín al cuidado de los conejos.

- *Precedente Constitucional nocivo.*

Véase a continuación el funesto precedente -y los efectos- que engendra este verdadero objeto de la teratología del Derecho Constitucional y de la interpretación constitucional:

“(...) y en los casos excepcionales de presentarse una aparente antinomia o fricción de normas constitucionales, el legislativo puede -en ejercicio de la facultad conferida por el soberano- dilucidar dicha antinomia o roce de preceptos constitucionales a través de una ley.”

- *Efectos:*

1. Concede al Órgano Legislativo la potestad de interpretar la Constitución mediante leyes -“dilucidar dicha antinomia”-; las falsas barreras a este rol de intérprete -“casos excepcionales... y... aparente antinomia”- son meros supuestos teóricos fáciles de rebasar; recuérdese que la interpretación sólo es necesaria cuando existe discordancia (antinomia), y que para los órganos políticos, la excepción es tan frecuente que se convierte en la regla.

2. A partir de este precedente fundador, el órgano legislativo no necesita la opinión del Tribunal Constitucional Plurinacional para seguir interpretando la Ley Suprema; en sus términos, puede seguir emitiendo nuevas leyes de aplicación normativa, cuando así lo determine y sin nuevas consultas.

3. Se restaura el -ya rebasado- sistema de control de constitucionalidad paralelo, en el que subsisten, el control jurisdiccional y el control político; en los hechos se retorna al constitucionalismo del siglo XIX que permitía al legislativo las Leyes Interpretativas de la Constitución⁴⁰.

Aunque en la Exposición de Motivos de la Ley de Aplicación Normativa (documento adjunto a la resolución analizada) se dice que esta “no asigna significado alguno” a la Constitución, y que solo se limita a “organizar su estructura”; en su texto reconoce que:

39 LOEWENSTEIN, K.: *TEORÍA DE LA CONSTITUCIÓN* (TRAD. DE GALLEGO ANABITARTE, A.), ED. ARIEL, ESPAÑA, 1982, p. 317.

40 Véase: Art. 228 de la Constitución boliviana de 1967.

“Una ley de aplicación normativa se presenta ante la existencia de normas constitucionales que, siendo claras, deben ser desarrolladas por el legislador usando los grandes principios y valores del Derecho”.

Expresa que las leyes de aplicación normativa se emiten también en casos de normas constitucionales “claras”, contrariando el entendimiento principal de la Declaración 3/2013 que señala que solo se emitirán “en los casos excepcionales”.

“una ley de aplicación normativa es un hecho concreto de operatividad que le da un sentido real y objetivo al texto constitucional en cuanto a su aplicación y cumplimiento”.

En este párrafo, se reconoce explícitamente que la aplicación normativa interpreta o si se quiere “le da un sentido” (que también implica asignar un significado “al texto constitucional”); se devela expresamente la relación sinonímica entre interpretación y aplicación normativa.

Como se observa claramente, la Declaración 3/2013 rebasa ampliamente el diseño constitucional de control de constitucionalidad arrebatándole al Tribunal el rol de intérprete exclusivo de la Ley Fundamental; y por si fuera poco, llega al extremo de atentar contra principios rectores de la institucionalidad y del equilibrio inter-orgánico del Estado, al menoscabar el principio de prohibición de monopolio del Poder Público, pues de mutuo propio, otorga a la Asamblea Legislativa Plurinacional facultades que la Constitución no reconoce a ese órgano deliberativo.

CPE

Artículo 12.

El Estado se organiza y estructura su poder público a través de los órganos Legislativo, Ejecutivo, Judicial y Electoral. La organización del Estado está fundamentada en la independencia, separación, coordinación y cooperación de estos órganos.

Son funciones estatales la de Control, la de Defensa de la Sociedad y la de Defensa del Estado.

Las funciones de los órganos públicos no pueden ser reunidas en un solo órgano ni son delegables entre sí.

Artículo 140.

“I. Ni la Asamblea Legislativa Plurinacional, ni ningún otro órgano o institución, ni asociación o reunión popular de ninguna clase, podrán conceder a órgano o persona alguna facultades extraordinarias diferentes a las establecidas en esta Constitución.

II. No podrá acumularse el Poder Público, ni otorgarse supremacía por la que los derechos y garantías reconocidos en esta Constitución queden a merced de órgano o persona alguna”.

Desde esta perspectiva –crítica académica- queda establecida la inconstitucionalidad del objeto de la norma consultada, debido a que el Órgano Legislativo carece de potestad para interpretar la Constitución; función expresa y exclusivamente encomendada al Tribunal Constitucional Plurinacional, conforme al diseño previsto por la propia Ley Suprema. Este aspecto trasciende y descalifica a todas las demás disposiciones de la Ley de Aplicación Normativa, haciendo infructuoso el análisis detallado de cada artículo.

B) Análisis sobre la Reelección.

Cumpliendo con el análisis de los aspectos relevantes, se ingresa a revisar la reelección. Está claro que el órgano Legislativo, no solo que “le da sentido a la Constitución” es decir, que la interpreta; sino, que rebasa en mucho las potestades otorgadas por el constituyente y se aventura a realizar una interpretación aditiva y posteriormente manipulativa; rol anticonstitucional convalidado por el propio Tribunal Constitucional Plurinacional, debilitando su institucionalidad y compartiendo su competencia más privativa –la interpretación de la constitución-.

LAN (Proyecto) Art. 4.II. La prescripción contenida en la Disposición Transitoria Primera, parágrafo II de la Constitución Política del Estado es aplicable a las autoridades que después del 22 de enero de 2010...

Abiertamente, determina el alcance de la norma constitucional, añadiendo – en vía de interpretación- un contenido impropio que no había sido previsto por el Constituyente (interpretación aditiva); se manipula el texto de la Ley Suprema adecuándose a una situación emergente de la realidad político-social (interpretación manipulativa).

Se trata de una sentencia interesada que incluso se aparta dolosamente de la “interpretación práctica” que Sagüés califica como “funcional”⁴¹, aditiva y manipulativa, cuestionada pero aceptada en la jurisdicción constitucional, pero una verdadera singularidad entre las competencias infra-constitucionales del órgano Legislativo.

LAN Art. 4.I. “De conformidad [quiere decir, que desde la perspectiva del legislador se debe entender que:], a lo establecido en el Artículo 168 de la Constitución Política del Estado, el Presidente y Vicepresidente elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución, están habilitados para una reelección”.

41 SAGÜÉS NÉSTOR, P.: *LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN*, ED. DEPALMA, ARGENTINA, 1998, PP. 36 Y 37.

En vía interpretativa, se establece el alcance “personal” de una disposición constitucional, adecuándose a las circunstancias actuales de las primeras autoridades del Órgano Ejecutivo; labor cotidiana en la jurisdicción constitucional –interpretación dinámica y previsor-, sin embargo, muy ajena a las facultades constitucionales del órgano legislativo.

Entendiendo la gravedad del asunto principal que hace a la Declaración Constitucional estudiada -porque incide directamente en la estructura del Estado-, se observa que esta temática fue descuidada por el sensacionalismo político-partidista que significó la posibilidad de reelección inmediata del actual Presidente del Estado.

- Ahora que la norma consultada se ha transformado en la Ley 381 de 20 de mayo de 2013; únicamente con fines académicos y para estudios posteriores, corresponde referirse raudamente al fondo de la elección presidencial⁴².

Es evidente que el tenor del art. 168 y la Disposición Transitoria Primera parágrafos II y IV, de la Constitución, podrían dar lugar a interpretaciones contradictorias⁴³; sobre todo si se considera la última elección presidencial y el acortamiento del mandato.

Es también evidente, que el sustento jurídico para constitucionalizar la reelección inmediata del Presidente y Vicepresidente, actuales –art. 4 LAN- es insuficiente; no se acerca siquiera a demostrar la razonabilidad y objetividad en la exigua argumentación, y mucho menos aún al convencimiento ideal. Apenas si menciona el “principio democrático esencial de soberanía popular” (incorporado incluso al Órgano Judicial), directriz actualmente privilegiada sobre el “principio de alternancia”; no refiere casos similares y entendimientos -de otros tribunales- que sustentaron con solvencia la reelección presidencial, ni las teorías o doctrina que apoyen claramente su decisión. Sólo esbozan un dogma político –cuestionado jurídicamente- sobre la refundación del Estado, a saber:

42 Artículo 4. Reelección de Presidente y Vicepresidente del Estado

“I. De conformidad a lo establecido en el Artículo 168 de la Constitución Política del Estado, el Presidente y Vicepresidente elegidos por primera vez a partir de la vigencia de la Constitución, están habilitados para una reelección por una sola vez de manera continua.

II. La prescripción contenida en la Disposición Transitoria Primera, parágrafo II de la Constitución Política del Estado es aplicable a las autoridades que después del 22 de enero de 2010, continuaron ejerciendo cargos públicos, sin nueva elección, designación o nombramiento”.

43 CPE. Artículo 168. “El periodo de mandato de la Presidenta o del Presidente y de la Vicepresidenta o del Vicepresidente del Estado es de cinco años, y pueden ser reelectas o reelectos por una sola vez de manera continua”.

Disposiciones Transitorias
Primera.

“II. Los mandatos anteriores a la vigencia de esta Constitución serán tomados en cuenta a los efectos del cómputo de los nuevos periodos de funciones.

III. Las elecciones de autoridades departamentales y municipales se realizarán el 4 de abril de 2010.

IV. Excepcionalmente se prorroga el mandato de Alcaldes, Concejales Municipales y Prefectos de Departamento hasta la posesión de las nuevas autoridades electas de conformidad con el párrafo anterior”.

“el nuevo orden es diferente al pre-existente, el nuevo orden implica una nueva era jurídico- política basada en la refundación del Estado, por ello se concluye que es absolutamente razonable y acorde con la Constitución, realizar el computo del plazo para el ejercicio de funciones tanto del Presidente como del Vicepresidente del Estado Plurinacional de Bolivia, desde el momento en el cual la función constituyente refundó el Estado y por ende creó un nuevo orden jurídico-político”.

3. Connotación de la resolución estudiada.

Finalmente, y siempre desde la perspectiva académica, se concluye que la resolución estudiada es negativa y perniciosa, puesto que privilegia el pragmatismo casi individualizado, sobre el interés del Estado, sin considerar el menoscabo a la estructura y funcionalidad de los órganos de gobierno; sacrifica el diseño del constituyente en cuanto al sistema de control de constitucionalidad, al permitir y consentir la invasión de sus potestades por el Órgano Legislativo. El doble daño es inmediato y a permanente.

Perjuicio inmediato.- Constitucionalizan un caso concreto de reelección presidencial, provocando mucha susceptibilidad debido a la insuficiente motivación y falta de fundamento; es reprochable, pero no deja de ser una consecuencia temporal, aislada y subsanable, que debe pasar por la aprobación del titular de la soberanía -la decisión del pueblo- voluntad que prevalecerá a través del sufragio, en elecciones generales.

Perjuicio Permanente.- Este precedente generador o fundador, abre una brecha profunda e inicua en la estructura del Estado, debilitando el esquema de control inter-órganos (tanto horizontal como vertical); despoja al Tribunal Constitucional de una potestad exclusiva -la interpretación de la Constitución- y se resigna al retroceso sistémico, permitiendo el control político de constitucionalidad mediante las leyes de aplicación normativa creadas por la Asamblea Legislativa Plurinacional.

El nocivo efecto permanente, prevalece y tiende a perdurar por el alcance temporal e irreversible de las resoluciones constitucionales⁴⁴ -entre ellas la

44 Constitución Política del Estado de Bolivia. Artículo 203. “Las decisiones y sentencias del Tribunal Constitucional Plurinacional son de carácter vinculante y de cumplimiento obligatorio, y contra ellas no cabe recurso ordinario ulterior alguno”.

Código Procesal Constitucional. Artículo 15. (Carácter obligatorio, vinculante y valor jurisprudencial de las Sentencias).

“I. Las sentencias, declaraciones y autos del Tribunal Constitucional Plurinacional son de cumplimiento obligatorio para las partes intervinientes en un proceso constitucional; excepto las dictadas en las acciones de inconstitucionalidad y recurso contra tributos que tienen efecto general.

II. Las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares”.

Artículo 115. (Declaración y efectos de la resolución en las consultas sobre constitucionalidad de Proyectos de Ley).

“I. El Tribunal Constitucional Plurinacional declarará la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Proyecto de

Declaración Constitucional-; una vez declarada su compatibilidad con la Ley de leyes, se hace inadmisibile un nuevo control de constitucionalidad, en este caso sobre el objeto de la ley consultada, la doctrina denomina a este efecto como "Blindaje constitucional".

Para preocupar a los constitucionalistas en todo el mundo –*urbi et orbi*- y a cualquier ciudadano sensato, se sintetizaría la Resolución revisada, anunciando que el propio "guardián" de la constitución ha otorgado al Legislativo la potestad –negada por el constituyente- de interpretar la Constitución. Bolivia ha retornado al atávico y cuestionado Control Político de Constitucionalidad.

Ley consultado. Esta declaración será de cumplimiento obligatorio para el Órgano Legislativo.
II. Si el Tribunal Constitucional Plurinacional establece la declaración de constitucionalidad del Proyecto de Ley, ya no podrá interponerse otra consulta o recurso posterior sobre las cuestiones consideradas y absueltas por el Tribunal".

BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO DA SILVA, J.: "DIREITO CONSTITUCIONAL", BRASIL: ARTÍCULO ELECTRÓNICO, EBAH, [HTTP://WWW.EBAH.COM.BR/CONTENT/ABAAAATPYAF/DIREITO-CONSTITUCIONAL-JOSE-AFONSO-SILVA](http://www.ebah.com.br/content/ABAAAATPYAF/direito-constitucional-jose-afonso-silva).

BALDIVIESO JINÉS, M. A.:

- *CONTROL DE CONVENCIONALIDAD*, INSTITUTO DE ESTUDIOS INTERNACIONALES IDEI, ED. KIPUS, BOLIVIA, 2012.

- "LA INDEPENDENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. ELECCIÓN DE AUTORIDADES EN BOLIVIA", *ANUARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL LATINOAMERICANO*, KONRAD ADENAUER, COLOMBIA, 2012.

- *LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL EN BOLIVIA*, ED. UNIVERSITARIA, BOLIVIA, 2014.

CABANELLAS, G.: *DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL*, TOMO VI, ED. HELIASTA, ARGENTINA, 1981.

DONCEL LUENGO, J. A.: "Una primera aproximación al Tribunal Constitucional de Portugal" *Revista Electrónica UNED*, <http://revistas.uned.es/index.php/TRC/article/view/6585>.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: *La justicia constitucional: una visión de derecho comparado*, Dykinson, 3 tomos, Madrid, 2009.

FERRER-MAC GREGOR, E.: *Interpretación Conforme y Control difuso de Convencionalidad, El nuevo Paradigma para el Juez Mexicano*, México, 2011.

FIX ZAMUDIO, H.: "Algunos aspectos de la interpretación constitucional en el ordenamiento mexicano", volumen *Comunicaciones mexicanas al VII Congreso Internacional de Derecho Comparado*, México, 1971.

HÄBERLE, P.: *El Estado Constitucional*, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas (trad. Fix-Fierro, H.), México-DF, 2003.

LINARES, J. F.: *Razonabilidad de las Leyes*, Astrea, Argentina, 1970.

LOEWENSTEIN, K.: *Teoría de la Constitución* (trad. de Gallego Anabitarte, A.), Ed. Ariel, España, 1982.

LOZANO, J. y SACCOMANNO, A.: *El Tribunal Constitucional*, Universidad de Jaén, España, 2000.

OSSORIO, M.: *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Ed. Heliasta, Argentina, 1998.

PÉREZ LUÑO, A.: *Los Derechos Fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2003.

SAGREBELSKY, G.: *El Derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*, Entrevista, Madrid, 1995.

SAGÜEZ NÉSTOR, P.: *La interpretación Judicial de la Constitución*, Ed. Depalma, Argentina, 1998.

SARTORI, G.: *Ingeniería constitucional Comparada*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003.

VACA DÍEZ, H.: *Pensamiento Constitucional Boliviano*, Fondo Editorial de los Diputados, Bolivia, 1998.

VON SAVIGNY, F. K.: *El sistema de Derecho Romano actual*, Ed. Pamplona, España, 2004.



DOCTRINA



LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD (AL
HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN)
COMO CATEGORÍA UNITARIA

FUNDAMENTAL RIGHTS RELATING TO THE PERSONALITY (TO
HONOUR, PRIVACY AND OWN IMAGE) AS UNITARY CATEGORY

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 54-111



José Ramón
DEVERDAY
BEAMONTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 20 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: En el presente trabajo se propone la adopción de una categoría unitaria de los derechos fundamentales de la personalidad, con identidad conceptual y de contenido, en la que confluyan las dos visiones tradicionales provenientes del Derecho Público y del Derecho Privado.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, derechos de la personalidad, honor, intimidad, propia imagen.

ABSTRACT: The present paper suggests steps to a unitary category of fundamental rights relating to the personality with conceptual identity where two traditional views taken from public and private Law come together.

KEY WORDS: Fundamental rights, rights relating to the personality, honour, privacy, own image.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. LA EFICACIA PRIVADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 1. Planteamiento de la cuestión. 2. La posición de la doctrina española: la tesis de la eficacia directa/indirecta. 3. Toma de posición. 4. Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo como medio de control indirecto de la constitucionalidad de los actos de los particulares. III. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA. 1. El alcance del principio de autonomía privada en los derechos fundamentales de la personalidad. 2. El significado de que el consentimiento sea expreso. 3. El consentimiento de las personas menores y discapacitadas. La posibilidad de revocación del consentimiento. IV. LA IDENTIDAD SUSTANCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD. 1. Planteamiento del problema. 2. La distinción norteamericana entre right of privacy and right of publicity y su falta de ajuste al sistema español. 3. La inadecuada distinción entre el “aspecto constitucional” y el “aspecto civil” del derecho a la imagen. V. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD. 1. La Pretendida titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas privadas. 2. La titularidad del derecho a la intimidad. VI. LA SINTONÍA DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y CIVIL RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA MEMORIA DE LOS FALLECIDOS. VII. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD QUE NO SON DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO PARADIGMÁTICO DEL DERECHO A LA VOZ. VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Una de los problemas dogmáticos recurrentes en el ámbito del Derecho de la Persona es explicar de modo adecuado la relación entre la categoría de los “derechos fundamentales” y la de los “derechos de la personalidad”. Las dificultades nacen por el diverso origen de ambas: los derechos fundamentales se conciben inicialmente como reductos de inmunidad frente a las injerencias de los poderes públicos¹; los derechos de la personalidad como una técnica del Derecho Civil para hacer frente a las intromisiones ilegítimas de sujetos de Derecho Privado en ámbitos de la propia

¹ Es pacífico en la doctrina que la consagración jurídico-positiva de los derechos fundamentales en la historia del constitucionalismo respondía a la finalidad básica de establecer límites a la actuación de los poderes públicos, garantizando ámbitos de libertad de la persona frente al Estado. Así, exponen GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986, p. 11: “Es sabido (y aun a veces olvidado de puro sabido) que los derechos fundamentales y su plasmación positiva en las Declaraciones y Constituciones a partir de finales del siglo XVIII se forjan en la idea de garantizar un ámbito personal inmune a la injerencia estatal”. Véanse, sin embargo, las observaciones críticas de BALLARÍN IRIBARREN, J.: “Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)”, *REDC*, 1988, núm. 24, pp. 285-288, a propósito de esta “concepción clásica” de los derechos fundamentales.

• José Ramón de Verda y Beamonte

Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, en la que se graduó, obteniendo el Premio Extraordinario de Licenciatura. Doctor en Derecho por las Universidades de Bolonia y de Valencia, encontrándose en posesión del Premio Extraordinario de Doctorado de esta última. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. Ha escrito múltiples artículos y monografías. Ha centrado sus líneas de investigación en la persona, la familia y el contrato, materias en las que ha impartido conferencias en Universidades europeas y americanas. Actualmente dirige el Proyecto de Investigación MINECO DER2013-47577-R, “Impacto social de las crisis familiares”. Ha coordinado diversas obras colectivas, como, por ejemplo, “Comentarios a las Reformas de Familia de 2005”, Thomson-Aranzadi, 2006; “Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica de 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar a la propia imagen”, Thomson-Aranzadi, 2006; “El derecho a la propia imagen desde todos los puntos de vista”, Thomson-Aranzadi, 2011; “Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares”, Thomson-Aranzadi, 2012, o “Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones”, Thomson-Aranzadi, 2015.

esfera personal (física o psíquica) de los seres humanos², justificando la puesta en marcha de la tutela inhibitoria (para hacer cesar la intromisión) y resarcitoria (para obtener la reparación del subsiguiente daño moral)³.

2 Lo evidencia DE ÁNGEL YAGÜE, R.: "La protección de la personalidad en el Derecho Privado", *Revista de Derecho Notarial*, 1974, pp. 13-14, al conectar al "marco de las relaciones entre individuos y terceros, esto es, del campo propio del Derecho Privado", "las doctrinas de la personalidad, del derecho subjetivo, de la autonomía privada y, sobre todo, con la de daños".

3 En la doctrina continental europea de matriz latino no puede dejar de destacarse la cuidada y temprana elaboración debida a PERRAU, E.H.: "Des droits de la personnalité", *RTDC*, 1911, pp. 505-507, que, por ejemplo, reconoce ya el derecho a la propia imagen en el marco de los que llama "derechos del individuo como tal", concernientes a su individualidad física. Observa, así, que la jurisprudencia ha debido completar la protección de la personalidad física, sobre todo después de la invención y desarrollo de la fotografía y el cinematógrafo, y colmar de la mejor manera posible una laguna de la legislación positiva, decidiendo que el respeto a la personalidad física impide la reproducción reconocible de los rasgos de la fisonomía de una persona, sin su autorización y su exposición o venta al público. Por el contrario, el autor trata del derecho al honor dentro de los derechos concernientes a la individualidad moral, como también del derecho a la intimidad, en una brevísima referencia, en la que afirma la libertad de la persona para organizar su vida privada. Con carácter general, asigna a los derechos de la personalidad dos notas principales: su oponibilidad *erga omnes* y ser inestimables en dinero, sin perjuicio de admitir, no obstante, su reparación como medida de protección de la víctima; de esta segunda nota principal (imposibilidad de exacta estimación pecuniaria) deduce que son inalienables, imprescriptibles, intransmisibles a título de herencia y no susceptibles de ejercicio por medio de representación.

En Francia es, desde luego, temprano el reconocimiento y protección jurisprudencial de los derechos de la personalidad. Así, en relación al derecho a la propia imagen, hay que referirse al viejo fallo del Tribunal Civil del Sena, de 11 de abril de 1855 (*Ann. prop. ind.*, 1860, p. 167), que, en el caso, Sor Mélanie c. Fougère, afirmó que un artista no tenía derecho a exponer en un salón de bellas artes un cuadro, sin el consentimiento de la persona representada o del propietario de la pintura. En el caso litigioso se mezclaba el tema del uso indebido de un cuadro contra la voluntad de su propietario, con el derecho a la imagen de la monja en él representado, superiora de una congregación religiosa, que había sido condecorada con la Legión de honor, por su actuación durante una epidemia de cólera y que –supongo– estaba muerta al tiempo de plantearse el litigio. La demandada la retrató y regaló el cuadro a la congregación, la cual posteriormente le encargó una réplica del mismo, entregándole el original, a fin de que pudiera copiarlo. Sin embargo, la demandada lo envió a la exposición de Bellas Artes de París, donde fue admitido. A instancia de la representante de la orden religiosa, el Tribunal ordenó que el cuadro fuera retirado de la exposición, fundándose en que el mismo era propiedad de la congregación y, en consecuencia, no podía ser expuesto sin su consentimiento y, sobre todo, contra su voluntad. Posteriormente la Sentencia del Tribunal Civil del Sena, de 14 de marzo de 1860 (*Ann. prop. ind.*, 1860, p. 171) afirmó que el retrato de una persona no podía ser reproducido, expuesto y vendido, sin su consentimiento o el de su familia, después de su fallecimiento. En realidad, el mismo Tribunal ya había hecho aplicación de esta regla, en relación con la imagen de las personas fallecidas, en dos célebres fallos anteriores: en la Sentencia de 16 de junio de 1858 (*Ann. prop. ind.*, 1858, p. 250), en el caso Félix c. O'Connell, sostuvo que nadie tenía el derecho, sin el consentimiento de la familia, a reproducir los rasgos de una persona sobre su lecho de muerte, cualquiera que hubiera sido la celebridad de la misma y la mayor o menor publicidad, ligada a los actos de su vida; en la Sentencia de 11 de noviembre de 1859 (*Ann. prop. ind.*, 1860, p. 168), en el caso Sergent c. Defonds, sostuvo que la familia de una persona muerta tenía el derecho a oponerse a la reproducción y a la exposición de su retrato. En cualquier caso, la "entrada" de los derechos de la personalidad en el Código civil francés ha sido relativamente reciente". El legislador galo de 1804 (y, por su influencia los códigos civiles de impronta francesa, como es el español o el italiano de 1865) no se cuidó, en efecto, de incluir en el *Code* una regulación de los derechos de la personalidad, sin duda, porque consideraba que se estaba ante una materia propia del Derecho Público, preocupándose, eso sí, de consagrar una "Declaración de derechos del hombre y del ciudadano", aprobada por la Asamblea Constituyente el 26 de agosto de 1789, con el fin de garantizar ámbitos de libertad a las personas frente a eventuales injerencias por parte de los poderes del Estado. Sólo, tras la Ley 70-643, de 17 de julio de 1970, el art. 9 del Código civil francés consagró el derecho al respeto a la "vida privada" y, posteriormente, la Ley 94-653, de 1994, de 30 de julio introdujo en el *Code* el derecho al respeto al cuerpo humano, en su formulación de los arts. 16, 16-1 a 16-9.

El derecho al respeto de la vida privada, consagrado en el vigente art. 3 del *Code* se ha convertido en una especie de concepto general capaz de dar cobertura otras manifestaciones de la personalidad distintas a la intimidad, como por ejemplo, el derecho a la propia imagen. V. en este sentido, por ejemplo, Sentencias de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 13 enero de 1998 (D 1999, Somm, 167) y de 16 de julio de 1998 (D 1999, Jur., 541), así como la Sentencia de la Sala Segunda de la misma Corte, de 19 de febrero de 2004 (D 2004, Jur., 2596). La Sentencia de la Sala Primera de la Corte de Casación, de 12 de diciembre de 2000 (D 2001, 2434) ha afirmado, incluso, que los atentados contra el derecho a la vida privada y el derecho a la propia imagen son fuentes de perjuicios diversos; y en el mismo sentido se ha orientado la posterior Sentencia de la misma Sala, de 10 de mayo de 2005 (D 2005, p. 1380), que afirma que el respeto debido a vida privada y a la propia imagen constituyen derechos distintos. Puede verse un tratamiento extenso y actualizado de los derechos de la

personalidad en Derecho francés, con múltiples citas doctrinales y jurisprudenciales, en MALAURIE, Ph. y AYNÉS, L.: *Droit des Personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 8ª ed., LGDJ, Paris, 2015, 117-191.

En Alemania, a pesar de la existencia de algunos precedentes doctrinales favorables, el BGB de 1896 no consagra la categoría general de los derechos de la personalidad, limitándose en su § 12 a reconocer el derecho de la personalidad al nombre, si bien el § 823.I BGB establece la obligación de indemnizar el daño causado a quien intencional o negligentemente lesione la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u "otro derecho semejante" (*ein sonstiges Recht*) de otra persona. El precepto, pues, simplemente prevé la posibilidad de resarcir la lesión de ciertos bienes de la personalidad (entre los que no se contemplan el honor o la intimidad), a los que, en ningún momento, se les califica explícitamente como "derechos". Pero posteriormente, el art. 2.I GG consagrará el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad (*das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*), lo que, unido al principio de inviolabilidad de la dignidad humana (*Würde des Menschen*) proclamado en el art. 1.I. GG, permitió a la jurisprudencia germana afirmar la existencia de un derecho general de la personalidad, del que deducir derechos de la personalidad específicos carentes de reconocimiento legal expreso subsumibles en el último inciso del § 823.I BGB (*ein sonstiges Recht*) en orden a su reparación en caso de ser lesionados (es paradigmático el caso del derecho a la propia voz). LARENZ, K.: "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", traducción por J. Santos Briz, *Revista de Derecho Privado*, 1963, pp. 639-645, da cuenta de esta elaboración jurisprudencial, de manera crítica, con exposición de numerosos fallos. La jurisprudencia alemana ha admitido también la protección *post mortem* de la memoria de los fallecidos, siendo muy conocido el caso resuelto por el BGH, en Sentencia de 20 de marzo de 1968 (BGHZ 50, 133). En el origen del pleito se encuentra la publicación de una novela, titulada "*Mephisto, Roman einer Karriere*", escrita por Klaus Mann, contra la cual reaccionó el hijo adoptivo de un actor, llamado Gustaf Gründgens, el cual había alcanzado renombre, por su interpretación del personaje de Mephisto en la época de la República de Weimar, y que, durante el período nazi, había realizado una brillante carrera administrativa, que culminó con su nombramiento como máximo responsable de los teatros de Prusia. Se daba la circunstancia de que el escritor había tenido que huir de Alemania con su hermana, que había estado casada con el actor, así como con su padre (Thomas) en 1933. En dicha novela, sin que se utilizara expresamente el nombre de Gründgens, se hacía clara referencia a él, relatándose, entre otros hechos, un episodio en el que el protagonista se servía de la Gestapo para raptar a una bailarina negra con la cual mantenía una tormentosa relación. El Tribunal Supremo germano confirmó la prohibición de publicar la obra, declarando que, si bien el derecho a la personalidad del art. 2.I GG no impedía que el escritor presentara, de manera crítica, la vida de una personalidad que, como Gründgens, había tenido una relevancia pública, sin embargo, no era lícito incluir en la trama de una novela elementos ficticios, de tal manera, que permitieran al lector confundir ficción con realidad.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en Alemania existe una de las más tempranas normativas europeas en materia de protección del derecho a la imagen, que es la contenida en la antigua Ley de 9 de enero de 1907, relativa al derecho de autor sobre las artes figurativas y la fotografía (*Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie, KUG*), la cual surgió ante la conmoción social que produjo la publicación de una fotografía del canciller Bismarck, en su lecho de muerte, sin el consentimiento de sus familiares. El § 22 KUG establece el principio general (matizado en los términos del § 23 de la misma, por razones de interés histórico o en aras de la libertad de información) de que la imagen no puede ser difundida o expuesta públicamente, más que con la autorización de la persona representada. Admite, sin embargo, que dicha autorización pueda entenderse dada, en caso de duda, cuando la persona reproducida haya obtenido una retribución por haber servido de modelo. Añade, además, que, después de la muerte de la persona representada, es necesaria la autorización de sus parientes próximos, hasta que trascurriera un plazo de diez años, entendiéndose, por tales, el cónyuge superviviente y los hijos de la persona representada, y, si no existieran, el padre o la madre.

HUBMANN, H.: *Urheber- und Verlagsrecht*, 8ª edición continuada por M. REHBINDER, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1995, p. 306, afirma que en este parágrafo se consagra el derecho de la personalidad a la propia imagen (*das Recht am eigenen Bild*), para la defensa de un bien de la personalidad (*Persönlichkeitsgut*), lo cual significa que la efigie de una persona no puede ser difundida o expuesta públicamente, sin su permiso. Observa, además, que, desde un punto de vista sistemático, este derecho es materia propia del BGB, explicando que sea regulado en la legislación sobre derechos de autor, por el hecho histórico, que marcó su reconocimiento, y, además, porque el derecho de la personalidad de la persona a su propia imagen significa una limitación del derecho de autor sobre la obra, por él creada, en el que aquélla se representa. LARENZ, K.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª edición continuada por M. WOLF, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1997, p. 156, resalta claramente la autonomía del *Recht am eigenem Bild*, afirmando que su defensa es independiente de si con la publicación de la imagen se produce un invasión en la esfera privada o íntima de la persona. ELSNER, J., y MOSE, S.: "Das Recht am eigenen Bild", *Recht und neue Medien* (on-line), junio 1997, p. 1, precisan que la defensa de este derecho de la personalidad, comprendía, en un primer momento, tan sólo las imágenes inanimadas, como dibujos, cuadros y fotografías, pero que rápidamente se extendió a otras formas de representación, por ejemplo, en teatro, película o novela.

En su § 23, la KUG establece excepciones al principio general de la necesidad de autorización de la persona representada para publicar o difundir su retrato, las cuales vienen referidas a los retratos que puedan considerarse como propios de la historia contemporánea, a las ilustraciones en las que las personas aparezcan como accesorias de un paisaje o cualquier lugar, a las ilustraciones que reproduzcan reuniones, actos públicos u acontecimientos semejantes en las que las personas representadas hayan participado y a los retratos que hayan

Este diverso origen de las categorías y las distintas finalidades con las que surgieron ambas explica la dificultad del “diálogo” entre ellas, haciendo que los constitucionalistas hablen usualmente de derechos fundamentales “a secas”, considerado innecesaria la arraigada terminología, cara a los civilistas, de derechos de la personalidad; y, por su parte, que los privatistas, a veces, se aferren a la categoría dogmática de los derechos de la personalidad, refiriéndose a la protección constitucional de los mismos, como una especie de forma de tutela de los mismos, que resulta un simple “añadido molesto”, al que no hay más remedio que integrar en el marco de las enseñanzas tradicionales.

La finalidad de este trabajo es proponer una categoría única y transversal, la de los “derechos fundamentales de la personalidad”, en la que confluyan las dos visiones clásicas del fenómeno, convencido de que, en realidad, ambas hacen referencia a la misma realidad, evidenciado técnicas de protección distintas⁴. Una matización: me referiré aquí, exclusivamente, a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por ser los que en el ordenamiento jurídico español son objeto de una protección civil más depurada, hasta el punto de que la regulación contenida en la

sido hechos por encargo, con tal de que su difusión y exposición sirva a un interés artístico superior. Precisa, no obstante, que esta autorización legal no se extienda a los casos en que la difusión o exposición de los retratos pudiera dañar intereses legítimos del modelo o, si había fallecido, de sus padres.

Los §§ 22 y 23 KUG siguen actualmente en vigor, ya que el § 141, Nr. 5, “in fine” de la Ley de 9 de septiembre de 1965, de derechos de autor (*Uhreberrechtsgesetz*), que deroga la KUG, ha declarado vigentes dichos parágrafos. En otros códigos civiles más modernos sí, que, en cambio, se contiene una regulación de los derechos de la personalidad. Es el caso del Código civil italiano, en cuyo título I del libro I, dedicado a la persona física, después de referirse a los clásicos conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar regula en arts. 7 a 11, consecutivamente, los mal llamados “actos de disposición sobre el propio cuerpo”, el derecho al nombre y el derecho a la propia imagen, que, no obstante, ya era protegido por el art. 11 del Real Decreto Ley de 7 de noviembre de 1925 (n° 1950), en el que se aprecia una evidente influencia de la KGU de 1907, en la medida en que se regula dicho derecho de la personalidad, como una excepción al derecho de autor, lo mismo que acontece en los arts. 96 y 97 de la vigente Ley, de 22 de abril de 1941 (n° 633), sobre protección del derecho de autor y de otros derechos conexos a su ejercicio. Una excelente visión de conjunto sobre la materia puede verse en CARAPEZZA FIGLIA, G.: “La protección del derecho a la imagen en el Derecho italiano”, *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, pp. 180-199.

Especial mención merece, desde luego, el Código civil portugués de 1966, que en título II del libro I dedica una sección específica a los derechos de la personalidad, encabezados por un precepto, el art. 70, que lleva por rúbrica “Tutela general de la personalidad”, en la que se establece la protección legal de los individuos contra cualquier ofensa ilícita o amenaza de ofensa a su personalidad física o moral, contemplando no sólo la reparación del daño provocado, sino también la adopción de medidas tendente a evitar la consumación de la amenaza o a la atenuación de la ofensa ya cometida. Posteriormente, contiene una detallada regulación de los derechos al nombre, a la intimidad y a la imagen.

En el ámbito iberoamericano destaca la notable y extensa regulación de los derechos de la personalidad (incluyendo la protección civil del derecho al honor, sin necesidad de que exista una infracción penal) contenida en códigos civiles, como el boliviano de 1975 (arts. 6 a 23) o el peruano de 1984 (arts. 3 a 32), que contiene, además, un explícito reconocimiento del derecho a la propia voz y un extenso tratamiento del derecho al nombre; y, más recientemente, el Código civil y comercial argentino de 2014, cuyo art. 51 conecta muy certeramente, los derechos de la personalidad con la dignidad de la persona, dedicando a la regulación de aquéllos los arts. 52 a 72, en los que se reglamentan minuciosamente materias novedosas (desde el punto de vista de visión tradicional de los Códigos civiles), tales como la experimentos con seres humanos, el consentimiento para los tratamientos médicos o el testamento vital.

4 LÓPEZ JACOISTE, J.J.: “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *Anuario de Derecho Civil*, 1986, p. 1114, observa que los derechos de la personalidad y los derechos fundamentales “se requieren mutuamente”. “En el orden teórico –añade– sus respectivas corrientes han discurrido frecuentemente por cauces distintos, pero la realidad les hace confluir”, refiriéndose a una “conmixción unificadora”, a la larga “ineludible”. “De este modo –concluye– el tratamiento en identidad viene a ser criterio razonable, exigencia de razón práctica e incluso directriz de técnica legislativa”.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, se considera la reglamentación paradigmática de los derechos de la personalidad⁵.

II. LA EFICACIA PRIVADA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Desde mi punto de vista, es evidente que la dicotomía entre derechos fundamentales/derechos de la personalidad no puede ya mantenerse como un trasunto de la distinción entre Derecho Público/Derecho Privado, entendidos estos como categorías aisladas o compartimentos estancos, pues, a mi parecer, no cabe la menor duda de que los derechos fundamentales (o, al menos, algunos de ellos, entre los que se encuentran los que estudiamos), tienen eficacia entre los particulares⁶, pues no sólo contienen mandatos de protección y límites de actuación dirigidos a los poderes públicos, sino que también tienen como destinatarios a los ciudadanos⁷.

I. Planteamiento de la cuestión.

En la actualidad, proclamado por nuestra Carta Magna el Estado Social de Derecho⁸, debe postularse una concepción de los derechos fundamentales⁹ dirigida a garantizar ámbitos de libertad, no sólo frente a la actuación de los poderes públicos, sino también frente a la actuación de los particulares¹⁰, sobre todo, de aquellos

- 5 Tras su consagración constitucional y legal es indudable que estamos ante auténticos *derechos*, y no, ante meros *intereses legítimos*, cuya lesión puede dar lugar a un resarcimiento.
- 6 Es lo que comúnmente se denomina *Drittwirkung der Grundrechte*, siguiendo la terminología propia de la doctrina alemana, respecto de la cual puede verse ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción del alemán por E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 (véase, en particular, pp. 506 ss.).
- 7 Ahora bien, es evidente que los derechos fundamentales no pueden vincular de igual manera a los particulares que a los poderes públicos, por la sencilla razón de que, mientras éstos últimos son sólo destinatarios (sujetos pasivos obligados) de los derechos fundamentales, los primeros son simultáneamente titulares y destinatarios de derechos fundamentales y libertades públicas diversas, por lo que, con toda probabilidad, en el caso concreto, el reconocimiento de la eficacia vinculante de un derecho fundamental en el marco de una relación *inter privatos* comportará la limitación de otro derecho fundamental de una de las partes de dicha relación. Explica ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Autonomía privada y derechos fundamentales", *ADC*, 1993, p. 65, que el problema de la eficacia de los derechos fundamentales "se plantea de forma muy diversa en relación con el Estado o con el particular. Frente al Estado, el problema consiste en decidir si alguno de sus órganos ha infringido el derecho de un particular mientras que en relación con el particular el problema consiste en dilucidar cómo se resuelve una *colisión entre derechos*".
- 8 La doctrina constata como el reconocimiento de la *Drittwirkung der Grundrechte* es una cuestión íntimamente ligada a la proclamación constitucional del Estado Social de Derecho. Expone MOLINA NAVARRETE, C.: "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)", *RTSS*, 1991, núm. 3, pp. 66-67: "el Derecho privado, en cuanto forma parte de ese todo unitario que es el ordenamiento jurídico, ya no puede entenderse inmune, en ninguna de sus ramas ni de sus instituciones [...] a la acción conformadora de los principios y derechos constitucionales, especialmente de los derechos fundamentales. Derechos éstos, que, por la peculiar naturaleza y específicas funciones que adquieren en un Estado Social y Democrático de Derecho, proyectan una indudable dimensión social, es decir, en la vida social, cuyo complejo entramado de relaciones viene constituido en parte esencial por aquéllas configuradas tradicionalmente como de naturaleza privada, donde encuentran una mejor y más plena realización".
- 9 Que "tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional" [STC 88/1985, de 19 de julio (RTC 185, 88), FJ. 2º)].
- 10 Observa PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pp. 22-23: "Concebidos inicialmente como instrumentos de defensa de los ciudadanos frente a la omnipotencia del Estado, se consideró que los derechos fundamentales no tenían razón de ser en las relaciones entre sujetos del mismo rango donde se desarrollan las relaciones entre particulares". Y el mismo autor explica que tal planteamiento, que obedecía a una concepción puramente formal del principio de igualdad entre los diversos miembros de la sociedad, quiebra con el

entes privados, dotados de una posición de supremacía en las modernas sociedades industriales y de la comunicación¹¹.

Es cierto que en la Constitución española [en adelante, CE] no hay un precepto igual al art. 18.1 de la Constitución portuguesa, conforme al cual los derechos y libertades constitucionales son directamente aplicables a las entidades públicas y privadas y vinculan a éstas. Pero tampoco existe una “base textual general” que permita afirmar que los derechos fundamentales sólo vinculan a los poderes públicos¹². Es, así, de reseñar que el art. 53.2 CE contrasta con el art. 19.4 de la *Grundgesetz*, el cual limita la protección judicial de los derechos fundamentales a los casos en que la lesión de aquéllos proceda de actuaciones de los poderes públicos; en cambio, la norma española reconoce la posibilidad de que los ciudadanos puedan recabar de la jurisdicción ordinaria la tutela de sus derechos fundamentales “por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad”, sin exigir que los eventuales actos lesivos sean imputable a los poderes del Estado¹³. Es más, hay una serie de normas constitucionales, que pueden ser invocadas en orden a una fundamentación jurídica de la eficacia privada de los derechos fundamentales: el art. 1.1 CE, conforme al cual España se constituye en un “Estado social y democrático de Derecho”; el art. 9.1 C.E., que afirma la sujeción de los ciudadanos a la Constitución; o el art. 10.1 CE, que eleva a fundamento del orden político y de la paz social los “derechos inviolables” inherentes a la persona, así como el respeto a “los derechos de los demás”¹⁴.

2. La posición de la doctrina española: la tesis de la eficacia directa/indirecta.

¿Cuál es la posición de la doctrina española al respecto? Existen dos teorías contrapuestas, que se debaten entre la tesis de la eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre particulares.

a) Según la tesis de eficacia directa (*unmittelbare Drittwirkung*), los derechos fundamentales (o, al menos, algunos de ellos) están dotados de eficacia inmediata en las relaciones horizontales (*inter privatos*), de tal modo que vinculan a los particulares

tránsito del Estado liberal al Estado social de Derecho, tránsito éste, que ha supuesto “la extensión de la incidencia de los derechos fundamentales a todos los sectores del ordenamiento jurídico y, por tanto, también al seno de las relaciones entre particulares”.

11 Es el caso -observa PÉREZ TREMPES, P.: “Los derechos fundamentales”, en AA.VV., *Derecho Constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, p. 136, de “la acción de grandes empresas en el terreno mercantil, en los grandes grupos en el campo de la comunicación, o en la relación entre empresario y trabajador en el ámbito laboral”.

12 Lo constata BALLARÍN IRIBARREN, J.: “Derechos”, cit., p. 289.

13 Como expone BALLARÍN IRIBARREN, J.: “Derechos”, cit., p. 289, el art. 53.2 C.E. “no se refiere exclusivamente a las violaciones de los derechos por obra de los poderes públicos”.

14 En orden a un meritorio intento de fundamentación de la *Drittwirkung der Grundrechte* en el texto constitucional, véase MOLINA NAVARRETE, C.: “Bases”, cit., pp. 68-86.

directamente, sin necesidad de mediación de los poderes públicos (legislativo o judicial)¹⁵.

b) Según la tesis de la eficacia indirecta (*mittelbare Drittwirkung*), los derechos fundamentales sólo vinculan a los particulares de forma indirecta o mediata (*interpositio legislatoris o interpositio iudicis*) es decir, en la medida en que los poderes públicos hubieran definido el alcance de aquéllos, a través, fundamentalmente, de la acción del legislador (al regular las relaciones de Derecho Privado) y de los jueces (al conocer controversias entre particulares, velando porque los derechos fundamentales sean respetados en las relaciones *inter privados*)¹⁶.

3. Toma de posición.

En realidad, la discusión apuntada, interesante en el plano dogmático, tiene escasa significación práctica, dado que, tanto los partidarios de la tesis de la *unmittelbare Drittwirkung*, como los de la *mittelbare Drittwirkung*, admiten que los particulares

15 Véase, en tal sentido: BALLARÍN IRIBARREN, J.: "Derechos", cit., pp. 288-297; MOLINA NAVARRETE, C.: "Bases", cit., pp. 68-86; VALDÉS DAL-RE, F.: "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *RL*, 1990, núm. 8, pp. 288-290. Observa PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos*, cit., p. 22: "En su *dimensión subjetiva*, los derechos fundamentales determinan el estatuto jurídico de los ciudadanos, lo mismo en sus relaciones con el Estado que en sus relaciones entre sí". RODRIGUEZ-PINERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^o F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 267-271, sostienen la vinculación directa de los particulares a ciertos derechos fundamentales, y, en concreto, al derecho a la no discriminación, lo que deducen del art. 9.1 ("norma genérica, que -según los autores- establece la vinculación de los privados por los derechos fundamentales lo mismo que por el resto de las normas constitucionales") y, en particular, del art. 14 C.E.: "la prohibición de discriminación del art. 14 CE está expresada en términos rotundos [...] y esos términos autorizarían a entender introducida en la categoría de derechos que parcialmente despliegan su eficacia en las relaciones privadas también a esa prohibición, porque no está adjetivada por su procedencia [...] no resulta aventurado sostener que el derecho subjetivo concedido al individuo despliega su eficacia frente a todos, incluso particulares, y en todo caso conduce a que sean eliminadas las conductas en que se traduce la discriminación y a que sean reparados los efectos nocivos de ésta [...] ello requiere la colaboración estatal, cuando menos a través de los Tribunales de Justicia (art. 7.1 LOPJ)), y, por esto mismo, esta intervención deviene obligada, no meramente indicada o conveniente, pero la pretensión del individuo se funda directamente en la CE, y en el derecho que le otorga, no sólo en el mandato de ésta dirigido al Juez de amparar pretensiones en este sentido". También defiende la eficacia horizontal del derecho fundamental a la no discriminación MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia *inter privados* del artículo 14 de la Constitución)", *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 3, pp. 613 ss., y pp. 639 ss.

16 Para ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Autonomía", cit., p. 121: "La afirmación de la eficacia *inter privados* de los derechos fundamentales no tiene apoyo normativo [...] La vigencia social de los derechos fundamentales debe ser producto de la mediación estatal. Esta mediación viene delimitada, por un lado, por la obligación de intervención que para los poderes públicos se deduce del carácter de mandatos de protección de los derechos fundamentales. Por otro, por la obligación de respetar el ámbito privado de libertad que deriva del carácter de los derechos fundamentales como prohibiciones de intervención". En particular, rechaza el autor que el art. 9.1 CE, pueda servir de fundamento a la tesis de la *unmittelbare Drittwirkung*: "Aun cuando ha de admitirse que no proporcionan datos concluyentes, los preceptos constitucionales relativos a los derechos y sus garantías permiten deducir, en efecto, que los destinatarios de tales normas son sólo los poderes públicos. Así, el art. 53.1 CE sólo declara expresamente vinculados por los derechos fundamentales a los *poderes públicos*. Una declaración semejante no se contiene en relación con los particulares. Es cierto que el art. 9.1 CE afirma la sujeción a la Constitución de poderes públicos y particulares, pero a nuestro juicio, tal precepto se limita a recordar el sometimiento de poderes públicos y particulares al *Derecho* y no permite en modo alguno identificar el término *sujeción* con el de *vinculatoriedad* del art. 53 CE" (p. 60). PÉREZ TREMPES, P.: "Los derechos", cit., pp. 136-137, afirma los siguientes: "En términos generales se habla de que la vinculación constitucional que generan los derechos fundamentales respecto de los poderes públicos es una vinculación directa o inmediata, mientras que la que desarrollan respecto de los particulares es de naturaleza *indirecta* o *inmediata*. Esta vinculación indirecta procede del hecho de que deben ser los poderes públicos los que, a través de su acción, concreten los extremos de la eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares; dicho de otra manera, los derechos fundamentales vinculan a los particulares en la medida en que los poderes públicos han definido el alcance de aquéllos, y así lo ha visto el Tribunal Constitucional".

puedan acudir a la jurisdicción ordinaria, con el fin de reclamar la tutela de sus derechos fundamentales lesionados por un acto de autonomía privada ajeno. Que dicha tutela deba operar desde la consideración de que los particulares son destinatarios de los derechos fundamentales (y, por ende, están vinculados por ellos directa o inmediateamente) o, por el contrario, desde la opuesta tesis de que los poderes públicos han de velar porque sea reparada la vulneración de los derechos fundamentales (por parte de los ciudadanos) en las relaciones de Derecho privado, me parece intrascendente desde la óptica del efecto pretendido¹⁷.

Sin embargo, no puede dejar de evidenciarse que en la tesis de la *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte* subyace una indudable dosis de ficción¹⁸: si se parte de la afirmación de que los particulares no son sujetos destinatarios de los derechos fundamentales, resulta -en mi opinión- difícil de explicar la intervención de los jueces y tribunales (en los supuestos de falta de *interpositio legis*) en orden a reparar la vulneración de aquellos derechos por parte de aquéllos, y es que esta intervención parece exigir un presupuesto previo, a saber, la vinculación (directa o inmediata) de los particulares a los derechos fundamentales¹⁹.

Creo que, en ocasiones, al tratarse del tema de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho Privado, no se diferencian adecuadamente dos cuestiones totalmente distintas: de un lado, la cuestión material, consistente en determinar si los derechos fundamentales tienen como destinatarios, exclusivamente, los poderes públicos o también los particulares; y, de otro lado, la puramente procesal, con la que se trata de dilucidar, simplemente, si los actos de autonomía privada lesivos de los derechos fundamentales pueden, o no, ser recurridos en amparo ante el TC.

17 Y lo acaban reconociendo los propios autores que defienden la tesis de la *mittelbare Drittwirkung der Grundrechte*. Así, observa PÉREZ TREMPES, P.: "Los derechos", cit., p. 137: "Esta forma indirecta de actuar de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares hace que, a la postre, su eficacia sea muy similar a la eficacia directa ya que, especialmente a través de la acción de los órganos judiciales, las vulneraciones de derechos que existan en estas relaciones [las de Derecho Privado] deben ser reparadas, adquiriendo plena eficacia".

18 Tal y como apuntan RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, M^a F.: *Igualdad*, cit., p. 266.

19 A mi entender, la tesis de la *mittelbare Drittwirkung* acierta plenamente en la percepción de que no puede ser idéntica la vinculación de los sujetos privados y de los poderes públicos a los derechos fundamentales. Pero -contra lo que afirman los sostenedores de dicha tesis- la diferencia en el grado de vinculación de ambas clases de sujetos no creo que deba ser reconducida a una pretendida (y estimo que ficticia) contraposición entre una eficacia directa o indirecta de los derechos fundamentales (según se trate, de relaciones verticales o horizontales), sino a la constatación de que en el ámbito de las relaciones entre particulares hay peculiaridades que no existen en las relaciones entre los ciudadanos y los poderes públicos, "por lo que no puede pretenderse una aplicación mimética de los esquemas de unas relaciones a las otras". Y ello, porque en las relaciones *inter privatos* aparecen implicados sujetos que simultáneamente son titulares y destinatarios de derechos fundamentales diversos (susceptibles de entrar en colisión, en cuanto que, recíprocamente, se limitan unos a otros), todos los cuales deben ser armonizados (piénsese, p. ej., en los supuestos paradigmáticos de colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de expresión, o entre la libertad de empresa y el derecho fundamental a la no discriminación); y, sobre todo, dichas relaciones están presididas por el principio de preeminencia de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC). Dicho principio (que encuentra apoyo normativo en el art. 10.1 CE, en cuanto manifestación del libre desarrollo de la personalidad), es, obviamente, extraño a las relaciones verticales, pero, sin embargo, debe ser exquisitamente tutelado en las relaciones *inter privatos* (en particular, cuando se trata de decidir la vinculación de los particulares al derecho fundamental a la no discriminación).

Se trata -insisto- de dos cuestiones distintas, ya que una cosa es afirmar la eficacia horizontal de ciertos derechos fundamentales (en mi opinión, los derechos al honor; a la intimidad y a la propia imagen la tienen); y otra, bien diversa, es que los actos de los particulares, que los vulneren, no puedan ser directamente recurridos en amparo, lo cual, en nuestro ordenamiento, ha sido una opción del legislador ordinario, plasmada en el art. 41.2 LOTC.

La distinción está perfectamente delimitada, entre otras, en la conocida STC 18/1984, de 7 de febrero²⁰, que, a pesar de desestimar un recurso de amparo contra un acto de un particular; por aplicación del art. 41.2 LOTC, sin embargo, afirma que ello “no debe interpretarse en el sentido de que sólo se sea titular de los derechos fundamentales y libertades públicas en relación con los poderes públicos, dado que en un Estado social de derecho como el que consagra el art. 1º de la Constitución, no puede sostenerse con carácter general que el titular de tales derechos no lo sea en la vida social”. A continuación, añade que “existen derechos que sólo se tienen frente a los poderes públicos” (se refiere a los reconocidos en el art. 24 CE), de modo que implícitamente está reconociendo que ciertos derechos fundamentales sí tienen eficacia horizontal; y, entre ellos, la sentencia sitúa, precisamente, los derechos al honor; a la intimidad y a la propia imagen.

Vuelvo a reiterar que en nuestro Derecho no cabe que el TC realice un control directo de la constitucionalidad de los actos de autonomía privada, porque, si bien el art. 53 CE permite la solución contraria, el legislador patrio (cfr. art. 41.2 LOTC) optó por restringir el recurso de amparo a las lesiones procedentes de actuaciones de los poderes públicos. Pues bien, en esta tesitura la jurisprudencia (la STC 18/84, de 7 de febrero, es buena muestra de ello) se planteó articular un mecanismo que permitiera al Tribunal Constitucional enjuiciar, en alguna medida (y, en última instancia), el ajuste a la Constitución de los actos de autonomía privada. Y, puesto que ese control de constitucionalidad no podía realizarse directamente (por impedirlo el art. 41.2 LOTC), el Alto Tribunal acudió al expediente de “buscar” un poder público al que imputar la violación de un derecho fundamental.

La premisa de la que parte dicha imputación es la siguiente: el art. 91 CE, en cuanto sanciona la sujeción de los poderes públicos a la Constitución, contiene un mandato, dirigido a los poderes del Estado (legislador, ejecutivo y Jueces y Tribunales, en el ámbito de sus funciones respectivas), que se traduce en el deber positivo de dar efectividad a los derechos fundamentales en el ámbito de las relaciones entre particulares. Y la conclusión es ésta: cuando los poderes públicos no cumplen el referido mandato, en especial, cuando la jurisdicción ordinaria no cumple el deber de restablecimiento de los derechos fundamentales lesionados por actos de autonomía privada, quedan abiertas las puertas para un eventual recurso de amparo, cuyo objeto formal estará,

20 STC 18/1984, de 7 de febrero, FJ 6º.

pues, constituido por los eventuales actos de un poder público (normalmente, jueces y tribunales) que no cumplan con el deber positivo, que les impone el art. 9.1 CE, de dar efectividad a los derechos en cuanto a su vigencia social (lo que es acorde a la concepción por la STC 18/84 del recurso de amparo, como un “remedio subsidiario de protección de los derechos y libertades fundamentales”).

En conclusión, es posible un control indirecto de los actos de particulares, que vulneren los derechos fundamentales de la personalidad ajenos, por parte del TC, si los Tribunales ordinarios no estiman la demanda de reparación de la víctima: en este caso, el recurso de amparo tendrá un objeto formal, constituido por la sentencia que se impugna; y un objeto material, que será el acto del particular que lesione el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen del recurrente.

4. Algunas consideraciones sobre el recurso de amparo como medio de control indirecto de la constitucionalidad de los actos de los particulares.

El control indirecto de la constitucionalidad de los actos de sujetos privados mediante el mecanismo descrito, por parte del TC, ha sido, precisamente, una de las causas de la proliferación de recursos de amparo, que motivó una reacción del legislador; a través de la LO 6/2007, de 24 de mayo, por la que se reforma la LOTC²¹. Dicha reforma se plasma en el nuevo art. 49.1 LOTC, cuyo inciso último afirma que “En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso”. Consiguientemente, el actual art. 50.1 b) LOTC, al enunciar los requisitos de admisión, exige que “el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, para su aplicación o para su general eficacia y para la determinación y contenido del contenido y alcance de los derechos fundamentales”. Por lo tanto, esta reforma supuso un cambio radical en la concepción del recurso de amparo, porque es claro que, desde entonces, el mero hecho de que un acto de poder público vulnere un derecho fundamental de la personalidad (incluido una sentencia de la jurisdicción ordinaria que no estime la pretensión de restablecimiento del derecho fundamental lesionado por un acto de autonomía privada) no basta para que dicho acto pueda ser recurrido ante el TC, sino que será, además, necesario que, al interponerse el recurso de amparo, se demuestre,

21 La Exposición de Motivos de la Ley explica, en su apartado II, que “el elevado número de demandas de amparo ha provocado un amplio desarrollo de la función de garantía de los derechos fundamentales en detrimento de otras competencias del Tribunal Constitucional. El número de solicitudes de amparo y el procedimiento legalmente establecido para su tramitación son las causas que explican la sobrecarga que en la actualidad sufre el Tribunal a la hora de resolver estos procedimientos de garantía de los derechos fundamentales. Por esta razón, las reformas que se abordan van dirigidas a dotar al amparo una nueva configuración que resulte más eficaz y eficiente para cumplir con los objetivos constitucionalmente previstos para esta institución. Y así, entre las modificaciones que se introducen en relación con el recurso de amparo, se pueden destacar el cambio en la configuración del trámite de admisión del recurso”. En relación con este punto, la Exposición de Motivos sigue diciendo: “frente al sistema anterior de causas de inadmisión tasadas, la reforma introduce un sistema en el que el recurrente debe alegar y acreditar que el contenido de recurso justifica una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal en razón de su especial trascendencia constitucional, dada su importancia para la interpretación, aplicación o general eficacia de la Constitución”.

expresamente y con carácter insubsanable, que, en el caso concreto, concurre el requisito de la “especial trascendencia constitucional”, que justifica una decisión de fondo²².

La LO 6/2007, de 24 mayo, estableció un contrapeso a la introducción del requisito de la “especial trascendencia constitucional”, a efectos de la interposición del recurso de amparo. Su Disposición Final Primera dio nueva redacción al 241.I.1° LOPJ, otorgando a los Tribunales ordinarios la posibilidad de revisar, a través del incidente de nulidad de actuaciones, la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 53.2 CE, por lo tanto, no sólo ya los de carácter procesal, como el de tutela judicial efectiva, sino también los de carácter sustantivo, como son los derechos fundamentales de la personalidad y, entre ellos, el derecho al honor. El precepto, en su actual redacción dice, así, que “quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo podrán pedir por escrito que se declare la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario”.

Dado que el recurso de amparo tiene carácter subsidiario, ya que, como dice el art. 43.I LOTC, sólo podrá acudirse a él, una vez “que se haya agotado la vía judicial precedente”, se discutió si, en el caso de procesos que hubieran tenido por objeto la lesión de los derechos fundamentales de la personalidad, el requisito del agotamiento de la vía judicial precedente hacía necesario que, para poder interponer el recurso de amparo, previamente, el recurrente hubiera acudido al incidente de nulidad de actuaciones²³. Sin embargo, es doctrina jurisprudencial actual que no es preciso el

22 Según la interpretación que la importante STC 155/2009, de 25 de junio (Pleno), ha hecho de los arts. 49.I y 50.I b) LOTC, será necesario que el recurrente en amparo justifique alguna de las siguientes circunstancias: 1°) que se trata de un recurso que plantea “un problema o una faceta de un derecho fundamental susceptible de amparo sobre el que no haya doctrina del Tribunal Constitucional”; 2°) que da ocasión al Tribunal “para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un cambio de un proceso de reflexión interna” o “por el surgimiento de nuevas realidades sociales o de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental, o de un cambio en la doctrina de los órganos de garantía encargados de la interpretación de los tratados y acuerdos internacionales a los que se refiere el art. 10.2 CE” (señaladamente, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos); 3°) que la vulneración del derecho fundamental trae causa “de una reiterada interpretación jurisprudencial de la Ley”, en cuyo caso será necesario que el Tribunal Constitucional la considere lesiva de dicho derecho y “crea necesario proclamar otra interpretación conforme a la Constitución”; 4°) que la doctrina del TC que se alega está siendo “incumplida de modo general y reiterado por la jurisdicción ordinaria” o existen “resoluciones judiciales contradictorias sobre el derecho fundamental, ya sea interpretando de manera distinta la doctrina constitucional, ya sea aplicándola en unos casos y desconociéndola en otros”; 5°) que un órgano judicial incurre “en una negativa manifiesta de acatamiento de la doctrina del Tribunal Constitucional”, establecida en el art. 5 LOPJ; 6°) que, el asunto suscitado, “aún sin estar incluido en ninguno de los supuestos anteriores”, trasciende del caso concreto, porque plantea “una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica o tenga unas consecuencias políticas generales” (aunque este supuesto no parece pensado para actos de autonomía privada, poniéndose, como ejemplo, el caso de determinados amparos electorales o parlamentarios).

23 Así, lo exigió el ATC 200/2010, de 21 de diciembre (RTC 2010, 200, AUTO), FJ. 2°, que desestimó un recurso de amparo, por no haberse planteado un previo incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia recurrida ante el mismo órgano jurisdiccional que la había dictado, esto es, la sentencia del TS, que había resuelto un recurso de casación, dando preferencia al derecho al honor del afectado sobre la libertad de expresión de la persona causante de la intromisión en dicho derecho de la personalidad (el recurrente en amparo). Sin embargo,

planteamiento previo del incidente de nulidad de actuaciones, cuando en el recurso amparo se invoque la vulneración de un derecho fundamental sustantivo, que tenga su origen inicial en un acto de un particular; y ello, porque la sentencia de la jurisdicción ordinaria ya se habrá pronunciado sobre este extremo. La necesidad de plantear el incidente se limita, entonces, al caso en que en el recurso de amparo se alegue la vulneración de un derecho fundamental de carácter procesal, como el de tutela judicial efectiva, causada de manera directa y sobrevenida por la propia sentencia recurrida²⁴.

III. LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD COMO EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA PRIVADA

Podría pensarse que, una vez predicada la eficacia privada de los derechos fundamentales la categoría de los derechos de la personalidad sería superflua, siendo su única función la de adjetivar ciertos derechos fundamentales con una finalidad puramente descriptiva de su objeto, esto es, identificar los que recaen sobre bienes o atributos intrínsecos del ser humano. Sin embargo, procediendo así, se desperdiciaría toda la “finura” de la depurada construcción dogmática de los derechos de la personalidad elaborada por la doctrina civilista, de la que es trasunto la regulación contenida en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la cual, por cierto, no es una pura opción del legislador, sino una exigencia constitucional, pues la tutela inhibitoria y resarcitoria que en ella se consagra supone un mínimo de protección irrenunciable en orden a garantizar la efectividad de dichos derechos fundamentales en las relaciones sociales y jurídicas entre particulares²⁵.

la STC 176/2013, de 21 de octubre, mantuvo la tesis contraria, considerando que cuando el proceso judicial del que el recurso de amparo trae causa versa sobre la posible vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen por parte de un acto de un particular no es necesario plantear un previo incidente de nulidad de actuaciones contra la sentencia que se recurre, porque ésta ya se ha pronunciado materialmente sobre la cuestión, por lo que es absurdo que tenga que volver a hacerlo, de manera que el planteamiento del incidente resulta inútil. En tales condiciones – dice el TC, no puede reprocharse al demandante que no plantease ante el propio Tribunal Supremo incidente de nulidad de actuaciones, con la pretensión de que éste reconsiderase el fondo de su resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial. Así lo hemos entendido en otras ocasiones en las cuales, aun cuando el incidente de nulidad pudiera ser formalmente procedente, resultaba materialmente inútil porque comportaba pedirle al órgano judicial que se retractase sobre lo que ya había resuelto en varias resoluciones previas”.

- 24 Es claro que existía una diversidad entre las doctrinas contenidas en ATC 200/2010 y la STC 176/2013, que ha sido resuelta por el Pleno del TC en favor de la tesis seguida por esta última. La STC 216/2013, de 19 de diciembre (Pleno) ha zanjado, así, la cuestión, afirmando, con total claridad, que “cuando el objeto del proceso consista en el estudio de la lesión directa del derecho, como es el caso del derecho al honor o la intimidad, el reconocimiento de su lesión, o el no reconocimiento con la consecuente lesión del derecho a la libertad de expresión o de prensa, consecuencia de la revocación de las Sentencias de las instancias previas, no requiere la necesaria interposición del incidente de nulidad, al estar ayuno de los fines para los que fue previsto, puesto que consistiría en la pretensión de una reconsideración sobre el fondo de la resolución con argumentos semejantes a los ya empleados en la vía judicial”.
- 25 Con anterioridad al reconocimiento constitucional de los derechos al honor, a la intimidad y a propia imagen y a la promulgación de la LO 1/1982, existieron en la doctrina española notables construcciones teóricas de los

Por otro lado, el “diálogo” entre el art. 18 CE y la LO 1/1982 es fluido y constante en la jurisprudencia del TC, que no duda en calificar los derechos a la

derechos de la personalidad, en la que se debatió la configuración dogmática de la figura, en particular, si podía, o no, encuadrarse en el molde clásico del derecho subjetivo.

Es de reseñar por su carácter temprano (en nuestro contexto jurídico) la extensa construcción de CASTÁN TOBEÑAS, J.: “Los derechos de la personalidad”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, julio-agosto, p. 21, quien afirmaba que en “los derechos esenciales de la personalidad, ciertamente, pueden concurrir las cualidades propias de los derechos subjetivos, en cuanto se dé en ellos, la atribución por el ordenamiento positivo, de un poder jurídico a un titular frente a otra u otras personas, puesto a su libre disposición y tutelado por una acción judicial”.

Hay también que destacar, por su originalidad la tesis de DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales”, *Anuario de Derecho Civil*, 1959, p. 1260 y ss., quien propone sustituir la noción de “derecho subjetivo”, por el de “bien jurídico”, adoptando la terminología de “bienes de la personalidad”, en vez de la de “derechos de la personalidad”.

Sin duda, la razón práctica que guía esta construcción es la preocupación de que existieran bienes de la personalidad no tipificados como derechos subjetivos por el ordenamiento jurídico positivo (que en la época en la que escribía el autor eran muchos) y que, en consecuencia, quedasen privados de protección civil. Ahora bien, en realidad, la protección civil y, en particular, la tutela resarcitoria por la vía del art. 1902 CC no exige necesariamente la vulneración de un derecho subjetivo, sino que basta con la lesión de un interés jurídico protegido. Por otro lado, el mismo autor, en las pp. 1263-1264, afirma que cuando las “facultades libres, en el actuar de una persona” se refieran a “los bienes menos esenciales” de la misma, y se concretan sobre realidades exteriores a ella (nombre, imagen), pueden alcanzar una cierta independencia, hasta tener algunos rasgos de los caracteres propios de los derechos subjetivos”.

MADRIDEJOS SARASOLA, J.: “Los derechos personalísimos”, *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 272-281, realiza un cuidado tratamiento de los derechos de la personalidad en el marco, más amplio, de los derechos personalísimos; respeto de los primeros de ellos, precisamente, apoyándose en De Castro, afirma que “parece que no hay imposibilidad absoluta desde el punto de vista dogmático, en aplicar a estos derechos el calificativo de derechos subjetivos”.

DIEZ DÍAZ, J.: “Derechos de la personalidad o bienes de la persona?”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1963, pp. 858-901, tras rechazar la categoría del derecho general de la personalidad, defiende la existencia de derechos de la personalidad específicos, que califica de “derechos subjetivos privados, ya que van destinados, sobre todo, a asegurar el goce del propio ser, físico o espiritual” (p. 878).

Por su parte, DE ÁNGEL YAGÜE, R.: “La protección”, cit., pp. 49-50, observa que el deseo de eludir la idea de derecho subjetivo de algunas formulaciones tradicionales se produce, “quizá más por evitar las consecuencias, a veces contradictorias, que de él se desprenden que por razones de rigurosa técnica jurídica”, lo que, su juicio, “no impide, desde luego, que sigamos utilizando la expresión ‘derechos de la personalidad’, tan arraigada en la literatura jurídica. En último término —añade el autor, si las palabras son manifestación de ideas, el hecho de que aquéllas no sean del todo correctas pasa a un segundo plano si, como sucede con la denominación que nos ocupa, todos sabemos qué quieren significar y cuál es su sentido”.

Por cuanto concierne a la jurisprudencia, hay que destacar la prontitud con que los Tribunales españoles, en comparación con otros europeos, tutelaron las intromisiones ilegítimas en el honor, reconociendo al perjudicado la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño moral, con apoyo en el art. 1902 CC, con independencia de que dicha intromisión constituyera, o no, un ilícito penal. A este respecto, hay que recordar la conocida STS 6 diciembre 1912 (JC 1912, 95), que confirmó la sentencia que había condenado al director y a la sociedad editora del periódico “El liberal” a resarcir con la entonces exorbitante cantidad de 150.000 ptas. (además de a publicar el fallo condenatorio en el mismo periódico y en otros de relevancia nacional y local) a una joven de quince años, respecto de la cual se había dado una noticia falsa en un artículo aparecido en primera plana del periódico bajo un título de gruesos caracteres, que decía así: “Fraile, raptor y suicida”. En ella se informaba de que un fraile Capuchino, profesor de física, se había fugado del convento, raptando a la joven, con la que había tenido “escandalosa sucesión” y que, al ser sorprendido por el tío de ésta, se había suicidado. A pesar de que tres días después, el propio periódico desmintió rotundamente la noticia, el padre de la joven interpuso una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios, en nombre de la hija, argumentando que “el honor de una doncella ha de conservarse inmaculado para aspirar al matrimonio, y dada la difusión de la falsa noticia, ese daño no podía borrarse por completo”. Las partes demandas se opusieron a la pretensión con el argumento (entre otros) de que, al ser el honor un bien extrapatrimonial, su vulneración no podía repararse con una indemnización pecuniaria. El TS, confirmando la sentencia recurrida, afirmó que “la honra, el honor y la fama de la mujer, constituyen los bienes sociales de mayor estima y su menoscabo la pérdida de mayor consideración que puede padecer una Sociedad civilizada, incapacitándola para ostentar en ella el carácter de respetabilidad y custodia de los sagrados fines del hogar doméstico”; y, así mismo, que, si bien, la indemnización pecuniaria, “nunca es bastante como resarcimiento absoluto de ofensas tan graves, al fin es la que se aproxima más a la estimación de los daños morales directamente causados a la joven perjudicada, y que llevan consigo, como consecutivos naturales y lógicos otros daños, esto es, los materiales y los sociales”.

intimidad y a la propia imagen como *derechos de la personalidad*²⁶, contribuyendo, además, los preceptos de una y otra a delimitar el contenido de los derechos y las condiciones de actuación de los mecanismos de protección, constitucional y civil, que respectivamente consagran, lo que apoya la adopción de esa categoría unitaria y transversal (aquí propugnada) de derechos fundamentales de la personalidad²⁷. Y, por si hubiera dudas, la LO 1/1982, deja bien a las claras que el contenido de dichos derechos, también desde el punto de vista del Derecho Privado, es complejo, pues no sólo incluye facultades negativas (de exclusión y reacción contra intromisiones ajenas), sino, además (y esto es, a mi parecer, prioritario desde un punto de vista axiológico), facultades positivas, que permiten la actuación del principio de autonomía privada, atribuyendo al titular de los mismos un poder jurídico sobre su propia esfera personal que puede ejercer libremente, con lo que se produce una coincidencia sustancial con la definición del contenido de los derechos realizada por la jurisprudencia del TC interpretativa del art. 18 de nuestra Carta Magna²⁸.

La jurisprudencia constitucional ha reiterado, en efecto, que el derecho a la intimidad posee un doble aspecto, positivo y negativo: en su aspecto positivo, significa que el individuo dispone “de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia”; en su aspecto negativo, supone “el poder de resguardar ese ámbito reservado frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a una publicidad no querida”, y, en consecuencia, “puede excluir que los demás, esto es, las personas que de uno u otro modo han tenido acceso a tal espacio, den a conocer extremos relativos a su esfera de intimidad o prohibir su difusión no consentida, salvo los límites que se derivan de los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos”²⁹. Así mismo, expone que “el derecho a la propia imagen, en su dimensión constitucional, se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad

26 V., por ejemplo, la STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231), FJ 3º, STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6º, la STC 81/2001 (RTC 2001, 81), FJ 2º, STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4º (RTC 2001, 139), STC 83/2002, de 24 de abril, FJ 4º (RTC 2002, 83), STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 14º (RTC 2003, 14), STC 72/2007, de 16 de abril, FJ 3º (RTC 2007, 72), STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2º (RTC 2009, 77), STC 158/2009, de 29 de junio, FJ 3º (2009, 158), STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 4º (RTC 2010, 23), y STC (Pleno) 51/2011, de 14 de abril (RTC 2011, 51), FJ 8º.

27 La LO 1/1982, en su Exposición de Motivos, utiliza, expresamente, la locución *derechos de la personalidad*.

28 Estamos hablando de auténticos *derechos*, que, por lo tanto, hay que diferenciar claramente del *libre desarrollo de la personalidad*, al que se refiere el art. 10.1 CE, irrenunciable exigencia de la dignidad humana, que halla su centro de gravedad en la idea de “autodeterminación consciente y responsable de la propia vida” [STC 53/1985, de 11 de abril (RTC 1985, 53)], el cual (a diferencia de lo que acontece en el 2.º GG respecto al *Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit*) no es un derecho fundamental, sino un “principio o norma constitucional”, “fundamento del orden político y de la paz social”, plasmación del “valor superior” libertad (art. 1.1. CE), que implica el reconocimiento, como principio general inspirador del ordenamiento jurídico, “de la autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales, de acuerdo con sus propios intereses y preferencias” [STC 132/1989, de 18 de julio (RTC 1989, 132)], pero que, por sí mismo, y a falta de una intervención del legislador, no puede ser invocado para justificar la creación de derechos (en el sentido estricto de la palabra) carentes de reconocimiento legal, expreso o implícito. Es más, el libre desarrollo de la personalidad no es, en mi opinión, el fundamento de los derechos de la personalidad, sino la finalidad de los mismos: su fundamento es la dignidad del ser humano, en el que se apoyan los “derechos inviolables que le son inherentes” (art. 10.1 CE).

29 V., entre otras, STC 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115), FJ 4º, STC 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 83), FJ 5º, y la STC 185/2002, de 14 de octubre (RTC 2002, 185), FJ 3º.

de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica general, generada por los rasgos físicos que la hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado³⁰.

I. El alcance del principio de autonomía privada en los derechos fundamentales de la personalidad.

El art. 2.2 LO 1/1982 contempla, efectivamente, la posibilidad de que el titular consienta *expresamente* la intromisión de un tercero en un derecho personalidad propio. Ahora bien, según reconoce el art. 1.3 de la misma LO, dichos derechos, cuyo fundamento radica en la dignidad del ser humano³¹, son *indisponibles*, esto es, se trata de “derechos inviolables que le son inherentes” (art. 10.1 CE), por lo que son *res extra commercium*³².

Esta circunstancia no desvirtúa un ápice el hecho de que ese consentimiento sea expresión de un acto de autonomía de la persona, en ejercicio del contenido positivo de un derecho que le propio; y ello, aunque, en rigor, no pueda ser considerado como fuente de una obligación contractual (aunque sea dado, mediando el pago de una suma de dinero), ni tampoco suponga, en sentido estricto, un acto de disposición; su consecuencia práctica es operar como una causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión, que, de no darse dicho consentimiento, sería antijurídica (con las pertinentes consecuencias, como son, en el orden civil la reparación del daño moral ocasionado)³³.

Por supuesto, como sucede con todo derecho, los de la personalidad tienen sus límites, cediendo su protección, cuando colisionan con otros derechos fundamentales,

30 STC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6° V., en el mismo sentido, entre otras, STC 72/2007, de 16 de abril, FJ 3° (RTC 2009, 77), STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2° (RTC 2009, 77), y STC 158/2009, de 29 de junio, FJ 3° (RTC 2009, 158).

31 La STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208), FJ 3°, evidencia “la especial conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor”; y añade: “Desde esta perspectiva, puede afirmarse que el derecho al honor es una emanación de la dignidad, entendido como el derecho a ser respetado por los demás”.

La STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231), FJ 3°, se refiere a los derechos a la intimidad y a la propia imagen como “derechos personalísimos y ligados a la misma existencia de la persona”. La STC (Pleno) 51/2011, de 14 abril (RTC 2011, 51), FJ 8°, observa que el “derecho a la intimidad personal, “consagrado en el art. 18.1 CE, se configura como un derecho fundamental estrictamente vinculado a la propia personalidad y que deriva, sin ningún género de dudas, de la dignidad de la persona que el art. 10.1 CE reconoce”.

32 La nota de inherencia de los derechos de la personalidad y su corolario, el carácter irrenunciable e indisponible de los mismos, es confirmada por las legislaciones foráneas de tradición latina o continental, como el art. 21 del Código civil boliviano, el art. 11 del Código civil brasileño, el art. 4 del Código civil de Costa Rica, el art. 5 del Código civil peruano, el art. 81 del Código civil portugués o el art. 3 del Código civil de Quebec.

33 A este respecto resulta muy clarificadora la STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208), FJ 6°, la cual, al analizar la legitimidad de una intromisión en el derecho al honor e imagen de un discapacitado, sitúa la cuestión en sus justos términos, refiriéndose a la “valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido en el art. 3.1 de la Ley Orgánica 1/1982 como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable”.

cuyo concreto ejercicio se considera prevalente (como puede suceder con el derecho al honor en relación a las libertades de información o de expresión) para hacer efectivo el interés general de la sociedad a la formación de una opinión pública libre, sin la cual no puede existir un Estado social y democrático de Derecho³⁴ (o, como acontece en los supuestos contemplados en el art. 8.º LO 1/1982, en los que se permite la captación o publicación de la imagen de una persona sin necesidad de que preste su consentimiento en aras de la protección de dicho interés general³⁵).

2. El significado de que el consentimiento sea expreso.

Ahora bien, cabe reflexionar sobre el exacto significado de la exigencia de que el consentimiento sea expreso, la cual, a mi parecer, juega de manera distinta en relación a los diversos derechos de la personalidad, dependiendo del concepto y contenido de los mismos. Por cuanto concierne al derecho a la propia imagen, tal y como ha declarado reiterada jurisprudencia, significa que “este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada concreto acto de intromisión”³⁶, de donde se deduce que el consentimiento para captar una imagen no significa, necesariamente, autorización para publicarla³⁷, que permitir publicar una imagen en

34 Sobre esta cuestión, véase *in extenso* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y VIDAL ALONSO, J.: “Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): el interés público de la noticia”, en AA.VV. *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (COORD. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 83-101; *Id.*, “Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (II): el requisito de la veracidad”, en *ibidem*, pp. 103-125; *Id.* Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (III): la doctrina del reportaje neutral”, en *ibidem*, pp. 127-148; e *Id.*, “Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión”, en *ibidem*, pp. 149-171.

35 Permítaseme remitirme en este punto a DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley”, en AA.VV., *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista*, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 87-120.

36 STS 22 febrero 2006 (RAJ 2006, 830).V., en el mismo sentido, STS 16 mayo 2002 (RJ 2002, 6746), 17 junio 2004 (RJ 2004, 3628) y 22 febrero de 2006 (RAJ 2006, 830).

37 La falta de consentimiento de la persona fotografiada a la difusión de su imagen era evidente en el caso resuelto por la STS 16 mayo 2002 (RJ 2002, 6746), en el que se publicó una fotografía de una mujer, que había sido sometida a una operación quirúrgica, realizada por el médico que la llevó a cabo, en el marco de un anuncio publicitario, considerando el Supremo que, además de existir una intromisión ilegítima en la imagen de la fotografiada, también la había en su intimidad, “pues la publicación de la fotografía [...] figurando bajo las mismas la frase ‘Un caso de rejuvenecimiento tratado en Madrid a finales de 1991’, constituye la revelación de un dato privado que, además, se divulga con base en unas fotografías obtenidas por el propio médico interviniente”. La STS 17 de junio 2004 (RJ 2004, 3628) consideró igualmente como intromisión ilegítima la publicación, no consentida, de la fotografía de una mujer desnuda, cuya cara aparecía tapada en parte, pero que pudo ser identificada en el entorno geográfico en el que vivía, un pequeño pueblo de 600 habitantes, que conocían los rasgos anatómicos de la fotografiada, al haberla visto frecuentemente en la piscina del pueblo, así como el anillo y el reloj que llevaba en su mano y brazo. La fotografía había sido hecha con el consentimiento de la mujer por su médico, que había fotografiado a varias mujeres con la excusa de necesitar sus imágenes “para aplicaciones de su actividad médica”, siendo, posteriormente, objeto el referido médico de una condena penal. La fotografía apareció, junto a la de otras mujeres, en la revista “Interviú”, para ilustrar un reportaje sobre los abusos fotográficos cometidos por el facultativo. El Supremo afirma que la “imagen publicada, de la mujer desnuda, no puede tener más que un fin erótico” y que “con la realización del reportaje de las imágenes sin ropa, sin autorización de las mujeres afectadas, su reproducción en esa forma, supone, entonces, como acompañamiento a tal art., más bien, una simple excusa para sacar esos cuerpos desnudos”.

La STS 22 febrero 2006 (RJ 2006, 830) revocó la sentencia recurrida, la cual había considerado que la publicación de las fotografías, en las que los miembros de una secta aparecían desnudos, no vulneraba su derecho a la propia imagen. La Audiencia había fundamentado esta decisión en que las personas fotografiadas aparecían posando, deduciendo que habían sido captadas voluntariamente y presumiendo que “quien las tomó podía publicarlas”. Frente a ello el Supremo afirma que tal presunción “vulnera el art. 2.2 de la LO 1/1982, que exige el consentimiento expreso del titular del derecho para que no se aprecie la existencia de intromisión ilegítima

un medio de comunicación no implica que se preste el consentimiento para que la imagen sea publicada en medios distintos³⁸ o con una finalidad diferente para la que dicha autorización se dio³⁹. Como recientemente ha explicado el TC, “El derecho

en el derecho fundamental que se denuncia como violado”. “Precisamente —añade— la falta de prueba sobre la existencia o no del consentimiento debiera llevar a la Audiencia a la conclusión de que éste no concurrió, ya que el consentimiento presunto no elimina la intromisión”; y concluye: “además, este consentimiento no puede ser general, sino que habrá de referirse a cada acto de intromisión [...] lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho”.

38 En este sentido, la STS 18 julio 1998 (RJ 1998, 6278) afirma que “el factor del consentimiento o autorización no es posible hacerlo extensivo a publicación distinta para la que fue tomada la fotografía”, y la STS 24 abril 2000 (RJ 2000, 2673) y STS 24 diciembre 2004 (RJ 2004, 138), al tratar del carácter expreso, que ha de revestir el consentimiento a la intromisión, se manifiestan en los siguientes términos: “El consentimiento, pues, debe versar sobre la obtención de la imagen y sobre la concreta publicación de la misma en un determinado medio”. Estas sentencias están en consonancia con las SSTC 156/2001, de 2 julio 2001 (RTC 2001, 156) y 14/2003, de 28 enero 2003 (RTC 2003, 14).

39 El medio de comunicación autorizado para publicar una imagen no puede utilizarla en reportajes distintos o para fines diversos a los acordados con el titular del derecho; por ejemplo, aquél, a quien se concede autorización para publicar una fotografía para ilustrar un reportaje periodístico no puede utilizar dicha fotografía para insertarla en un anuncio publicitario; e, igualmente, el consentimiento dado a un fotógrafo para que exponga un retrato en un escaparate no autoriza para que pueda reproducirlo en postales.

Así resulta de la STS 18 octubre 2004 (RJ 2004, 5907), que estimó la demanda de una modelo, que había consentido ser fotografiada, para que su imagen se publicara, ilustrando un reportaje sobre el divorcio. Este reportaje tuvo lugar, pero tres años después, se volvió a utilizar su imagen, esta vez, sin su consentimiento, para ilustrar un reportaje sobre prostitución de lujo. El Supremo afirma que el consentimiento prestado por la modelo “quedaba limitado no sólo en el tiempo sino, esencialmente en su objeto, al estar destinadas [las fotografías] exclusivamente a ilustrar un reportaje sobre el divorcio y la ruptura de parejas [...] sin que los términos del concierto ni los usos en el ámbito donde se desarrolla la actividad profesional de la modelo demandante permitan considerar prestado un consentimiento indefinido e indiscriminado para la difusión de las fotografías [...] Ello obligaba a los demandados a realizar tal prueba, que en este punto no sólo han llevado a término, sino que la practicada les resulta adversa”. Observa, además, que el hecho de que su imagen haya aparecido en un reportaje sobre prostitución de lujo, “compromete, en gran medida, no ya sólo la imagen sino la honra y la consideración propia y ajena de la demandante”.

La misma idea se desprende de la STS 24 diciembre 2004 (RJ 2004, 138). En el origen del litigio se halla una fotografía, tomada con la autorización de la persona fotografiada, que dio su consentimiento para ello, con la finalidad de que la imagen se utilizara en una campaña de publicidad sobre los locales de moda de una localidad. Sin embargo, fue publicada en un suplemento dominical de un periódico, para ilustrar un reportaje sobre juventud, drogas sintéticas, alcohol y velocidad en la conducción de vehículos de motor, acompañado de las siguientes palabras, que falsamente se atribuían al actor: “La verdad es que nos ponemos todos los fines de semana. Bebemos bastante. Solemos coger un puntazo ‘guay’”. El Supremo consideró existir una intromisión en el derecho a la propia imagen del demandante, argumentando que su consentimiento “ha sido desviado y aprovechado por los demandados, al margen de la autorización del actor del pleito, al rebasar lo consentido; y, así mismo, una intromisión en su derecho al honor, al imputarle una relación con el mundo de las drogas y del alcohol, lo que se traduce “en descrédito y desmerecimiento en la opinión ajena y lesiona la dignidad de la persona”.

En el mismo sentido se pronuncia la STS 3 de diciembre 2008 (RJ 2008, 6942). En este caso la actora había consentido la captación de su imagen para promocionar en un periódico local el establecimiento “Café Casino”. La misma fue finalmente destinada al Plan de Excelencia Turística de la ciudad de Santiago de Compostela, apareciendo su imagen inserta en carteles publicitarios y folletos informativos que fueron distribuidos a los vecinos de la ciudad. Precisa la sentencia que la demandante sí que fue informada, en el momento de realizarse las fotografías, de que éstas no iban a publicitarse sólo en un periódico local, sino que su exhibición iba a ser mayor, por quedar afectas al Plan de Excelencia Turística reseñado; no obstante, no quedó acreditado con plenitud que se informase exactamente a la actora de todos los soportes y formas en que su imagen iba a ser expuesta. Aquí el Supremo consideró que, aun cuando pudiera tenerse por cierto que la demandante fue informada de que el destino de las fotografías tomadas era la divulgación del Plan de Excelencia Turística de la ciudad, la falta de acreditación en autos de haberse informado exactamente de los soportes y formas en que su imagen iba a ser expuesta es determinante a los fines de apreciar la existencia de intromisión ilegítima. De acuerdo con el tribunal “la falta de información sobre el alcance mismo de que iba a gozar la difusión de la imagen captada atañe al núcleo esencial del derecho fundamental”.

Una sentencia más reciente sobre la materia es la STS 2 junio 2010 (RJ 2010, 311). En este caso la actora, profesional del ejército, dio su consentimiento a la Dirección General de Reclutamiento del Ministerio de Defensa para su utilización en las “campañas de captación, reclutamiento y enseñanza militar”. En estas campañas se publicó un folleto con el título “Da un paso más”, “El valor de un profesional”, en el que aparecían las imágenes de tres militares, entre ellas la de la demandante. Unos meses más tarde se publicó en la revista “Interviú” un reportaje con el siguiente título: “Operación despido Colectivo”. Encabezaba dicha información el

fundamental a la propia imagen [...] no queda condicionado por la circunstancia de que, en ocasiones pasadas, el titular del derecho haya otorgado su consentimiento para la reproducción de su aspecto físico, o no haya reaccionado frente a una reproducción no consentida, pues a cada persona, y solo a ella, corresponde decidir en cada momento sobre dicha reproducción, con el fin de preservar su esfera personal y con ello el valor fundamental de la dignidad humana”⁴⁰.

En cambio, en relación con el derecho a la intimidad, el requisito de que el consentimiento sea prestado para cada concreto acto de intromisión debe ser entendido, en mi opinión, en el sentido de que, por el mero hecho de haberse permitido la divulgación o publicación de algún aspecto íntimo de la propia vida o de la de los familiares, no se pierde el total control de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de la vida humana, en que consiste la intimidad, por lo que los terceros no pueden entrometerse en otros aspectos de la intimidad no revelados por el titular del derecho.

Ahora bien, los datos que ha desvelado (por ejemplo, divulgándolos en un programa de televisión), objetivamente, dejan de ser íntimos, perdiendo el poder de control sobre los mismos: no puede, en consecuencia, impedir que lo que voluntariamente ha divulgado sea después reproducido o comentado en otros medios de comunicación sin su consentimiento, porque, utilizando una expresión usada por la jurisprudencia⁴¹, respecto de esos datos, “el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado”; o dicho en otras palabras, no existe un derecho a controlar su “redivulgación”. Como tiene dicho el TC, “a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento

titular “Defensa prescinde de casi 1.000 cabos y oficiales de complemento por considerarlos muy veteranos”. En el reportaje aparecía el mismo folleto de las fuerzas armadas, con la imagen de los tres militares, pero con el texto modificado, en el que se decía: “El próximo 31 de diciembre le Partido Popular echa de las fuerzas armadas a personal militar. Cuando el número de reclutamiento es nulo, el gobierno se permite echar al personal”, con el logo “Da un paso más al INEM” “Españoles de las FAS al paro, extranjeros a cubrir las plazas de éstos” “El valor de un profesional a precio muy barato”. Aquí el tribunal consideró que no concurría el consentimiento de la recurrente. La actora había dado consentimiento para la utilización de su imagen con unos fines concretos, que eran los de fomentar el reclutamiento por el Ministerio de Defensa, pero la publicación efectuada por la revista “Interviú” constituía una extralimitación porque no cumplía la finalidad para la que se cedió desde el momento en que se había producido una modificación del folleto.

40 STC 19/2014, de 10 de febrero (RTC 2014, 19), FJ 5°.

41 Por ejemplo, en la STC 7/2014, de 27 de enero (RTC 2014, 7), FJ 4.

ajeno¹⁴² y, de este modo, determinar el concreto contenido del mismo¹⁴³. Por lo demás, hay que recordar que, conforme al art. 2.1 LO 1/1982, la protección de la intimidad debe realizarse, teniendo en cuenta el ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

En general, la idea expuesta se halla en concordancia con los fallos más actuales del TC, que ha considerado (contra el criterio del TS) ilegítimo que en un programa televisivo se desvele una relación sentimental de un Ministro, “si por propia voluntad decide mantenerla alejada del público conocimiento, ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que se reserva”¹⁴⁴; y lo mismo, que en un reportaje de una revista se revelara la relación sentimental de una

42 V. en este sentido, entre otras, STC 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991, 197), FJ. 3º; 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134), y 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115).

La STS 17 junio 2009 (RJ 2009, 3403) nos sirve, por ejemplo, para ilustrar esta idea. Un famoso torero interpuso demanda contra dos cadenas de televisión, por considerar ilegítimo el tratamiento informativo de la inesperada muerte de su madre, especulándose con que la misma había sido consecuencia del consumo de drogas. Sin embargo, la demanda fue desestimada en todas las instancias, con el argumento de que la madre, conocido personaje de las tertulias televisivas, a las que “vendía” numerosas exclusivas, había desvelado el hecho de su drogadicción. En la sentencia de primera instancia se descartó que hubiera habido una intromisión ilegítima en la intimidad de la difunta, por la revelación de datos sobre las posibles causas de su muerte, y, en particular, por el hecho de que se barajara como determinante de la misma su drogadicción; y ello, porque de la prueba practicada se extrajo la conclusión de que había sido la propia madre del demandante quien, públicamente, había reconocido su adicción en diversas ocasiones y ante diversos medios, convirtiendo, así, voluntariamente, un asunto privado en una cuestión de conocimiento público, “que, ya estaba en la opinión pública cuando los medios demandados se hicieron eco de ella, siendo de aplicación el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, que habla de la relevancia que tienen la conducta o actos propios de cada uno a la hora de delimitar el ámbito de protección de los derechos de la personalidad”. En la sentencia de segunda instancia se dice que el tratamiento mediático hecho por las demandadas respecto de la noticia de la muerte de la madre del torero “se hizo después de que la mayoría de los medios de comunicación audiovisuales y escritos hicieran un exhaustivo seguimiento de la noticia del fallecimiento de la madre del actor en donde se vertieron reiteradamente comentarios sobre la adicción de la difunta a las pastillas y somníferos, y después también de que [...] hiciera públicamente referencia a dicha adicción y a su sometimiento a terapia [...] en distintos programas de televisión”. Por último, el Tribunal Supremo destacó que la madre del actor “era una persona famosa habitual de los medios de comunicación de la llamada prensa rosa, y que voluntariamente había limitado extremadamente su esfera de privacidad, siendo por ello que la muerte súbita e inesperada, por causas desconocidas, de un personaje de la notoriedad social alcanzada por [la madre] constituía un hecho noticioso ubicable, por su objeto y valor, en el ámbito de lo público, es decir, más allá del mero cotilleo o de la satisfacción de la curiosidad ajena, con la consecuencia de que la cobertura dispensada por los medios, orientada a formar a la opinión pública sobre las razones o causas de su muerte a tan temprana edad, justifica la priorización de la libertad de información por encima de la preservación de ese reducto de intimidad que corresponde al hijo para que no se revelen esos detalles”.

La STS 11 marzo 2010 (JUR 2010, 81972) confirmó la sentencia recurrida, la cual, revocando la resolución apelada, había desestimado la demanda, presentada por un conocido personaje de la “prensa del corazón”, que alegaba que se había vulnerado su derecho a la intimidad, al relacionarse sentimentalmente con dos mujeres en 51 programas. La sentencia recurrida afirma que el derecho a la intimidad se relaciona “con lo que constituye el espacio vital de cada uno, sometido a su exclusivo poder y que se proyecta sobre el concepto impreciso de lo que integra su círculo reservado e íntimo, compuesto por datos y actividades que conforman la particular vida existencial de cada persona y autoriza a preservarla de las injerencias extrañas, salvo que medie autorización libremente practicada, en cuyo supuesto el círculo se abre y la intimidad se comunica”. El Tribunal Supremo, por su parte, observó que “No hay atentado a la intimidad, pues se han facilitado datos ya conocidos que no han llegado a penetrar en un círculo íntimo ajeno al público”.

43 STC 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013, 176), FJ 7º, observa que el derecho a la intimidad “No garantiza, pues, una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público”.

44 STC 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013, 176), FJ 7º.

actriz y modelo, porque “los datos íntimos desvelados en [los] reportajes no habían sido publicados con anterioridad”⁴⁵.

Sin embargo, no estoy de acuerdo con el sentido de un reciente fallo del TC⁴⁶, que (en contra del criterio del TS) ha considerado que la utilización de las imágenes de una persona famosa en diversos programas televisivos, sirviendo de soporte para realizar comentarios respecto de la relación sentimental que mantenía con una mujer, constituyera una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad. La razón de mi discrepancia estriba en el hecho de que dicha relación era conocida, porque había sido hecha pública por los propios interesados, quienes voluntariamente habían levantado la barrera de protección respecto del conocimiento de este dato, que, por ello mismo, objetivamente, había dejado de ser íntimo. De ahí que considere inadecuada la argumentación del TC, según la cual para apreciar la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad era indiferente que “la relación afectiva fuera ya conocida”⁴⁷. Cuestión distinta (y, en esto sí que estoy de acuerdo con el TC, y no, con el TS) es que la utilización en el programa de alguna de las imágenes constituyera una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen no encuadrable en el art. 8.II a) de la LO 1/1982 (señaladamente, las fotos de la pareja en una haima en Marruecos o en una discoteca captadas con cámara oculta).

Una última reflexión: ¿cabe aplicar el art. 2.2 LO 1/1982 al derecho al honor? Es cierto que el ámbito natural de aplicación del precepto parece ser el de las intromisiones en la intimidad y la propia imagen, pero también pudiera pensarse en alguna hipótesis respecto al honor. Por ejemplo, quien consiente en participar en un concurso televisivo en que se coloca a los intervinientes en situaciones ridículas no puede luego dirigirse contra el medio que retransmite dicho concurso.

3. El consentimiento de las personas menores y discapacitadas

El art. 3.1 LO prevé que los menores e incapaces presten el consentimiento a una intromisión en sus bienes de la personalidad, “si lo permiten sus condiciones de madurez”⁴⁸. En caso contrario –dice al art. 3.2 LO–, serán sus representantes legales quienes lo den en su nombre, exigiendo el precepto que lo otorguen por escrito y que lo pongan previamente en conocimiento del Ministerio Fiscal, quien

45 STC 7/2014, de 27 de enero (RTC 2014, 7), FJ 4.

46 STC 18/2015, de 16 de febrero (RTC 2015, 18).

47 STC 18/2015, de 16 de febrero (RTC 2015, 18), FJ 7°.

48 Aunque el art. 2.1 LO 1/1982 habla de menores, en general, se aplica, exclusivamente a los no emancipados, pues los que lo están, pueden, por este hecho, consentir intromisiones en su honor, intimidad e imagen, ya que tendrán condiciones de madurez suficientes para ello, sin que al respecto deba exigirse el complemento de capacidad, de sus padres o curadores, previsto en los arts. 323 y 324 CC, que no se aplican a supuestos distintos de los en él contemplados, que se refiere, exclusivamente, a la celebración de ciertos contratos. Esta interpretación del art. 3.1 LO 1/1982 se confirma por el número 2 del mismo precepto, el cual prevé que “En los restantes casos”, es decir, cuando el menor no tenga condiciones de madurez suficiente, el consentimiento sea prestado por sus representantes legales, lo que excluye a los emancipados, porque éstos no los tienen, al haber

podrá oponerse en el plazo de ocho días, en cuyo caso decidirá el Juez⁴⁹. Se trata de una norma impregnada por el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, que lleva a considerar que en los actos jurídicos que no afectan a intereses puramente patrimoniales, sino a la dimensión personal del ser humano, los menores e incapacitados deben poder ejercitarlos, si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias, lo que, inexorablemente, remite a la apreciación judicial⁵⁰.

No obstante, el principio de autonomía del menor “maduro” encuentra su excepción en el art. 4 LO 1/1996, de 15 de enero, que, en su número tercero, considera intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen de un menor en los medios de comunicación “que pueda implicar menoscabo de su honor o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso, si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales a dicha intromisión”. Por lo tanto, cuando el uso de la imagen del menor menoscabe su honor o, en general, sea contraria a sus intereses, por atentar contra su integridad moral o ser negativa para su formación, ni el consentimiento del propio menor, ni el de sus representantes legales (en el caso de que aquél no se halle en suficientes condiciones de madurez para prestarlo) excluyen el carácter ilegítimo de la intromisión. “Con ello –se explica en la Exposición de Motivos de la Ley- se pretende proteger al menor, que puede ser objeto de manipulación incluso por sus propios representantes legales o grupos en que se mueve”. En estos casos, se prevé la intervención del Ministerio Fiscal, quien, a tenor del número segundo del precepto, “instará de inmediato las medidas cautelares y

extinguido la emancipación la patria potestad y no ser tampoco el curador –en el caso de que deba nombrarse un representante de los mismos.

En el sentido de excluir la aplicación del art. 3.1 LO 1/1982, se orienta la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, la cual afirma que “en el caso de menores formalmente emancipados, el art. 323 CC establece que están habilitados para regir su persona y bienes como si fueran mayores de edad, introduciendo una serie de excepciones a su capacidad, -entre las que no se encuentra la disposición sobre su derecho al honor, intimidad y propia imagen- que, además, han de interpretarse restrictivamente [...] Estos menores, a efectos civiles, con carácter general, habrán de ser considerados como asimilados a los mayores de edad, pudiendo ejercitar por sí los derechos al honor, intimidad y propia imagen y prestar los consentimientos previstos”.

- 49 No queda claro cuál es la consecuencia a la que da lugar el incumplimiento de estos requisitos, que sólo se exigen cuando el consentimiento se presta por medio de representante legal, con el fin de evitar que éste pueda perjudicar al menor. En algunos fallos, como STS 7 octubre 1996 (RJ 1996, 7058) y STS 19 julio 2000 (RJ 2000, 6753), se dice que su incumplimiento impide considerar legítima la intromisión, mientras que la STS 26 marzo 2003 (RJ 2003, 2596) sostiene una postura más matizada. En mi opinión, el art. 3.2 LO 1/1982 debe ser interpretado conjuntamente con el art. 2.2 de misma, así como con el art. 4 LO 1/1996, de 15 de enero, de modo que la intromisión habrá de ser legítima, si consta que el representante legal prestó el consentimiento, en nombre del menor, para el concreto acto de intromisión y siempre que la misma no implique “menoscabo de su honor o reputación o que sea contraria a sus intereses”.

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006 constata que “estadísticamente son escasísimos los supuestos en los que los representantes legales cumplen las prescripciones de la Ley y ponen en conocimiento del Fiscal esos consentimientos proyectados. Pese a ello, los Sres. Fiscales se abstendrán de utilizar el incumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor”; y añade: “Si por contra la intromisión en la intimidad o en la imagen del menor se considera contraria a sus intereses y se decide la interposición de demanda, la misma deberá fundamentarse en su caso, además de en los correspondientes motivos de fondo, en el incumplimiento de los requisitos cogentes del art. 3.2 LO 1/1982”.

- 50 La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006 habla de “la necesidad de integrar este concepto jurídico indeterminado valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso, partiendo de que la capacidad general de los menores no emancipados es variable o flexible, en función de la edad, del desarrollo emocional, intelectual y volitivo del concreto menor y de la complejidad del acto de que se trate”.

de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados". El Fiscal intervendrá, bien de oficio, bien a instancia del propio menor o de cualquier interesado, según resulta del número cuarto del mismo precepto.

La previsión legislativa, que establece una tutela reforzada de los derechos de la personalidad de los menores, parece adecuada desde la perspectiva de la exigencia constitucional de protección de la infancia y de la juventud, establecida en el art. 20.4 de nuestra Carta Magna, aunque, lógicamente, la intervención de oficio del Ministerio Fiscal deberá ser cautelosa, con el fin de evitar injerencias injustificadas en la esfera de libertad del menor o en el ejercicio de la patria potestad de sus progenitores⁵¹.

Del art. 3.1 LO 1/1982 se deduce claramente que si una persona, mayor de edad, a pesar de estar incapacitada judicialmente, tiene condiciones de madurez suficientes para discernir las consecuencias de un concreto acto de intromisión en sus bienes de la personalidad, puede autorizarlo. Ahora bien, lo que ha dado lugar a controversias es el supuesto inverso, esto es, si un discapacitado psíquico, que no ha sido incapacitado judicialmente, puede prestar, por sí mismo, su consentimiento a la intromisión, con fundamento en la regla de que la capacidad general de obrar de la persona se presume, mientras no sea limitada mediante la correspondiente sentencia judicial.

51 ¿Cabe que un menor que se encuentre en condiciones de madurez preste su consentimiento tácitamente, esto es, a través de hechos concluyentes, a cada acto de intromisión en su derecho al honor? Lo niega, a mi parecer, con escaso fundamento, la STS 17 diciembre 2013 (JUR 2014, 20190), la cual afirma que "contestar las preguntas de una reportera de televisión no puede presuponer el consentimiento expreso a la emisión de la entrevista en un programa televisivo. Y no puede interpretarse que la mera tolerancia o el consentimiento prestado tácitamente por un menor, cuando contesta las preguntas de una entrevista al ser abordado en el gimnasio del hospital en el que se recupera de sus lesiones, pueda ser válidamente aceptado a estos efectos en ningún caso. La no oposición, ni tan siquiera el consentimiento tácito puede sustituir al consentimiento expreso". Yo creo que es perfectamente posible deducir, sin excesivos esfuerzos, del hecho de que un menor maduro (en este caso, de 17 años) se someta voluntariamente a una entrevista realizada por un periodista profesional su autorización tácita para que la misma sea utilizada en un programa televisivo. No me parece que el requisito exigido por el art. 2.2 LO 1/1982, de que el consentimiento sea "expreso", deba interpretarse de manera distinta, cuando sea dado por un mayor de edad o por un menor que tenga condiciones de madurez acreditadas para entender y querer lo que está haciendo. Cuestión distinta es que si la entrevista, por su propia naturaleza o por la manera en que se emite en el programa, perjudica objetivamente al menor, deba entenderse que existe una intromisión ilegítima en su derecho al honor y a la propia imagen, por aplicación del art. 4.3 LO 1/1996. Esto es lo que, en puridad, sucedió con en el supuesto de hecho, en el que la presentadora del programa (en el que se informaba de la existencia de avances en el tratamiento de los dolores padecidos por enfermedades de la médula espinal), al introducir la entrevista, dijo, que el menor de 17 años, estaba en la unidad de medulares del hospital y que la mezcla de alcohol y velocidad lo había dejado en una silla de ruedas. Como observa la propia sentencia, "Tales manifestaciones referidas al menor, vinculando su padecimiento físico a las consecuencias del alcohol y la velocidad, donde realmente no queda clara su posición de víctima, puede dar lugar a especulaciones sobre el mismo [...] y pueden considerarse negativas para la integridad moral y formación de los menores, contraviniendo la exigencia constitucional de protección de la juventud y de la infancia"; y, más adelante, añade: "la difusión de la imagen del menor [...] debe considerarse perjudicial para los intereses del menor. El hecho de que en el reportaje emitido se sugiriera la implicación del menor en el accidente y la referencia al alcohol, era susceptible de lesionar el derecho al honor del menor".

El TC, en una fallo reciente⁵², con buen criterio, ha afirmado que “la valoración de si existe o no el consentimiento expreso exigido [en el art. 3.I LO 1/1982] como causa excluyente de la ilicitud de un derecho irrenunciable, no puede hacerse depender únicamente de una declaración judicial de incapacidad”. En el supuesto de hecho se enjuiciaba la licitud de una entrevista, emitida en un programa televisivo (de escaso gusto), en la que se ridiculizaba cruelmente a una persona (no incapacitada judicialmente, pero sí con un grado de discapacidad física y psíquica reconocida del 66%), con una serie de preguntas sobre el tipo de mujeres que prefería, las cuales, evidentemente, no entendía. Además, dicha entrevista fue también colgada en la página de internet del programa, en la que se insertó su imagen, con unas enormes gafas y una foto distorsionada, junto a la cual se añadieron comentarios humillantes hacia la persona del discapacitado, de este tipo: “Periodista, soltero, ligón busca”; “tiene muy claro el tipo de mujer que le gusta”; “si usted piensa que este hombre es guapo acuda a Ópticas San Gabino, que decía un viejo anuncio de gafas”.

El TC consideró que faltaba la exigencia de que el consentimiento fuese expreso, porque la autorización, en el mejor de los casos, se habría dado para que se llevara a cabo la entrevista y se emitiera en el programa televisivo, pero no, para alojarla en la página web, acompañada de los comentarios transcritos, “sin que pueda entenderse implícitamente concedido por haber accedido a realizar la entrevista, que es un acto distinto”. Pero el TC viene a negar que la persona entrevistada, a pesar de no estar incapacitada judicialmente, tuviera condiciones de madurez suficientes para valorar lo que estaba haciendo. Dice, así, que “la garantía de que el acto voluntario de acudir a la entrevista comportaba la consciencia de lo que estaba haciendo y, ante las muestras evidentes de que dicha consciencia era dudosa —como ha quedado probado en el proceso—, la exigencia de una garantía adicional de los derechos fundamentales en juego, que en el presente caso se concretarían en la exigencia al entrevistador de que expresamente se asegurara de que el actor, con una discapacidad física y psíquica evidente, era claramente conocedor de las características del programa en el que se emitiría la entrevista y del alcance de ésta”⁵³.

4. La posibilidad de revocar el consentimiento.

El art. 2.3 LO 1/1982 permite revocar el consentimiento para la intromisión, en cualquier momento⁵⁴, lo que se explica —como ya se ha dicho, porque dicho

52 STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208), FJ 6°.

53 En realidad esta posición es congruente con la mantenida por la jurisprudencia del TS en sede contractual, según la cual son nulos, por falta de consentimiento, los contratos que tienen su origen en las declaraciones de voluntad procedentes de personas, que, aun no estando incapacitadas, carezcan de “capacidad natural de entender y querer” las consecuencias del contrato celebrado (por ejemplo, porque padecen demencia senil o un Alzheimer acusado), pero siempre que se pruebe cumplidamente que sufrían esta falta de capacidad natural al momento de la conclusión del negocio. V. en este sentido SSTS 19 noviembre 2004 (Tol 514302) y 14 febrero 2006 (Tol 846273).

54 En la doctrina científica francesa, en su clásico trabajo, PERRAU, E.H.: “Des droits de la personnalité”, cit., p. 549, considera que no cabe retractarse sin motivo grave, ya que ello entrañaría un abuso de derecho, de donde se deduce que admite la retractación, cuando haya una razón seria para revocar el consentimiento inicialmente

consentimiento, en sentido estricto, ni tiene carácter contractual, ni da lugar a un acto de disposición del derecho, que es siempre conservado por su titular⁵⁵; se proyecta sobre un bien de la personalidad, respecto del cual las intromisiones ajenas sólo son posibles, si media una autorización *actual* del afectado; y, de ahí, que el ejercicio de la facultad de revocación sea un acto de libertad, que no requiera ser justificado o motivado; basta el mero cambio de voluntad del titular; y ello, aunque dicha revocación perjudique al inicialmente autorizado para la intromisión; no obstante, en tal caso, el art. 2.3 LO 1/1982 prevé que se le indemnicen daños y perjuicios, incluyendo las expectativas justificadas⁵⁶, esto es, el lucro cesante: por ejemplo, si se revoca el consentimiento dado para publicar en una revista determinadas fotografías

prestado. Ahora bien, aun para el caso de que la retractación no fuera seria y, por lo tanto, abusiva, no queda muy claro las consecuencias a que debía dar lugar este abuso (irrevocabilidad de la autorización o indemnización de daños y perjuicios).

En la actualidad, GOUBEAUX, G.: *Traité de droit civil*, dirección J. Ghestin, Les personnes, LGDJ, Paris, 1989, p. 302, plantea la posibilidad de desligarse de un contrato concerniente a la publicación de la imagen, en el sentido de que posteriormente pueda oponerse unilateralmente a la reproducción de la fotografía. El autor considera que ello es posible, siempre que se indemnice el perjuicio causado por esta retractación. No obstante, la sentencia de la Sala Segunda de la Corte de Casación, de 10 de marzo de 2004 (BC 2004, II, n° 118), consideró que no era legítima la oposición de la actora a que se difundiera su imagen en un reportaje, en cuyo rodaje había intervenido voluntariamente, al entender que no había una justificación real para su cambio de actitud, por no preverse una utilización de su imagen para una finalidad distinta, de aquella para la que inicialmente había concedido la autorización.

En la doctrina científica italiana, la posibilidad de revocar el consentimiento inicial dado es ya admitida, desde tiempos tempranos, por RICCA-BARBERIS, M.: "Sulla capacità a disporre dell'immagine", Riv. Dir. Comm. 1904, I, pp. 450-451, quien, sin embargo, afirma que quien revoca debe indemnizar a la otra parte las ventajas que habría obtenido de la publicación de la imagen en la forma prevista, lo que parece referir, exclusivamente, al caso en que hubiera pagado una previa compensación económica.

El Real Decreto Ley de 7 de noviembre de 1925 (n° 1950), sobre derecho de autor, en su artículo 11 admitía la posibilidad de que quien había prestado su consentimiento a la intromisión en el derecho a la imagen pudiera revocarlo posteriormente, indemnizando los perjuicios ocasionados por dicha revocación. La actual Ley de 22 de abril de 1941 (n° 633) nada dice al respecto, pero un autorizado sector de la doctrina científica sigue admitiendo la posibilidad de revocación del consentimiento inicialmente dado. Así, DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 114, afirma que en la Ley vigente no es reproducido expresamente lo dicho en el artículo 11 de la antigua, pero que también, en relación a ella, ha sido sostenida la revocabilidad, dado que el derecho a la imagen se refiere a la esfera moral de la persona. FERRARA, L.: *Il diritto sulla propria immagine nel nuovo Codice civile e nella legge sul diritto d'autore*, Edizioni Italiane, Roma, 1942, p. 186, considera incuestionable la facultad del titular del derecho a la imagen A revocar el consentimiento inicialmente dado. Más adelante, en las pp. 220-221, afirma que las razones por las que la persona puede revocar son infinitas, justas o injustas, pero, si dichas razones tienen su influencia sobre la valoración del daño que el fotógrafo sufre como consecuencia de la revocación, no inciden sobre el ejercicio mismo de esta facultad, que es absoluta. Dice, así, que la facultad revocatoria se impone, por sí misma, sin necesidad de ninguna justificación. GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, volumen 1°, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 2ª edición, Cedam, Padova, 1990, p. 165, p. 165, se pronuncia en favor de la posibilidad de revocación, afirmando, además, que sólo la totalmente injustificada y caprichosa dará lugar al resarcimiento de los daños y perjuicios.

55 RICCA-BARBERIS, M.: "Sulla capacità", cit., pp. 449-450, lo explicaba, así: el derecho sagrado e inalienable que tenemos sobre nosotros mismos hace de cualquier alienación temporal o perpetua de nuestra persona una simple tolerancia absolutamente revocable. Esta afirmación es conforme a la idea, que expresa el autor, de que el consentimiento de la persona tiene solamente el efecto de impedir la ofensa que, de otro modo, existiría, en el acto realizado sin aquél (p. 446). Sin embargo, a mi parecer incoherentemente, califica de contractual el consentimiento, cuando se da, mediando una compensación económica (pp. 447-448).

56 El art. 2.2 LO 1/1982 recuerda al artículo 9.5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos, que permite a quien ha prestado su consentimiento para la extracción de un órgano arrepentirse de su decisión, si bien, a diferencia de lo que acontece en el supuesto estudiado, aquél no estará obligado a pagar ningún gasto, a que hubiera podido dar lugar su inicial declaración de voluntad; y ello, porque estamos ante un acto esencialmente gratuito, que, además, afecta a la integridad física de la persona, razón por la cual, aquí, el consentimiento para la intromisión debe prestarse por escrito, ante la autoridad judicial, y ha de transcurrir un plazo de 24 horas hasta que se realice la extracción, a los efectos de que, si lo estima conveniente, quien la consintió puede arrepentirse, cautelas éstas, que no se dan respecto al derecho a la propia imagen.

de una persona famosa, el importe de las ejemplares de la misma que se hayan dejado de vender, por no poder publicarlas⁵⁷.

Respecto a la forma, el art. 2.3 LO 1/1982 no exige ninguna especial para la revocación, pero evidentemente deberá ser realizada mediante una declaración de voluntad recepticia, dirigida a aquél a quien, en un principio, se concedió la autorización, siendo aconsejable que se haga por escrito y, más concretamente, mediante un requerimiento notarial o burofax, a fin de que quede constancia de que la revocación llegó al conocimiento del destinatario de la declaración de voluntad, con el fin de poder acreditar dicha circunstancia, en una eventual reclamación de daños y perjuicios, si, a pesar de la revocación, el destinatario realizó la intromisión.

En cualquier caso, la jurisprudencia constitucional⁵⁸ exige unos requisitos para que la revocación produzca efecto. Dice, así, que “habrá de acreditar algunas circunstancias, como la de proceder [la revocación] del propio titular del derecho, expresar de modo concreto e indubitada la voluntad de revocar, indubitado e íntegro conocimiento por parte de las personas a las que se dirige (incluso publicación en

57 Respecto al tiempo de ejercicio de la facultad de revocación, el art. 2.3 LO 1/1982 dice que el consentimiento podrá revocarse “en cualquier momento”, lo que debe entenderse en el sentido de que cabe la revocación, en tanto no se haya consumado la conducta en la que consiste la intromisión. Por ello, no estoy de acuerdo con algunas de las consideraciones contenidas en la STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994, 117). Ana Obregón había atribuido gratuitamente a un fotógrafo “el pleno derecho de distribuir en todo el mundo” una serie de fotografías, que ella misma había seleccionado. Posteriormente, éste cedió a la editora de “Play Boy España” la referida facultad, percibiendo un millón de pesetas. Ante ello, mediante requerimiento notarial, Ana Obregón comunicó a la empresa editorial su oposición a la publicación de las fotografías, requerimiento, que fue recibido, veinte días antes de la tirada del ejemplar en que aquéllas debían aparecer, cuando la revista estaba ya compuesta y en avanzada fase de impresión, de modo que la empresa hizo caso omiso del requerimiento y publicó las fotografías. Ana Obregón interpuso demanda de protección del derecho a la imagen, que fue desestimada en las tres instancias, y, ulteriormente, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Al interpretar la expresión, “en cualquier momento”, contenida en el artículo 2.2 de la Ley Orgánica 1/1981, el Tribunal Constitucional, afirma que la revocación no puede aplicarse “a situaciones pretéritas, trocando retroactivamente en ilegítimas intromisiones antes legítimas” (FJ 6°), afirmación, que resulta indiscutible. Sin embargo, en lo que ya no estoy de acuerdo es en la aplicación que hace de este principio al caso litigioso. El Constitucional desestimó el recurso, haciendo suya la idea, expresada en las sentencias de las tres instancias, de que “la publicación no era un acontecimiento singular e instantáneo, sino un proceso integrado por una pluralidad de fases sucesivas, de las cuales algunas de las más importantes ya se habían producido con anterioridad a la revocación”. Y añade: “Dichas sentencias, pues, han considerado que se trataba de un acontecimiento que –por su contenido plural y sucesivo– había de tenerse por prácticamente concluido cuando la revocación de produjo” (FJ 8°).

A mi parecer, no era posible fundamentar la ineficacia de la revocación en este alambicado razonamiento. Al tiempo de producirse la revocación, la intromisión, consistente en la publicación de las fotografías, no se había consumado todavía, de modo que la demandante tenía aún la facultad de revocar, la cual, según el tenor del art. 2.3 LO 1/1982, se puede ejercitar “en cualquier momento”. El *quid* de la cuestión se hallaba –entendiendo yo– en que en el requerimiento notarial no se había ofrecido una garantía de la reparación del daño, que previsiblemente se causaría a la editora. Es verdad que el art. 2.3 LO 1/1982 no subordina la eficacia de la revocación a este requisito, pero parece que, en este caso, la buena fe exigía el ofrecimiento de una garantía de resarcimiento de los daños causados por aquélla. De hecho, a continuación de las consideraciones transcritas, el Tribunal Constitucional afirma que los Tribunales de instancia habían otorgado relevancia a “la prevención del necesario resarcimiento de daños y perjuicios dada la inminencia de una publicación costosa que se estimaba ya en marcha”. Y, a continuación, añade: “Apreciación que debe reputarse razonada y razonable [...] máxime si se tiene en cuenta la ya referida falta de ofrecimiento de garantía de resarcimiento económico por quien revoca el consentimiento” (FJ 8°). A mi entender, es indudable que el ejercicio de los derechos de la personalidad, como el de todos los derechos subjetivos, deberá ajustarse a la prescripción del art. 7.1 CC. En este sentido, es de destacar que el art. 6 del Código civil de Quebec afirma que el ejercicio de los derechos civiles, entre los que el art. 3 sitúa los derechos de la personalidad, debe ajustarse a las exigencias de la buena fe.

58 STC 117/1994, de 25 abril (RTC 1994, 17), FJ 6°.

caso necesario), tener lugar en momento en que el derecho cedido todavía pueda ejercitarse, no atribuirle carácter retroactivo (o sea de los efectos ya producidos) y, por último, mediante la indemnización de daños y perjuicios, requisito este último que en muchos casos no podrá relegarse íntegramente al futuro sino que habrá de influir en el modo, tiempo y circunstancia de la revocación, particularmente, en cuanto a la garantía de las indemnizaciones procedentes". Se sugiera, así, la acertada idea de que habrá casos en que la buena fe exigirá que el ejercicio de la facultad de revocación vaya acompañado del ofrecimiento de una garantía de resarcimiento de los daños causados por aquélla⁵⁹.

El efecto de la revocación es hacer desaparecer el carácter legítimo, que inicialmente tenía la intromisión, como consecuencia del consentimiento prestado por el titular del derecho. En particular, por cuanto concierne al derecho a la propia imagen, la revocación es eficaz, no sólo frente a quien se hubiera concedido la facultad de captar, reproducir o publicarla, sino también frente a los eventuales cesionarios, a quienes aquél hubiera cedido esta facultad, por permitírsele, así, la autorización inicialmente recibida; y ello, porque esta autorización no surge de un contrato, respecto del cual el cesionario pueda invocar la condición de tercero, con el fin de evitar que le sea opuesto, sino que deriva de un acto de autonomía privada, que, en ningún caso, implica disposición del derecho a la propia imagen, el cual es inalienable, razón por la cual cabe siempre la revocación de la autorización, que producirá sus efectos (hacer desaparecer el carácter legitimador que inicialmente tenía la intromisión) *erga omnes*⁶⁰.

59 En contra, sin embargo, se manifiesta la STS 21 abril 2016 (RAJ 2016, 2094), según la cual la eficacia de la revocación del consentimiento no se supedita a una "previa indemnización", como pretendía una de las demandadas, que había seguido utilizando la imagen de la demandante, a pesar de habersele comunicado por burofax la revocación. Afirma el Supremo que el consentimiento será revocable en "cualquier momento", "aunque, en su caso, pero no como condición previa, hayan de indemnizarse daños y perjuicios".

60 Por ello, me parecen acertadas las consideraciones realizadas a este respecto por la STC 117/1994, de 25 abril (RTC 1994, 117). El TS había mantenido que la revocación de la autorización para publicar las fotografías, por parte de Ana Obregón, sólo podía ser eficaz frente al fotógrafo a quien había concedido la facultad de distribuir las, pero no, frente a la empresa editorial, a quien aquél, posteriormente, cedió dicha facultad. Dijo, así: "La Revista 'Play Boy España', que de buena fe adquiere unos derechos de publicación, mediante el pago de una sustanciosa suma y de la comprobación de la autorización correspondiente, recibe una comunicación que se refiere a unas relaciones en las que no intervino y que le son ajenas en cuanto a tercero, desconociendo su verdadero alcance". Frente a estas consideraciones, que interpretan mal la naturaleza del acto de autonomía privada que autoriza la distribución de las fotografías, atribuyéndole un carácter contractual del que carece, el TC, con acierto, afirma que "tratándose de ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la totalidad sobre lo transmitido, puesto que se trata de recobrar el derecho a la imagen, irrenunciable e inalienable en su esencia" (FJ 5º).

La misma doctrina es reiterada por la STS 21 abril 2016 (RAJ 2016, 2094) para fundamentar la condena resarcitoria por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante, no sólo de la sociedad a quien se había autorizado para usarla (titular de una web de contenido erótico), sino también de la propietaria de una televisión, a quien dicha sociedad le había cedido fotografías y videos (donde aparecía la actora), que había empleado para hacer publicidad televisiva de una línea erótica en horario de madrugada; y ello, a pesar de que con anterioridad a la cesión ambas demandadas habían sido requeridas a través de un burofax para que no volvieran a utilizar la imagen de la demandante.

No cabe dar la autorización para la intromisión, renunciando a la facultad de revocarla, porque el art. 2.2 LO 1/1982, claramente, permite revocar el consentimiento en cualquier momento (ello entrañaría, además, una renuncia contraria al art. 1.3 LO 1/1982).

Así lo constata un reciente fallo del TS⁶¹, que ha considerado inadmisibles una cláusula contenida en un contrato de arrendamiento de servicios, en la cual se autorizaba a la prestadora de los mismos para usar la imagen de la demandante (fotos y videos) en cualquier tipo de actividad publicitaria, incluso después de extinguido el contrato, para el que se fijaba una vigencia de un año, renovable automáticamente por periodos de igual duración, salvo denuncia por cualquiera de la partes con antelación mínima de treinta días. Con razón, se afirma que el contenido de dicha cláusula es “total y manifiestamente contrario a la protección del derecho a la imagen en su dimensión de derecho fundamental, porque la facultad legal de revocar el consentimiento ‘en cualquier momento’ excluye necesariamente no sólo la perpetuidad, sino incluso la sujeción al plazo pactado, por más que en este último supuesto pueda proceder una indemnización a favor de la otra parte contratante”.

IV. LA IDENTIDAD SUSTANCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD.

El razonamiento que estamos realizando parte de un presupuesto, sin el cual no puede defenderse la existencia de categoría unitaria de los derechos de la personalidad, que es el de la identidad sustancial en el orden constitucional y civil de los derechos que en ella se encuadran, lo que no plantea ningún problema respecto de los derechos al honor o a la intimidad, siendo indiscutido, en este punto, que el art. 18 CE y la LO 1/1982 regulan la misma realidad jurídica⁶².

El TC, en numerosos fallos ha afirmado que el derecho al honor “ampara a la persona frente a expresiones o mensajes que lo hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que fueran tenidas en el concepto público por afrentosas”⁶³, evidenciando “la especial conexión entre el derecho al honor y la dignidad humana, pues la dignidad es la cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor”; y concluyendo “que el derecho al honor es una emanación de la dignidad,

61 STS 21 abril 2016 (RAJ 2016, 2094).

62 Estamos, ciertamente, ante tres derechos distintos y autónomos, cada uno de ellos con un contenido que comprende facultades diversas, y no ante manifestaciones distintas de un único derecho general de la personalidad, que, en nuestro ordenamiento jurídico, es inexistente.

63 STC 180/1999, de 11 de octubre (RTC 1999, 180), FJ 4º, resumiendo la doctrina del TC sobre la materia. V. en el mismo sentido, entre otras muchas, la STC 9/2007, de 15 de enero (RTC 2007, 9), FJ 3º; y la STC 216/2013, de 19 de diciembre (RTC 2013, 216), FJ 5º.

entendido como el derecho a ser respetado por los demás”⁶⁴. Así mismo, de manera constante, ha definido el derecho a la intimidad como “un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio”⁶⁵.

Los problemas de “identidad” se plantean, en cambio, respecto del derecho a la imagen, al que –como ya he dicho– la jurisprudencia constitucional se refiere como, “un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública”⁶⁶.

I. Planteamiento del problema.

El derecho a la imagen, en cuanto derecho fundamental de la personalidad es un derecho inherente al ser humano, lo que significa dos cosas. Por un lado, que se le reconoce a todo individuo, por el mero hecho de serlo, esto es, como consecuencia de su intrínseca dignidad. Por otro lado, la inseparabilidad entre el objeto y el titular del derecho: al recaer éste sobre un bien de la propia personalidad (la figura humana), no puede ser transmitido a una persona distinta de su titular originario, es decir, se trata de un derecho, que, por la propia naturaleza de su objeto, no puede cambiar de sujeto⁶⁷. Es, por ello, que, como resulta del ya citado art. 1.3 LO 1/1982, el derecho a la propia imagen es indisponible⁶⁸

64 STC 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208), FJ 3º.

65 V., p. ej., STC 127/2003, de 30 junio de 2003 (RTC 2003, 127).

66 V. entre otras muchas, STC 81/2001, FJ 2º, STC 139/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 139), FJ 4º, STC 83/2002, de 24 de abril (RTC 2002, 83), FJ 4º, STC 14/2003, de 28 de enero (RTC 2003, 14), FJ 14º, y STC 23/2010, de 27 de abril (RTC 2010), FJ 4º.

67 De Cupis, A.: *I diritti della personalità*, cit., p. 45.

68 En general, tradicionalmente, se ha aceptado que la indisponibilidad es una característica común de los derechos de la personalidad, y también del derecho a la propia imagen. Así, Perrau, E.H., “Des droits de la personnalité”, cit., pp. 517-519, afirma que, hablando rigurosamente, los derechos de la personalidad, están fuera del comercio, por lo que no pueden ser cedidos, y, en general, no pueden ser objeto de una convención, e, incluso, están fuera de la acción de la voluntad humana. Sin embargo, más adelante, matiza que los derechos de la personalidad y, en particular, el derecho a la propia imagen pueden ser objeto de un acto de autonomía privada, cuando no sea contrario a la ley y a las buenas costumbres y persiga una finalidad útil por medios razonables. Dice, así, que no posee ningún valor la autorización dada por un cliente a su fotógrafo para exponer y vender al público retratos contrarios a su dignidad, a las buenas costumbres o al respeto que cada uno debe a la opinión pública. Por el contrario –añade– un modelo autoriza válidamente a un pintor a exponer públicamente su retrato, como obra de arte y, en este momento, esta autorización “demeure acquise après la brouille survenue entre l’un et l’autre”. Ahora bien, el autor no atribuye a este tipo de autorizaciones un carácter contractual, por lo que permite revocarlas, concurriendo una razón seria. Afirma, así, que, realmente, no tienen valor como contratos, caracterizándolas como autorizaciones de un hecho material libremente concedidas por su autor, de las cuales, sin embargo, no es posible apartarse, sin motivo grave, ya que sirven de base a situaciones adquiridas en provecho ajeno. Y concluye: la retractación, sin razón seria, de la palabra dada, en estas condiciones sería un abuso de derecho. Pero no queda claro a qué consecuencias debe dar lugar este abuso (irrevocabilidad de la autorización o indemnización de daños y perjuicios). De hecho, para explicar su afirmación, se refiere, en primer lugar, a la doctrina jurisprudencial francesa de la promesa de matrimonio, respecto de la cual se reconoce el

La indisponibilidad no impide, sin embargo, que el titular del derecho pueda, conforme al 2.2 LO 1/1982, consentir *in concreto* la captación, reproducción o publicación de su imagen. Para explicarlo, en la Exposición de Motivos de la LO 1/1982 (muy posiblemente, pensándose en el derecho a la propia imagen) se dice que no cabe la disponibilidad entendida ésta como “la absoluta abdicación de los derechos, sino tan sólo el parcial desprendimiento de algunas de las facultades que los integran”.

A mi parecer, esta explicación es un “expediente conceptual artificioso”⁶⁹. No creo que pueda hablarse de un acto de disposición, en sentido estricto, ni siquiera parcial, de las facultades que integran un derecho de la personalidad; y ello, aunque el consentimiento para la captación, reproducción o publicación de la propia imagen se haya prestado mediando una compensación económica. Yo creo que la explicación más correcta –ya lo he anticipado) es la que ve en dicho consentimiento un acto de autonomía de la persona, que determina la licitud de una conducta, que, de no mediar la autorización del titular, sería ilegítima y, en consecuencia, daría lugar a la indemnización del daño moral subsiguiente⁷⁰.

2. La distinción norteamericana entre *right of privacy* y *right of publicity* y su falta de ajuste al sistema español.

La cuestión se presenta de manera distinta en el Derecho norteamericano, en el que, comúnmente, se distingue entre un *right of privacy* y un *right of publicity*⁷¹: con el primero, que reviste un carácter esencialmente moral, se reconoce a la persona la facultad de oponerse a la publicación de su figura, cuando ésta revele aspectos de

derecho del promitente a desvincularse, con la obligación de resarcir los daños morales y materiales causados al novio abandonado cuando la promesa es rota sin un motivo serio, en cuyo caso, se considera que se trata de una ruptura abusiva.

No obstante, en la actualidad, respecto del derecho a la imagen, un creciente sector de la doctrina científica empieza a propugnar una aproximación del Derecho francés al norteamericano, en el sentido de reconocer a la persona un derecho patrimonial, a la explotación de su imagen con fines comerciales, transmisible a los herederos. En este sentido se manifiestan, por ejemplo, ACQUARONE, D.: “L’ambigüité du droit à l’image”, *D* 1985 *Chr*, pp. 132-136; BERTRAND, A.: *Droit à la vie privée et droit à l’image*, Litec, Paris, 1999, pp. 133-147; LOISEAU, G.: “Droit à l’image et caricature”, *SJ* 1998, II, pp. 922 y 923; Malaurie, Ph. y Aynès, L.: *Cours de droit civil. Les personnes. Les incapacités*, Cujas, 1999, pp. 157-158, RAVANAS, J.: “Affaire Érignac: information et vie privée”, *SJ* 2001, II, p. 10488; y STOUFFLET, J.: “Le droit de la personne sur son image (Quelques remarques sur la protection de la personnalité)”, *SJ* 1957, I, n. 1374.

69 Así lo considera GALGANO, F.: *Diritto civile*, cit., p. 165, creo que, con todo acierto, al referirse a una hipotética distinción entre una titularidad (indisponible) del derecho a la imagen y un ejercicio (disponible) de dicho derecho.

70 Cfr., en este sentido, BUSTOS PUECHE, J.E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2008, p. 44; DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, L.: *Sistema de Derecho civil*, volumen 1º, *Introducción, Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2003, p. 351, SARAZA JIMENA, R.: *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 153, VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 77.

71 Sobre este tema puede verse el extenso estudio de DE LA MAZA GAMURRI, I.: “La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad (*right of publicity*) en el caso estadounidense”, en AA.VV., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA y BEAMONTE), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 181 y ss.

su vida privada; con el segundo, se le atribuye un derecho, de carácter patrimonial, a la comercialización, en exclusiva, de su imagen, que puede ser objeto de un contrato, y, así mismo, ser deferido a sus herederos, a través de la sucesión "mortis causa"⁷².

Creo que esta concepción patrimonialista, a favor de la cual se muestra un sector creciente de nuestra doctrina científica⁷³ y que, incluso empieza a reflejarse en algunos fallos en reciente jurisprudencia⁷⁴, no tiene cabida en nuestro ordenamiento jurídico, porque choca frontalmente contra el claro tenor del art. 1.3 de la LO 1/1982, el cual, al declarar el carácter indisponible de los derechos los derechos de la personalidad, los convierte en *res extra commercium*⁷⁵, impidiendo, así, que puedan ser objeto de un contrato, en el sentido estricto del término (art. 1271.1 CC⁷⁶).

Desde la perspectiva de nuestra legislación, el consentimiento del titular, autorizando una intromisión de un tercero en su derecho a la propia imagen, es ciertamente, un acto de autonomía de la persona, que actúa como una causa de legitimación de dicha intromisión, pero no, un consentimiento contractual, lo que (como ya he dicho), a mi juicio, explica cabalmente que dicho consentimiento, según el art. 2.3 LO 1/1982, pueda revocarse "en cualquier momento"⁷⁷.

-
- 72 BARNET, R.: "At a crossroads: the right of publicity in the United States", *Revue internationale du droit d'auteur*, 1994 (160), pp. 5-8, explica que el "right of publicity" permite tener un control sobre la utilización, hecha con fines comerciales, sobre el nombre, parecido o cualquier otro atributo que permita identificar a la persona, y extraer de ello un provecho. Se permite su utilización, sin necesidad de autorización, para fines informativos o de diversión, pero no, su uso comercial, que queda bajo el control de la persona célebre, dando lugar a un derecho que puede ser objeto de cesión y sobrevive a ella. Dice, así, que este derecho se convierte en una forma de propiedad, cuyo propietario es la persona célebre y sólo ella.
- 73 Por ejemplo, AMAT LLARI, E., *El derecho a la imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992; AZURMENDI ADARRAGA, A., *El derecho a la propia imagen: si identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 205-210; BLASCO GASCO, F.: *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Bosch, Barcelona, 2008, p. 111; CABEZUELO ARENAS, A.L.: *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 139 y ss.; CLAVERIA GOSÁLBEZ, L.H.: "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen", AA.VV., *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 341-382; HERCE DE LA PRADA, V.: *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Bosch, Barcelona, 1994, pp. 43-69; RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Derechos al honor, a la intimidad y a la imagen. Identificación de la persona", en Lacruz Berdejo, J.L. y otros: *Parte general del Derecho civil*, volumen 2°, *Personas*, Bosch, Barcelona, 1992, p. 83, y también –parece– ROVIRA SUEIRO, M.E.: *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada 2000, pp. 76-78, por considerarla más ajustada a la realidad del tráfico jurídico.
- 74 Básicamente, en la STC 81/2001, de 26 de marzo, FJ 2º y 3º; y, por su influencia en la STS 25 septiembre 2008 (RJ 2008, 5572), STS 26 febrero 2009 (RJ 2009, 1516) y STS 23 febrero 2010 (RJ 2010, 1292).
- 75 Como afirma VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad*, cit., p. 77, un derecho inalienable "no puede en puridad ser objeto de tráfico jurídico".
- 76 Con toda certeza observa GALGANO, F.: *Diritto civile*, cit., p. 165, que no se trata de un verdadero y propio contrato, porque los derechos de la personalidad son indisponibles, no pueden ser objeto de un acto de disposición, que, por aplicación del art. 1428, II del Código civil italiano, sería nulo, por imposibilidad jurídica del objeto. Se trata –añade el autor– del consentimiento del titular del derecho a la imagen a un hecho jurídico ajeno.
- 77 No obstante deberán indemnizarse los daños y perjuicios que dicha revocación cause, incluidas las legítimas expectativas que la autorización inicial hubiera podido generar a quien confió en ella, de modo que, si quien revoca había percibido una compensación económica, deberá restituirla y parece, incluso, conforme a la buena fe que, en este caso, el ejercicio de la facultad revocatoria quede supeditado al previo ofrecimiento de una garantía para cubrir el importe de los daños, que de la misma se derivaran.

Además, en nuestro ordenamiento jurídico no hay una transmisión *mortis causa* del derecho a la imagen, que, al ser un derecho de la personalidad, se extingue con la muerte del titular. Ello no impide –es verdad– que el art. 4 LO 1/1982 reconozca la tutela “post mortem” de los derechos de la personalidad, pero la legitimación para ejercitar la acción y la consiguiente indemnización no se atribuye a los herederos del difunto, sino a sus familiares, lo que –a mi parecer– es indicativo de que el daño que se repara no es el que experimenta la persona fallecida (que, en puridad, no experimenta ninguno), sino el daño moral que sufren sus allegados, por la intromisión en el honor, intimidad o imagen de su familiar muerto.

El argumento, utilizado por algunos autores⁷⁸, de contraponer, los números quinto y sexto del art. 7 LO 1/1982, para entender que, en el uno, se contempla un derecho de la personalidad a la imagen y, en el otro, un derecho patrimonial a su comercialización, no me parece convincente.

Cuando el número sexto del precepto nos habla de la utilización “de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, no significa que se le esté reconociendo un derecho patrimonial a su explotación comercial, sino que lo que hace es describir un tipo de intromisión ilegítima, caracterizada por el hecho de que quien la comete obtiene un beneficio económico de su comportamiento ilícito, lo cual tendrá consecuencias prácticas, desde el momento en que el art. 9.2.d) LO 1/1982 (en la redacción dada por la Disposición Final Segunda de la LO 5/2010, de 22 de junio, que modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal), prevé “La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos”⁷⁹.

3. La inadecuada distinción entre el “aspecto constitucional” y el “aspecto civil” del derecho a la imagen.

En algunas sentencias de la Sala Primera del TS se ha distinguido distinción entre un “aspecto constitucional” y un “aspecto civil” del derecho a la propia imagen, lo que no es, sino un intento, más o menos aproximado, de traslación a nuestro Derecho de la distinción norteamericana entre el *right to privacy* y el *right to publicity*.

Esta distinción se apoya en una discutible interpretación de la regulación del derecho a la propia imagen en la LO 1/1982, hecha por un fallo del TC⁸⁰, con ocasión

78 Cfr., en este sentido, por ejemplo, RIVERO HERNÁNDEZ, F.: “Derechos al honor”, cit., p. 83.

79 Además, no parece que haya que excluir que, por vía del art. 1902 del Código civil, cupiera la indemnización del daño patrimonial que experimentase quien tuviera una expectativa cierta de obtener de un determinado medio de comunicación una remuneración, a cambio de permitir la publicación, en exclusiva, de su imagen para ilustrar un reportaje sobre algún acontecimiento en que hubiera participado (por ejemplo, la celebración de su boda), si dicha expectativa quedase truncada por la publicación, no consentida, de su imagen en otro medio de comunicación distinto.

80 STC 81/2001, de 26 de marzo (RTC 2001, 81), FJ. 2º.

de un recurso de amparo contra una sentencia del TS⁸¹, la cual había desestimado el recurso de casación del conocido cómico y actor, Emilio Aragón, quien sostenía haber existido una vulneración de su derecho a la propia imagen, como consecuencia de una representación gráfica, utilizada en el anuncio publicitario de un desodorante para calzado, consistente en un dibujo en blanco y negro, de unas piernas cruzadas, con unos pantalones y calzado de deportivos de color blanco, acompañada de una leyenda, que decía: "La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies".

El TS, en la sentencia recurrida, había afirmado que dicha representación gráfica no identificaba de modo indubitado a Emilio Aragón, lo que no creo que fuera muy ajustado a la realidad. A mi entender, el *quid* de la cuestión no estaba en sí dicha representación gráfica servía para identificar, o no, al artista, que creo que sí, sino en que no entrañaba una reproducción de su figura, de sus rasgos físicos personales, razón por la cual, en ningún caso, podía ser considerada como una intromisión en su imagen.

Pero el TC, expuso la tesis, por lo demás innecesaria para resolver el recurso de amparo, consistente en distinguir el concepto de "imagen" a efectos constitucionales y civiles. Dijo, así: "Es cierto que en nuestro Ordenamiento -especialmente en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen- se reconoce a todas las personas un conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de su imagen. Sin embargo, esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del art. 18.1 CE".

Estimo que la contraposición del derecho a la imagen, a efectos civiles y constitucionales, es improcedente. La LO 1/1982 no reconoce un derecho a la explotación comercial de la imagen, sino que lo que consagra es un derecho de la personalidad a determinar la representación gráfica generada por los rasgos físicos personales del individuo. De hecho, la Ley no hace, sino desarrollar el art. 18 CE, estableciendo una regulación civil de los "derechos fundamentales de la personalidad" en él contemplados, que se traduce, fundamentalmente, en la reparación del daño moral, subsiguiente a las intromisiones ilegítimas.

81 STS 30 enero 1998 (RJ 1998, 358).

Volviendo al fallo, el TC concluye afirmando que, “si bien el valor asociado a la persona de su creador por lazos jurídicos y económicos es susceptible de protección jurídica en nuestro Ordenamiento, estos vínculos no se insertan en la dimensión constitucional del derecho a la propia imagen (art. 18.I CE) porque no pertenecen a la esfera reservada y propia de aquél” (FJ 3°).

Sin embargo, a mi entender, dichos “vínculos” tampoco se insertan en la dimensión civil del derecho a la imagen (recuérdese que, en el supuesto, se enjuiciaba la legitimidad de la utilización, en un anuncio de desodorante de pies, de un dibujo en blanco y negro realizado por ordenador de unas piernas cruzadas y enfundadas en unos pantalones negros). El “valor asociado a la persona”, del que habla la sentencia, en su caso, debiera hallar protección a través del art. 1902 CC o de la legislación de Propiedad Intelectual.

En cualquier caso, como ya he dicho, en algunas sentencias del TS aparece la afirmación (*siempre obiter dicta*) de que “debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad, esfera moral, relacionada con la dignidad humana y como derecho patrimonial, protegido por el Derecho pero ajeno a la faceta constitucional como derecho fundamental”⁸². Lo que en ninguna de estas sentencias está muy claro es cuál es el exacto ámbito que se asigna a cada uno de estas dos facetas del derecho que se proponen, pero parece que el criterio de distinción fundamental se basa en el hecho de que la imagen revele, o no, aspectos de la vida privada de la persona (debiendo considerarse que no los revela cuando ya ha sido publicada) o suponga, o no, un ataque al derecho al honor de la misma, valorándose, además, si ha existido un consentimiento inicial a la captación de la propia figura, máxime, si se ha dado con finalidad publicitaria⁸³.

82 En este sentido, se orientan la STS 22 de julio 2008 (RJ 2008, 4495), 25 septiembre 2008 (RJ 2008, 5572) y STS 26 febrero 2009 (RJ 2009, 1516); y más recientemente, la STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 3169) y la STS 23 febrero 2010 (RJ 2010, 1292).

83 La STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 3169) marca una clara conexión entre la faceta constitucional del derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad. Dice, así, que “La imagen se relaciona con el derecho a la intimidad, expresión típica del derecho de la personalidad que recoge el art. 7.5 [que, en realidad, lo que típica son intromisiones en el derecho a la propia imagen fuera o dentro de la vida privada] y también recoge el derecho a la propia imagen como derecho patrimonial, como contempla el mismo art. 7.6”, que, sin embargo, como ya he dicho y reitero lo único que hace es describir un tipo de intromisión ilegítima, caracterizada por el hecho de que quien la comete obtiene un beneficio económico de su comportamiento ilícito. La STS 22 de julio 2008 (RJ 2008, 4495), que confirmó la sentencia recurrida, afirmó lo siguiente: “Respecto a la intromisión prevista en el art. 7.6 LO 1/1982, y aun reconociendo la problemática que se plantea en relación con la determinación de los límites del derecho a la imagen y la exclusión del carácter constitucional de determinados aspectos del mismo y más concretamente, de la explotación comercial, lo que sí debemos afirmar es que en cualquier caso, la intromisión debe producir una lesión que sea contraria a la dignidad de la persona y ello no se ha producido en el presente supuesto, dadas las características que concurren”. De esta afirmación, claramente, se deduce que, para entender vulnerado el derecho a la imagen, en su dimensión constitucional, no basta con que se haya desconocido la facultad de su titular para decidir acerca de la representación gráfica de su figura, sino que es necesario que se haya producido “una lesión contraria a la dignidad de la persona”. En este caso, la controversia había sido provocada por una fotografía de una mujer, utilizada para la publicidad de los productos de una peluquería, la cual había sido tomada de un reportaje fotográfico, que le había sido hecho anteriormente, habiendo pagando los gastos del mismo un peluquero, a cambio de poder usar una fotografía suya en la promoción de sus peinados. En realidad, el verdadero núcleo del problema radicaba en averiguar si la empresa que había utilizado la fotografía había obrado con diligencia

A mi entender, esta doctrina jurisprudencial conduce, *de facto*, a la negación del carácter autónomo del derecho de la personalidad a la imagen en el orden civil, ya que toda representación gráfica generada por los rasgos físicos que no suponga vulneración del derecho a la intimidad o al honor se sitúa en el ámbito de la explotación comercial de la imagen. Se olvida, así, que a través del derecho a la propia imagen se tutela un específico bien de la personalidad, la figura humana, en cuanto elemento de identificación del ser humano; y ello, con independencia de que mediante su captación, reproducción o publicación se devalen, o no, aspectos de la vida privada de la persona (como dice el art. 7 LO 1/1982, en su número quinto) o se atente contra su reputación⁸⁴. Se desconoce, en definitiva, la constante

al no haberse preocupado de averiguar si había existido consentimiento de la persona fotografiada para ese concreto uso publicitario. En primera instancia, se consideró que la empresa debía responder "por la negligente conducta al no haber procedido a requerir la existencia del consentimiento expreso, como la práctica habitual en tal ámbito necesariamente requiere". Sin embargo, en segunda instancia, se entendió que su actuación había sido diligente, resaltando que "tanto la codemandada como la agencia de publicidad que realizó la campaña han reconocido en prueba de confesión y testifical, respectivamente, la necesidad de obtener el consentimiento de la modelo para la utilización de la imagen, pero ello no supone reconocimiento de que su actuación fuese ilegítima, frente a lo argumentado por la actora en esta alzada, pues a la vista del documento de cesión [...] resulta razonable pensar que tanto una como otra creyesen que contaban con la autorización de la actora, al haber adquirido el derecho a reproducir la imagen de la persona que aparentaba hallarse en posesión del mismo, y a la que pagaron el correspondiente precio. Su actuación en los hechos denunciados fue diligente".

El TS se enfrentaba a una difícil cuestión, que es la de determinar si la reparación de los daños morales provenientes de intromisiones ilegítimas en los derechos de la personalidad exige la concurrencia de la culpa del infractor o si, por el contrario, prescinde de ella, al tratarse de un supuesto de responsabilidad objetiva. Un cómodo expediente para solucionar el caso, sin entrar en dicho problema, es entender que la intromisión invocada no afectaba al derecho de la imagen en su aspecto constitucional, sino en su dimensión civil, llevándolo al terreno del contrato, para aplicar el principio general de responsabilidad por culpa.

El TS dice, así, que se "produce en este supuesto una cuestión relativa a la vertiente de explotación comercial de la imagen, que como el Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de Sala han considerado en sentencias que ya se han citado, carece de dimensión constitucional y se concentra en el ámbito del contrato. Y en este punto nos encontramos claramente ante un contrato celebrado sin intervención de la recurrente que le ocasiona unos perjuicios, no puramente constitucionales, sino económicos. Hay que compartir el razonamiento de la sentencia recurrida que considera no negligente a la demandada [...] cuando a la vista del documento de cesión de la persona que había pagado el reportaje que dio lugar a la fotografía publicada y utilizada después por la empresa demandada, consideró que le habían sido cedidos los derechos concretados a la imagen reproducida en la mencionada fotografía". Más adelante, añade: "Debe concluirse que parece claro que el codemandado [el peluquero] no podía ceder el derecho a la imagen, aunque esta conclusión se base en un contrato verbal y por ello de imposible interpretación; a pesar de ello, debe considerarse que [la demandante] no le había cedido su derecho ni le había apoderado para ello [...] Pero otra cosa distinta es la responsabilidad de [la empresa] ante un cedente que aparenta ser titular de los derechos económicos de la imagen reproducida y de los 'derechos de modelo', porque aquí falta el elemento de negligencia que le obligaría a indemnizar".

84 El bien protegido por el derecho a la propia imagen es, en efecto, la figura humana, en sí misma considerada, que es un atributo de la personalidad, en cuanto elemento básico para la identificación del ser humano, y de ahí, que se tenga la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, sin su consentimiento, con independencia de que dichas intromisiones, supongan, o no, la divulgación de aspectos de la vida privada, lo que tendrá especial trascendencia respecto de las fotografías tomadas en lugares públicos. La autonomía del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad aparece con toda claridad en la actual jurisprudencia constitucional. La STC 139/2001, de 18 de junio, FJ 4º, así, tras poner de relieve la vinculación del derecho a la propia imagen con el derecho a la intimidad, señala que no obstante, "se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen, que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual". La misma doctrina, de la autonomía del derecho a la imagen respecto del derecho a la intimidad, se contiene en otros fallos, en los que, sin embargo, se aprecia una lesión conjunta de los derechos a la propia imagen y a la intimidad. V. así, STC 156/2001, de 2 de julio (RTC 2001, 156), FJ. 2º; STC 83/2002, de 24 de abril (RTC 2002, 83), FJ. 4º; STC 176/2013, de 21 de octubre (RTC 2013, 176), FJ. 6º; STC 19/2014, de 10 de febrero (RTC 2014, 19), FJ. 4º; y STC 18/2015, de 16 de febrero (RTC 2015, 18), FJ. 4º.

jurisprudencia, constitucional y civil, que claramente afirma la autonomía del “derecho fundamental de la personalidad” a la propia imagen, respecto de los derechos al honor y a la intimidad⁸⁵.

Además, se corre el riesgo de provocar una indeseable inseguridad jurídica, que lleve a la desestimación de demandas de quienes invocan una intromisión ilegítima en su derecho de la personalidad a la imagen, por publicarse una fotografía suya sin su consentimiento, con el “difuso” argumento de que la intromisión que denuncian afecta, exclusivamente, a la imagen en su aspecto comercial o patrimonial, pero no, en su dimensión constitucional de “derecho fundamental de la personalidad” que faculta a su titular para controlar la representación gráfica generada por los rasgos físicos personales⁸⁶.

- 85 De hecho, la propia STS 22 de julio 2008 (RJ 2008, 4495), que distingue, “entre el derecho moral, relacionado con la dignidad de la persona”, de “la explotación comercial de la imagen”, afirma el carácter autónomo del “derecho fundamental de la personalidad” (de lo que denomina el derecho a la imagen en “su aspecto constitucional”). Dice, así, que tanto el TC, como el TS, “han atribuido al derecho a la imagen una autonomía propia distinta de los otros dos derechos mencionados”, haciendo suya la doctrina de “lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima”. En la misma tradición incurre la STS 26 febrero 2009 (RJ 2009, 1516). Por un lado, afirma la autonomía del derecho a la imagen como derecho de la personalidad. Dice, así, que “La doctrina constitucional y la jurisprudencia han caracterizado el derecho a la propia imagen como “un derecho de la personalidad, con un contenido propio, específico y diferenciado de los demás, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública”. Sin embargo, posteriormente, acaba negando esa autonomía del “derecho fundamental de la personalidad” a la imagen, reduciéndolo a una pura faceta del derecho a la intimidad. Así resulta, de su afirmación, según la cual “La jurisprudencia de esta Sala ha seguido la misma línea de diferenciar el aspecto constitucional y el aspecto patrimonial del derecho, circunscribiendo la tutela civil del derecho fundamental, conforme a su contenido propio, al primero de ellos”.
- 86 Muestra de ello es la STS 25 septiembre 2008 (RJ 2008, 5572), que consideró legítima la reproducción en un libro, denominado “Cuerda de presos”, de una entrevista concedida por un recluso, cuyo destino había sido ser emitida en un programa de televisión, acompañada de una imagen del mismo, captada, en su momento, con su autorización. El recluso alegaba que había dado su consentimiento para que la entrevista fuera emitida por televisión, pero no para que su transcripción fuera publicada como parte de un libro, ilustrada con una fotografía suya. El TS desestimó el recurso de casación, confirmando la sentencia de segunda instancia, la cual había desestimado la demanda, por considerar que el libro “no era, sino la proyección literaria de un programa televisivo con el mismo nombre y el mismo contenido con una transcripción de la entrevista consentida en los mismos términos en que fue realizada en el medio televisivo, y con la imagen del recurrente como encabezamiento tomada de la misma entrevista consentida”. Pero, además, añade que “otorgado el consentimiento, la cuestión queda enmarcada no en el ámbito del aspecto constitucional del derecho a la intimidad y a la propia imagen, que no ha sido vulnerado, sino en su aspecto patrimonial sobre el incumplimiento o no del contrato celebrado entre las partes”; y, más adelante, dice lo siguiente: “Concluyendo, ninguna vulneración de la intimidad se puede producir por la difusión de los datos relativos al encarcelamiento de la recurrente cuando fue ésta quien consintió esa divulgación en un medio televisivo ni tampoco ninguna vulneración del derecho a su imagen se ha producido cuando esa imagen fue captada con su consentimiento. La utilización de la misma entrevista e imagen en un medio gráfico distinto (libro), firmado por el mismo entrevistador; una vez se ha producido la divulgación, afecta al ámbito patrimonial de estos derechos o en su caso, al ámbito contractual en el que se prestó el consentimiento pero en ningún caso a la esfera constitucional del derecho a la intimidad y a la imagen”. A mi parecer, se podrá discutir si concurre un interés cultural, que, en atención a las circunstancias del caso, justifique que imagen del recluso pueda publicarse en un libro, sin necesidad de autorización del mismo (por aplicación de lo dispuesto en el art. 8.1 LO 1/1982 o sí el consentimiento inicialmente prestada para utilizar la imagen en una entrevista televisiva se puede entender extensible a un uso accesorio de la misma para ilustrar la transcripción de la misma en una obra literaria. Ahora bien, en mi opinión, es totalmente incorrecto afirmar que por el mero hecho de que anteriormente se haya consentido la publicación de la imagen y ésta se haya divulgado, la publicación de la misma en un medio distinto a aquél para el que inicialmente se concedió la autorización es un problema que, exclusivamente, afecta al derecho a la imagen en su aspecto comercial o publicitario, y no, al derecho fundamental de la personalidad a controlar la representación gráfica generada por los rasgos físicos personales, usándose dicho argumento para desestimar una demanda o recurso, olvidándose,

V. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA PERSONALIDAD.

No cabe duda de que el titular de los derechos fundamentales de la personalidad es el ser humano, siendo su reconocimiento una exigencia ineludible del respeto a su dignidad.

I. La pretendida titularidad del derecho al honor de las personas jurídicas privadas.

Sin embargo, la idea expuesta ha sido oscurecida por la jurisprudencia, la cual, tras iniciales vacilaciones⁸⁷, ha terminado por reconocer, de manera clara e indubitada,

así, según resulta del art. 2.2 LO 1/1982, el consentimiento a los actos de intromisión ajena en un derecho de la personalidad propio ha de ser expreso, esto es, para cada concreta intromisión.

Ilustrativa me parece también la STS 26 febrero 2009 (RJ 2009, 1516). En el origen del litigio se hallaba la utilización de las imágenes de un partido de fútbol de la primera división, en el que el jugador de uno de los equipos había realizado una jugada, que se califica de "antológica", para un anuncio de una marca de calzado deportivo. El centro de las imágenes era el deportista que había protagonizado dicha jugada, apareciendo, de manera accesoria, los jugadores del otro equipo, a quienes había driblado, marcando un gol. Estos jugadores interpusieron demanda por intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen. Se daba la circunstancia de que los demandantes, al firmar su respectivo con su club, habían autorizado la utilización de su imagen por parte de la Liga Profesional de Fútbol. El TS afirma que "La cuestión, una vez que queda constancia de la existencia del consentimiento de los deportistas demandantes, por medio del contrato suscrito con el club de fútbol, en favor de la Liga Nacional de Fútbol Profesional, cobra una dimensión estrictamente patrimonial que la sitúa extramuros del ámbito constitucional del derecho fundamental y de la protección que otorga la mencionada Ley Orgánica".

No creo que el hecho de que los demandantes hubieran consentido en la utilización de su imagen signifique que todo litigio que se plantee sobre el uso de aquella rebasa los límites del "derecho fundamental de la personalidad" a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos.

De hecho, el propio TS se ve en la obligación de considerar si, en definitiva, existe, o no, intromisión en el "derecho fundamental de la personalidad" a la propia imagen de los actores, llegando a la conclusión de que no la hay. Dice, así: "desde la perspectiva del contenido estrictamente constitucional del derecho, la consideración de que la reproducción de la imagen de los demandantes por la entidad demandada en un medio diferente a aquel para el que, en principio, se otorgó la autorización, constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, choca con el escollo insuperable que representa el hecho de que la explotación publicitaria y, por ende, económica, se concentra en la imagen del jugador [...] cuya destreza y aptitudes deportivas se trata de ensalzar, hasta el punto de la magnificencia, para relacionarlas con las cualidades y la calidad del producto publicitado, que se identifican de ese modo referencial e indirecto con aquéllas. La reproducción de la imagen de los demandantes en ese contexto es meramente instrumental y accesoria".

A mi parecer, el problema que se planteaba en este supuesto era el de decidir si la autorización dada por los demandantes, al firmar su respectivo contrato, para que su imagen fuera utilizada por parte de la Liga Profesional de Fútbol, incluía, o no, su uso para fines publicitarios, a lo que (en atención a lo que se deduce de las circunstancias del caso) me da la sensación de que hay que responder afirmativamente; y, además, si ello es así, parece que una elemental aplicación del principio de la buena les impide mantener el contrato de trabajo y revocar la autorización para utilizar su imagen con fines publicitarios, máxime cuando la mayor parte de los ingresos de los clubs, que pagan los salarios a los jugadores, se obtienen de la publicidad.

87 En un principio hubo resoluciones contrapuestas en la materia. Por ejemplo, la STS 5 octubre 1989 (RJA 1989, 6889), que no estimó de demanda de protección del honor, presentada por un partido político, afirmó que "en el contexto de estos asuntos de relevancia pública es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado; respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor consagrado en la Constitución como derecho fundamental".

Por el contrario, la STS de 15 de abril de 1992 (RJA 1992, 4419) estimó la demanda de protección al honor presentada por una sociedad mercantil, a la que se le había imputado haber comprado unos terrenos con engaño y haber obtenido una sentencia favorable, a cambio de dinero. La sentencia se pronuncia en los siguientes términos: "Es cierto que el derecho al honor reconocido como fundamental [...] deriva de la dignidad humana [...] y consecuentemente presenta, en su concepción estricta, un innegable carácter personalista, pero ello no excluye la extensión de su garantía constitucional a las personas jurídicas y, en concreto, a las sociedades

la titularidad del derecho al honor, no sólo a las personas físicas, sino también a las jurídicas (al menos, a las de Derecho Privado⁸⁸).

Así, en el fallo de referencia en la materia, el TC afirma que, aunque el honor “es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a la propia estimación o al buen nombre o reputación en que consiste, no es patrimonio exclusivo de las mismas”, añadiendo que “el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas”, para concluir que “la persona jurídica también puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”⁸⁹.

Esta tesis ha sido adoptada por un amplio sector de la doctrina científica⁹⁰ y de modo indubitado por el TS⁹¹, que en un reciente fallo del Pleno de la Sala de lo

mercantiles [...] admitido que el prestigio profesional de la persona física es objeto de protección [...] no existe razón para excluir de la misma el prestigio de la sociedad mercantil en el desenvolvimiento de sus actividades”. Más adelante, explica: “si bien en cuanto el honor afecta a la propia estimación de la persona -carácter immanente- sería difícil atribuirlo a la persona jurídica societaria, no ofrece grave inconveniente entender que, en su aspecto trascendente o exterior, que se identifica con el reconocimiento por los demás de la propia dignidad, es igualmente propio de aquellas personas jurídicas, que pueden gozar de una consideración pública protegible”.

En el mismo sentido se orientó la STS 5 abril 1994 (RJA 1994, 2930), la cual respecto al “tema, ciertamente, no pacífico, a la vista del contenido de la doctrina jurisprudencial, de la extensión o no a las personas jurídicas de la protección al honor”, afirma “la inexistencia de un único principio que uniforme positiva o negativamente, el tema en cuestión”, por lo que ha de decidirse “caso a caso”. No obstante, afirma que, cabe establecer “con carácter general que, si bien, de ordinario habrán de quedar excluidas las conductas susceptibles de ser enjuiciadas como ataque al honor de los entes morales, bajo la normativa citada (lo que, por otra parte, no entraña su indefensión, puesto que desde otras perspectivas jurídicas es patente la protección de las mismas) ha de admitirse la posibilidad de que, pese a que en principio el honor en sentido estricto es atributo, como se dice, de la persona individual, siguiendo la dimensión personalista [...] presente también en las personas jurídicas respecto de los cuales, por ende, ha de predicarse el cobijo en la normativa que veda el ataque al mismo, en tanto en cuanto inequívocamente se constata que han sufrido una sensible agresión desde el desbordamiento de la libertad de expresión, a la dignidad, que, como respeto de los demás, tiene derecho a ostentar y defender en la esfera del ámbito mercantil o civil en que desenvuelvan su cometido”.

88 V. amplias referencias jurisprudenciales en MARIN GARCÍA DE LEONARDO, T.: “El derecho al honor de las personas jurídicas”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA y BEAMONTE), Cizur Menor, 2007, pp. 55 y ss.

89 STC 139/1995, de 26 septiembre (RTC 1995, 139), FJ. 5°.

90 V. a este respecto amplias referencias doctrinales en RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.M.: “Derecho al honor y persona jurídica”, en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

91 La STS 9 octubre 1997 (RJA 1997, 7613) expone, que tras la STC 139/1995, de 9 de diciembre, “La doctrina de esta Sala, en este momento, es clara [...] ninguna norma constitucional ni de rango legal impide que las personas jurídicas puedan ser sujetos de los derechos fundamentales; la Constitución contiene un reconocimiento de derechos fundamentales para determinados tipos de organizaciones; aunque el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, el derecho a su propia estimación no es patrimonio exclusivo de las mismas, el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a las personas jurídicas; la persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la propagación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena”.

La STS 27 julio 1998 (RJA 1998, 6374) dice que “hoy nadie duda de que, aun cuando el honor hace relación a los derechos de la personalidad, para su ámbito trascendente ha de entenderse aplicable la norma protectora a las entidades mercantiles, cual la recurrente, respecto a la dignidad ganada ante los demás y en cuanto afecta a su prestigio profesional”.

La STS 7 julio 2009 (RJA 2009, 4456) afirma que “el honor, fama o prestigio de una persona jurídica es indudable e indiscutible; no se puede ofender a una persona física ni tampoco a una jurídica; una persona jurídica que es atacada en su buena fama, su prestigio o su honor, tiene indudablemente acción para su protección, sea persona

Civil⁹², ha fijado como clara doctrina jurisprudencial que sólo las personas jurídicas de Derecho Privado (asociaciones, entre ellas, partidos políticos, fundaciones o sociedades mercantiles) son titulares del derecho al honor, excluyendo, en consecuencia, que puedan serlo las personas jurídicas de Derecho Público (en concreto, en el caso enjuiciado un Ayuntamiento)⁹³; y ello, sin perjuicio de que las mismas (además estar protegidas penalmente) “puedan reclamar, con fundamento en el artículo 1902 CC, indemnización de los perjuicios que les causen los atentados a su prestigio institucional o autoridad moral”⁹⁴.

Desde mi punto de vista, es contradictorio⁹⁵ atribuir a una persona jurídica, sea pública o privada, un derecho fundamental de la personalidad, como es el honor, cuya base radica en la dignidad del ser humano⁹⁶. A mi parecer, hay que distinguir dos cuestiones diversas: de un lado, la relativa a si las personas jurídicas tienen derecho al honor, que creo que no⁹⁷; y, de otro, la atinente a la posibilidad de que personas jurídicas puedan interponer demandas, por sustitución en protección del derecho al honor de un colectivo de personas.

Ciertamente, es posible que, por ejemplo, la imputación de un hecho afecte a todos los miembros de una asociación, pero, en mi opinión, en este caso, lo vulnerado será el honor de los socios, y no, el de la persona jurídica, pues, al ser una mera personificación por razones de conveniencia social, no se le puede asignar atributos esenciales del ser humano, como son los derechos de la personalidad. Cuestión

jurídica de tipo personalista (*universitas personarum*), sea de tipo patrimonialista (*universitas bonorum*)”. En el caso enjuiciado considero intromisión ilegítima en el derecho al honor de un centro geriátrico el hecho de que, a propósito de un reportaje con cámara oculta sobre problemas en residencias de mayores, el presentador del programa donde se emitió dijera en su presentación (sin haberlo contrastado previamente) que la residencia demandante “presentaba muchas irregularidades”; y en el coloquio que siguió a la exhibición de la filmación, que tenía “quince denuncias entre trabajadores, residentes y vecinos y que sólo recientemente había sido inspeccionada”.

92 STS (Pleno) 15 junio 2016 (RAJ 2016, 2532).

93 En realidad, es doctrina jurisprudencial consolidada –que recuerda el TS en esta sentencia, la de que las personas jurídicas de Derecho Público no pueden ser titulares de derechos fundamentales, salvo los de carácter procesal, del art. 24 CE. Así, la STC 195/2015, de 21 de septiembre (RTC 2015, 195), FJ. 3º, “los derechos fundamentales y las libertades públicas son derechos individuales que tienen al individuo por sujeto activo y al Estado por sujeto pasivo en la medida en que tienden a reconocer y proteger ámbitos de libertades o prestaciones que los poderes públicos deben otorgar o facilitar a aquéllos”; y añade: “Por este motivo existen importantes dificultades para reconocer la titularidad de derechos fundamentales a las entidades de Derecho público, pues la noción misma de derecho fundamental que está en la base del art. 10 CE resulta poco compatible con entes de naturaleza pública”. “En consecuencia, lo que con carácter general es predicable de las posiciones subjetivas de los particulares, no puede serlo, con igual alcance y sin más matización, de las que tengan los poderes públicos, frente a los que, principalmente, se alza la garantía constitucional”.

94 Pero deberán probarlos cumplidamente, pues no gozan de la presunción de perjuicio que establece el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982.

95 DE ÁNGEL YAGÜE, R.: “La protección”, cit., p. 97, habla de “deformación terminológica”.

96 Ello explica, que, como afirma La STS de 21 de mayo de 2009 (RAJ 2009, 3188) “por su propia naturaleza, el derecho a la propia imagen sólo tiene sentido en relación a la persona física”.

97 BUSTOS PUECHE, J.E.: *Manual*, cit., pp. 47-48, observa que los derechos de la personalidad sólo pueden pertenecer a personas físicas, por lo que cuando se habla de honor de las personas jurídicas, en rigor, se está hablando, bien del de sus miembros, bien del prestigio o reputación de la institución. Reconoce que esto último es un bien digno de protección, pero no de un bien de la personalidad, por lo que su tutela no procederá a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sino del art. 1902 CC.

distinta es que, en este caso, se reconozca legitimación activa a la asociación, en sustitución procesal de sus miembros, con el fin de evitar una pluralidad de demandas individuales de aquéllos⁹⁸; y, por supuesto, nada obsta a que, en caso de ataques contra el honor de grupos humanos sin personalidad jurídica, personas naturales o jurídicas de su mismo ámbito cultural, étnico, social o religioso puedan ejercitar una acción contra dicha intromisión, tal y como ha reconocido la jurisprudencia constitucional⁹⁹.

Cabe también, por ejemplo, un ataque injusto contra el prestigio comercial de sociedad mercantil, que dé lugar a un daño resarcible, pero, a mi entender, la vía del resarcimiento no será el art. 9 LO 1/1982, sino el art. 1902 CC¹⁰⁰.

98 Véase, en este sentido, O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Honor, intimidad y propia imagen en la jurisprudencia de la Sala Iª del Tribunal Supremo, en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 162.

99 La STC 176/1995, de 11 de diciembre (RTC 1995, 176), FJ. 3º y 5º, afirma que "La titularidad de este derecho subjetivo [al honor] se asigna, en la Ley y en la doctrina legal del Tribunal Supremo, a la persona, en vida o después de su muerte, por transmisión de ese patrimonio moral a sus descendientes. Desde una perspectiva constitucional, los individuos pueden serlo también como parte de los grupos humanos sin personalidad jurídica pero con una neta y consistente personalidad por cualquier otro rango dominante de su estructura y cohesión, como el histórico, el sociológico, el étnico o el religioso, a título de ejemplos".

Respecto del caso concreto, afirma: "Aquí y ahora, es el pueblo judío en su conjunto no obstante su dispersión geográfica, identificable por sus características raciales, religiosas, históricas y sociológicas, desde la Diáspora al Holocausto, quien recibe como tal grupo humano las injectivas, los improperios y la descalificación global. Parece justo que si se le ataca a título colectivo, pueda defenderse en esa misma dimensión colectiva y que estén legitimados para ello, por sustitución, personas naturales o jurídicas de su ámbito cultural y humano".

En el supuesto litigioso se planteaba si la libertad de expresión amparaba la publicación de un tebeo en el que había viñetas alusivas a la situación de los judíos en los campos de concentración nazis, que fueron considerados injuriosos por las asociaciones "Amical de Mauthausen" y "B'Nai B'Rith de España", quienes presentaron querrelas criminales, que darían lugar a una condena por delito de injurias.

El recurso de amparo de los condenados fue desestimado por el Tribunal Constitucional, que se pronuncia en los siguientes términos: "En el tebeo aquí enjuiciado desde una perspectiva estrictamente constitucional, ojeando y hojeando página tras página, resulta que en él 'se relatan una serie de episodios, cuyos escenarios son los campos de concentración nazis, o campos de exterminio, con alemanes de las Schutz-Staffel (SS) y judíos como protagonistas y antagonistas de conductas inhumanas, viles y abyectas, con un claro predominio de aberraciones sexuales'. 'El transporte de prisioneros como si fuera ganado, la burla y el engaño del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, el olor del gas y de los cadáveres, el aprovechamiento de restos humanos', con otros muchos episodios se narran en tono de mofa, sazonando todo con expresiones insultantes o despectivas ('animales', o 'carroña', entre otras). Así lo dice la sentencia impugnada. Gráficamente se acentúa la decrepitud física de las víctimas en contraste con el aspecto arrogante de sus verdugos. Y así hasta la náusea. La lectura pone de manifiesto la finalidad global de la obra, humillar a quienes fueron prisioneros en los campos de exterminio, no sólo pero muy principalmente los judíos".

Más adelante añade: "Es evidente que, vista así, la historieta nada tiene que ver, ningún parentesco guarda con una crónica del pasado, careciendo de valor informativo alguno, sin que tampoco lo tenga cultural en ninguna de sus facetas como se vio más arriba. Por otra parte, el propósito burlesco, 'animus iocandi', al que niega eficacia exculpatoria la sentencia en el plano de la legalidad, intangible para nosotros, se utiliza precisamente como instrumento del escarnio. Es posible que para algunos ciertas escenas del folleto resulten cómicas por su capacidad para poner en ridículo el sufrimiento, minimizando la abyección. Ese tratamiento no encaja, por supuesto, en el humor tal y como se conoce en la preceptiva literaria. Lo que se dice y lo que se dibuja en el panfleto, rezuma crueldad gratuita, sin gracia o con ella, hacia quienes sufrieron en su carne la tragedia sin precedentes del Holocausto muchos de los cuales -la inmensa mayoría- no pueden quejarse, pero otros aún viven, y también hacia sus parientes, amigos o correligionarios o hacia cualquier hombre o mujer"; y concluye: "La apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos, a costa de la humillación de sus víctimas no cabe en la libertad de expresión como valor fundamental del sistema democrático que proclama nuestra Constitución".

100 Esta es la solución que O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Honor", cit., p. 162, propone para el Derecho español.

2. La titularidad del derecho a la intimidad.

Mucho menos problemática se plantea la cuestión respecto del derecho fundamental de la personalidad a la intimidad, cuya titularidad, a diferencia de lo que acontece respecto al derecho al honor, no ha sido atribuida por la jurisprudencia a las personas jurídicas¹⁰¹.

Es más, el TC ha afirmado que el derecho a la intimidad “por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo, ya que la reserva acerca de las actividades de estas entidades quedará, en su caso, protegida por la correspondiente protección legal al margen de la intimidad personal y familiar constitucionalmente decretada”¹⁰².

En realidad, me parece objetivamente imposible que, respecto de las personas jurídicas, pueda hablarse de un “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”, necesario “para mantener una calidad mínima de la vida humana”; ello, sin perjuicio de que pueda haber intromisiones ilegítimas en la intimidad de las personas físicas que integren la persona jurídica¹⁰³.

Tampoco suscita especiales problemas el hecho de que el art. 18.1 CE y la LO 1/1982 reconozcan el derecho a la intimidad, *personal y familiar*.

La doctrina española ha descartado una lectura de esas normas en el sentido de interpretar que la titularidad del derecho a la intimidad corresponde a las familia, sino que lo sucede que es que se considera que dicho derecho se extiende, no sólo

101 La STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231), FJ. 3º, se refiere, así, a los derechos a la intimidad y a la propia imagen como “derechos personalísimos y ligados a la misma existencia de la persona”.

102 Es cierto que la jurisprudencia constitucional ha extendido el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas jurídicas. V. en este sentido, por ejemplo, la STC 137/1985, de 17 de octubre (RTC 1985, 137). No obstante, aunque el derecho a la inviolabilidad de domicilio tiene evidente puntos de contacto con el derecho a la intimidad, no se trata de derechos idénticos. Además, según observa MURILLO DE LA CUEVA, PL.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, “Cuadernos de Derecho Judicial”, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 47, se actúa desde una perspectiva instrumental, sin olvidar que detrás de las personas morales hay siempre hombres y mujeres concretos, para los que el reconocimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio de las personas jurídicas de las que forman parte, supone una importante defensa de la libertad y de la seguridad.

103 Sin embargo, la cuestión es doctrinalmente discutida. Por ejemplo, MURILLO DE LA CUEVA, PL.: “El derecho”, cit., p. 47, es claramente contrario al reconocimiento del derecho a la intimidad a las personas jurídicas. Afirma, así, que el derecho a la intimidad tiene una dimensión material o sustantiva, que impide su traslación a lo que no son sino creaciones artificiales ideadas para una mejor satisfacción de fines e intereses individuales. Se trata, por tanto, añade el autor, de uno de esos derechos que, por su propia naturaleza, no pueden ser reconocidos más que a los seres humanos.

Para QUERALT JIMÉNEZ, JJ.: “La inviolabilidad del domicilio y los controles administrativos. Especial referencia a las empresas”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, p. 41, 55-57, admite claramente que el derecho a la intimidad pueda reconocerse a las personas jurídicas. Dice, así, que, si la persona jurídica es una ficción, le puede corresponder una categoría igualmente artificial, pero funcional a su intimidad. Observa que una entidad tiene datos, que debe preservar al conocimiento ajeno, e, incluso, con carácter central o instrumental a su objeto social, custodiar intimidades de terceros.

a circunstancias de la propia vida personal, sino también a la de aquellas personas con las que se tiene una estrecha relación de parentesco o afectividad semejante a la conyugal¹⁰⁴.

El TC, en el conocido caso “Paquirri”¹⁰⁵, afirma que el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la CE protegen”. Continúa, afirmando que será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, 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”. El caso concreto, el TC extendió que las escenas reproducidas en una cinta de video comercializada, y concretamente las correspondientes a la enfermería de la plaza en que ingresó mortalmente herido el torero, habían supuesto una intromisión en el derecho a la intimidad familiar de la viuda recurrente.

En sentido semejante se orienta otro conocido fallo¹⁰⁶, en el que se estimó el recurso de amparo, por intromisión en la intimidad personal y familiar de un menor y de sus padres adoptivos, accionando los últimos en su propio nombre y en el de aquél. El litigio tuvo su origen en una información, aparecida en un periódico de difusión nacional, en la que daba cuenta de la existencia de una adopción llevada a cabo por una conocida actriz y su marido, de las circunstancias de la misma, incluida la divulgación del origen del menor con identificación de su madre natural y de sus características personales y profesionales, datos éstos no incluidos en la información hecha pública por los padres adoptivos ni deducibles de ella. El TC afirma que, si

104 Dice CARRIÓN OLMOS, S.: “El derecho a la intimidad”, en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2007, pp. 97-99, que no parece que hablar de intimidad “familiar” presuponga o entrañe situar en la familia como “grupo” la titularidad de ese derecho, como si de un sujeto plural se tratase, a lo que se uniría la carencia de personalidad jurídica del grupo familiar. La denominación de “familiar”, observa el autor: tiene que ver con la relación o vínculo existente entre el titular del derecho y determinadas personas sobre las que, de algún modo, viene a proyectarse o extenderse el ámbito del derecho a la intimidad de aquél. En ese sentido, y sólo en ese, cabe denominar a la intimidad como “familiar”. Se trataría, pues, de una denominación que tendría que ver única y exclusivamente con el ámbito de proyección del derecho y no con la titularidad del mismo que seguiría siendo en todo caso rigurosamente individual. Termina afirmando que resulta ociosa la consideración de que en la actualidad la exacta y precisa delimitación de qué haya de entenderse por “intimidad familiar” haya de venir determinada por la toma en consideración de los distintos tipos de familia (o “modelos familiares”) en la actualidad existentes en la realidad social de nuestro país.

105 STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231), FJ. 4°.

106 STC 197/1991, de 17 de octubre 1991 (RTC 1991, 197), FJ. 3°.

bien es cierto que “la conducta de los adoptantes, dando una gran publicidad a esa adopción, ha de interpretarse [...] como una decisión consciente de aquéllos de excluir de la esfera de la intimidad el hecho mismo de la adopción y algunas circunstancias hechas públicas en relación con la misma”, sin embargo, “más allá de esos hechos dados a conocer, con mayor o menor prudencia o ligereza, por los padres adoptivos, y respecto a los cuales, por consiguiente, el velo de la intimidad ha sido destapado, prevalecerá el derecho a la intimidad del menor adoptado, y por reflejo, el de la intimidad familiar de sus padres adoptivos en relación con otras circunstancias de la adopción no reveladas, y que, por su propia naturaleza, han de considerarse que pertenecen a la esfera de lo privado y de lo íntimo, como con toda seguridad sucede con la identificación por parte del periódico de la madre natural del niño y de sus circunstancias personales, datos no incluidos en la información hecha pública por los padres adoptivos ni deducibles de ella, y que en modo alguno puede considerarse como una noticia de interés público, al ser sólo un hecho estrictamente personal y privado, incluíble en la reserva protegible de la intimidad”¹⁰⁷.

VI. LA SINTONÍA DE LA REGULACIÓN CONSTITUCIONAL Y CIVIL RESPECTO A LA PROTECCIÓN DE LA MEMORIA DE LOS FALLECIDOS

En mi opinión, en contra de lo que pudiera desprenderse de una lectura precipitada del art. 4 LO 1/1982, existe una sintonía de la regulación constitucional y civil en el tema de la protección de la memoria de los fallecidos, que responde a la idea siguiente: un difunto, por definición, no tiene personalidad¹⁰⁸.

107 La STS 17 junio 2009 (RAJ 2009, 3403) entendió que existió una vulneración en el derecho al honor y en la intimidad familiar de una menor, como consecuencia de la emisión de unos reportajes en los que se atribuía a su padre un comportamiento infiel y una adicción al sexo. El TS considera que lo relevante es que información falsa, además sobre aspectos íntimos de la vida de su padre carentes de interés público, con el resultado de mostrarle públicamente como marido infiel e incumplidor de sus deberes conyugales, ofensa que, dada la divulgación dada, trasciende sin dudas a su hija, cuya consideración pública es lógico que resulte o pueda verse menoscabada por la imagen que se ha dado de su padre, y, con mayor razón, cuando, por ser menor, la imagen paterna es un referente fundamental en el proceso de formación de su personalidad. Decir finalmente que, siendo el honor y la intimidad derechos distintos, es perfectamente posible que una misma acción o conducta sea calificada como intromisión ilegítima en ambos derechos fundamentales”.

108 PERRAU, E.H.: “Des droits de la personnalité”, cit., pp. 526-530, trató extensamente, aunque, a mi parecer, con cierta confusión, de la cuestión de la intransmisibilidad sucesoria de los derechos de la personalidad. Sostuvo, así, que, si el patrimonio no se transmitía a los herederos por la muerte, los derechos de la personalidad, que no están incluidos en él, no se transmitían con él. No obstante, matizaba que la intransmisibilidad de los derechos del difunto no impedía a los herederos tener, por otros títulos, por su propia parte, derechos que nacían con ocasión de atentados producidos contra la personalidad de su causante. Sin embargo, parece claro que estaba presuponiendo que los que él llamaba herederos eran los parientes próximos del difunto, que experimentaban un perjuicio propio, por la muerte de éste, y que ejercitaban su acción, con fundamento en dicho perjuicio y no, en la calidad de titulares de un derecho del fallecido al resarcimiento, que les hubiera sido transmitido como parte de su herencia. Concretamente ilustraba su afirmación con el siguiente ejemplo: ciertos parientes supervivientes poseen, como propia, una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el autor de la muerte de su pariente. Más adelante, dice empero que debía concederse a los herederos (y parece que se refiere aquí a los sucesores “mortis causa”) una acción para proteger los vestigios, bastantes importantes del difunto, para merecer tutela jurídica: se refería, así, a sus despojos mortales, a su memoria y a sus obras literarias y artísticas, por entender que, cuando se producía un atentado contra ellos, la moral y el orden público exigían que fueran reprimidos y que, si dicho atentado, al mismo tiempo, no lesionaba la personalidad de los herederos, no permitiéndoles actuar en nombre del difunto, se suprimiría toda sanción, fuera de los casos en que el Ministerio Fiscal, tuviera facultad para perseguir el atentado. Ahora bien, al referirse el autor a la supresión de escritos difamatorios o lesivos de la memoria del fallecido y, concretamente, a la cesación o venta de la imagen

Parto de la premisa de que no cabe interponer un recurso de amparo contra actos de los poderes públicos lesivos de unos inexistentes derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen de un fallecido, porque, como se dijo por parte del TC en el *leading case* sobre la materia¹⁰⁹, estamos ante “derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad [...] Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”; en consecuencia: “una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad [...] lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional”; y reitera: “una vez fallecido el titular de ese bien de la personalidad, no existe ya un ámbito vital que proteger en cuanto verdadero objeto del derecho fundamental aun cuando pudieran pervivir sus efectos patrimoniales”¹¹⁰.

de aquél, observaba, con apoyo en la jurisprudencia del momento, que la acción correspondía a los parientes sobrevivientes (significativamente, no hablaba, aquí, de herederos).

En cualquier caso, en la doctrina científica francesa moderna está claramente aceptada la tesis de que los derechos de la personalidad se extinguen por la muerte de su titular. BEIGNIER, B.: “La vie privée: un droit des vivants”, *D* 2000, *Jur.*, 372, habla del mito de la vida privada póstuma y afirma que no existen derechos de los muertos. CARON, Ch.: “Les morts n’ont pas de vie privée”, *D* 2000, *Somm.*, p. 267, critica la ficción de la existencia de una personalidad póstuma y afirma que sólo las personas vivas tienen una vida privada; los muertos no tienen ya personalidad, lo que significa que no es posible atentar contra su vida privada, que es inexistente después de su muerte. Lo que sí admite el autor, en consonancia con algunas decisiones de la jurisprudencia francesa, es la posibilidad de que los herederos [a mi parecer, está presuponiendo que son los familiares] puedan accionar, cuando el maltrato de la vida privada del muerto comporte también un atentado a su propia vida privada. CORNU, G.: *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 11ª edición, Montschrestien, Paris, 2003, p. 248, observa que el derecho al respeto a la vida privada y a la imagen de una persona se extingue a la muerte, explicando que se trata de un efecto de los derechos de la personalidad, que, en cuanto tales, son intransmisible por causa de muerte. No obstante, con apoyo en algunas decisiones judiciales, el autor mantiene la posibilidad de que puede accionarse “post mortem” con fundamento en el principio de respeto a los muertos, lo que, según añade, no se trata del ejercicio de un derecho subjetivo, ni de la persona fallecida, ni de sus herederos, sino que deriva de un precepto de derecho objetivo, de un deber de decencia y de discreción que la ley y la costumbre inmemorial consagran de consuno.

109 STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

110 No obstante, la clara doctrina expuesta por la sentencia mencionada ha sido matizada por otros fallos posteriores, recaídos a propósito de la protección *post mortem* del derecho al honor, los cuales no excluyen que pueda interponerse un recurso de amparo en defensa de la memoria de un muerto. En este sentido se orientó la STC 43/2004, de 23 de marzo (RTC 2004, 43), FJ. 5º, la cual, no obstante, no estimó el concreto recurso de que conoció. El litigio tuvo su origen en un reportaje televisivo en el que se narraba la instrucción de un proceso penal en un consejo de guerra durante la guerra civil española, que terminó con el fusilamiento de la persona juzgada. En dicho reportaje se decía que en la condena a muerte había sido decisiva la declaración de ocho testigos, entre los que se encontraba el padre de los recurrentes, testigos que se habían presentado voluntariamente, afirmándose que “No tuvieron compasión”. Se produjo aquí un conflicto entre el derecho al honor y el derecho a la libertad científica, entendiendo el TC 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”. Apoyó esta preferencia en el interés general a la “formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática”, pero también en “el debilitamiento que para la protección de un derecho fundamental de la personalidad supone el hecho de la muerte”. Observó, así, que la libertad científica, en su variante historiográfica, “se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad, en el sentido constitucional del término [...] se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo y no puede oponerse, por tanto, como límite a la libertad científica con el mismo alcance e intensidad con el que se opone la dignidad de los vivos al ejercicio de las libertades de expresión e información de sus coetáneos”. La STC 51/2008, de 14 de abril (RTC 2008, 51), FJ. 6º, se incardinó en esta misma línea, de no excluir 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. Resalta, así, que “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 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”. El litigio tuvo su origen en un pasaje de

En esta sentencia de referencia, adecuadamente, marcó el contraste que en materia de protección de los derechos fundamentales de la personalidad (se refiere explícitamente a los derechos a la intimidad y a la propia imagen) existe en el ámbito constitucional y en el civil, observando que “si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo”.

La tutela civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen parece, en efecto, sobrevivir a la muerte del titular, ya que el art. 4 LO 1/1982, de 5 de mayo, dispone su protección *post mortem*, atribuyendo el ejercicio de la acción a la persona designada en testamento por la persona fallecida; en su defecto, al cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, que viviesen al tiempo de su muerte; y, a falta de todos ellos, al Ministerio Fiscal, durante un plazo de 80 años, a contar desde el fallecimiento.

La Exposición de Motivos de la referida Ley lo explica del siguiente modo: “Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última, que debe también ser tutelada por el Derecho”. Sin embargo, a mi parecer, lo que aquí se repara no es un daño moral por intromisión en el derecho al honor, intimidad o propia imagen de una persona, ya fallecida, lo que es un poco absurdo, ya que la muerte extinguió su personalidad (**ex** art. 32 CC); lo que se repara es el daño moral que experimentan los parientes más próximos, al haberse cuestionado la reputación de un familiar difunto, haberse desvelado datos privados o haberse utilizado la imagen del mismo sin el consentimiento de aquéllos.

A este respecto, hay que observar que es a los familiares, a quienes el art. 4 LO 1/1982 atribuye legitimación activa para ejercitar la acción; e igualmente, el art. 9.4 de la misma les señala como acreedores de la indemnización; y no, a los herederos del difunto, como, en cambio, establece el mismo precepto, en los casos

una novela sobre la transición política a la democracia en España, en la que se contenía la siguiente referencia explícita a un político, ya fallecido: “Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón M., hijo de María M., un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo”.

La STC 190/2013, de 18 de noviembre (RTC 2013, 190), FJ. 2º, ha vuelto a la tesis inicial (que comparto) de la imposibilidad de interponer un recurso de amparo en protección de los derechos fundamentales de la personalidad de fallecidos. Afirma, así, “aunque el recurrente acuda en amparo en defensa de su propio derecho y el de su difunta madre, nada cabe decir sobre la posible vulneración de éste último, sin perjuicio de que el objeto de este proceso, 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 sucesión procesal de la acción, ya ejercitada en vida de la persona fallecida en el curso del proceso¹¹¹. Acontece, pues, algo parecido a lo que sucede a propósito de la indemnización por causa de muerte, que según la tradicional jurisprudencia de la Sala Primera del TS, corresponde a los familiares próximos del difunto, por razón del daño moral que éstos experimentan al verse privados de su vida, y no a sus herederos, ya que el fallecido no pudo adquirir ningún derecho a percibir una indemnización por el hecho de su muerte, porque ésta extinguió su personalidad y, por lo tanto, su capacidad para ser titular de derechos y de obligaciones.

VII. DERECHOS DE LA PERSONALIDAD QUE NO SON DERECHOS FUNDAMENTALES: EL CASO PARADIGMÁTICO DEL DERECHO A LA VOZ

En este breve trabajo he tratado de proponer una categoría unitaria y transversal de los derechos fundamentales de la personalidad que intente integrar las dos visiones tradicionales, procedentes del Derecho Público y del Derecho Privado, la cual, obviamente, sólo es válida para aquellos derechos de la personalidad constitucionalmente protegidos, pues del mismo modo en que hay derechos fundamentales, que no recaen sobre la personalidad del ser humano¹¹², hay derechos de la personalidad, de creación doctrinal reciente, los cuales no han llegado a ser consagrados como derechos fundamentales por el constituyente, entre a los que, a mi parecer, hay que situar el derecho a la voz¹¹³.

El art. 7 LO 1/1982, al enumerar las intromisiones ilegítimas, en su número sexto, se refiere, no sólo a la utilización (hay que entender que no consentida) de “la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”, sino también al uso del “de la voz”. La dicción de este precepto nos da pie a preguntarnos si se puede hablar de un derecho de la personalidad a la propia voz, como se habla de un derecho de la personalidad al nombre, diverso del derecho a la propia imagen o, si, por el contrario, la norma ha de ser interpretada en el sentido

111 El art. 10 del Código civil italiano, contempla el abuso de la imagen de una persona fallecida, concediendo también a los familiares del difunto (padres, cónyuges e hijos) la facultad de accionar contra el infractor y de obtener una reparación de daños y perjuicios. Comentando esta norma, DE CUPIS, A.: *I diritti di la personalità*, cit., p. 119, afirma que con la muerte de la persona, el derecho a la propia imagen encuentra su fin, por lo que no se transmite a los familiares enumerados en el precepto, los cuales pueden actuar en virtud de un derecho nuevo, para defender su sentimiento de piedad hacia el difunto.

En el mismo sentido, GALGANO, F.: *Diritto civile*, cit., p. 165, afirma que no se regula un fenómeno de sucesión en un derecho de la personalidad, el cual es intransmisible, sino que se protege un derecho propio de los parientes, a saber, su sentimiento familiar.

112 Lo evidencia ROGEL VIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Studia Albortiana, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, p. 149.

113 No me refiero al derecho del nombre, al que la STC 167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013, 167), correctamente, ha incluido “dentro del conjunto de derechos de la persona”, pero, también (con manifiesta inconsistencia) “en el ámbito del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 CE”. Es evidente que el nombre nada tiene que ver con la “imagen”, regulada en dicho precepto constitucional, que ha sido “forzado” en aras de la justicia material.

de que, desde la perspectiva civil, haya que considerar como "imagen" la voz, además de la figura humana¹¹⁴.

Ciertamente que el artículo 18 de la Constitución no consagra un derecho fundamental a la propia voz, pero, desde mi punto de vista, ello no impide que dicho bien pueda ser considerado como el objeto de un derecho de la personalidad autónomo desde la óptica del Derecho civil¹¹⁵. En mi opinión del número sexto

114 En tal sentido se orienta, por ejemplo, ROVIRA SUEIRO, M.E.: *El derecho a la propia imagen*, cit., pp. 14-17, observando, sin embargo, que la ampliación del objeto del derecho desvirtúa el significado técnico y propio de la imagen.

115 La tesis que aquí se expone se manifiesta claramente el Código civil de Perú de 1984, que pasa por ser el que contiene una de las mejores regulaciones técnicas de los derechos de la personalidad. En su art. 15, se diferencia claramente, entre el derecho a la imagen y el derecho a la voz, dentro del título II del Libro Primero, dedicado a los "Derechos de las personas". Dice, así, que "La imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en ese orden".

En la jurisprudencia francesa es clara la consideración de la voz como un bien de la personalidad específico, objeto de protección autónoma, según resulta, por ejemplo, de las Sentencias del Tribunal de Gran Instancia de París, de 3 de diciembre de 1975 (D 1977 Jur., 211), de 11 de julio de 1977 (D 1977, Jur., 700) y de 19 de marzo de 1981 (D 1983, Jur., 147), Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 29 de junio de 1998 (JCP 1998-022460), y Sentencia de la Corte de Apelación de Pau, de 22 de enero de 2001 (JCP 2001-139823). Así, la Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 29 de junio de 1998 (JCP 1998-022460), afirma que la voz constituye, como la imagen, un atributo de la personalidad, de donde se desprende que la difusión, en el curso de una emisión radiofónica, de una conversación telefónica, está subordinada a la autorización de la persona concernida, incluso, aunque las palabras reproducidas no hagan referencia a su vida privada. La Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, de 29 de septiembre de 1999, consideró que no había existido intromisión ilegítima en los derechos a la imagen y a la voz de unos detenidos en su domicilio por tráfico de drogas, lo que había sido grabado en un reportaje televisivo sobre la actuación de la brigada de estupefacientes. La razón de esta decisión era que se habían ocultado sus rostros y distorsionado sus voces de manera que eran irreconocibles, pero ello no obsta al reconocimiento de un derecho a la propia voz.

Un importante sector de la doctrina científica francesa considera que, siendo la voz un elemento de identificación física de la persona, debe ser objeto de protección por un derecho de la personalidad autónomo. HUET-WEILLER, D.: "La protection juridique de la voix humaine", RTDC 1982, pp. 511-513, afirma, así, que la voz merece ser protegida por un verdadero derecho subjetivo, en cuanto elemento de la personalidad. En particular, sostiene su autonomía respecto del derecho a la vida privada, consagrado en el art. 9 del Code. Observa que, en caso contrario, se produciría un peligro, que hay que evitar, y que consistiría en lo siguiente: o bien los tribunales buscarían siempre la existencia de una intromisión en la intimidad, protegiendo más las palabras dichas que la voz misma; o, por el contrario, deseosos de proteger la voz a toda costa, se llegaría a una especie de "gimnasia intelectual" para poder afirmar que la utilización de la voz de una persona supone, en sí misma, un atentado a su vida privada. Concluye, observando que difundir o reproducir una voz sin el consentimiento del interesado es, pura y simplemente, robarle una parte de su personalidad. Sostienen, además, la existencia de un derecho a la propia voz, diverso al derecho a la propia imagen, entre otros, CORNU, G.: *Droit civil*, cit., p. 296; MAZEAUD, H., L., MAZEAUD, J., y CHABAS, F.: *Leçons de droit civil*, tomo I, volumen 2º, *Les personnes. La personnalité. Les incapacités*, 8ª edición por F. Laroche-Gisserot, Montschrestien, París, 1997, p. 390, y TEYSSIE, B.: *Droit civil. Les personnes*, 8ª edición, Litec, París, 2003, pp. 78-79.

En Alemania, a diferencia de lo que sucede con el derecho a la propia imagen, no existe una explícita consagración del derecho a la propia voz. Sin embargo, un importante número de autores considera la voz como un bien de la personalidad autónomo, que debe ser protegido a través de la categoría del "derecho general de la personalidad" y cuya lesión ilegítima debe lugar a la correspondiente indemnización, por aplicación del § 823 I BGB. HUBMANN, H.: *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición, Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1967, pp. 309-311, afirma que la voz es el más importante medio de expresión de la persona, en la medida en que, a través de ésta, exterioriza, no sólo sus pensamientos, sino también sus sentimientos y opiniones, y, en cuanto emanación de la personalidad, habla de un "Recht am gesprochenen Wort", que debe ser protegido a través de la categoría, elaborada por la doctrina y jurisprudencia germanas, del derecho general de la personalidad. En HUBMANN, H/ REHBINDER, M.: *Urheber- und Verlagsrecht*, cit., pp. 306-397, se reconoce también un derecho a la propia voz, distinto del derecho a la propia imagen, afirmándose que la voz humana es un bien de la personalidad, de donde resulta que las escuchas secretas de las conversaciones, en especial, de las telefónicas, son ilegales y que lo hablado no puede ser fijado en un soporte, ni ser dado a conocer a terceros, sin el consentimiento del que habla; y lo mismo, afirman, como regla general, de las transmisiones radiofónicas, a no ser que concorra un interés público, que justifique el conocimiento de una conversación. LARENZ, K/WOLF, M.: *Allgemeiner Teil*, cit., p. 156, consideran igualmente el derecho a la propia voz como una expresión del derecho general de la personalidad, observando que se prohíbe la grabación de la voz, sin el consentimiento de quien habla, y la consiguiente posibilidad de manipulación de la misma. Afirman que, en línea de principio, no está permitido publicar palabras dichas en la

del artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982 no se deduce que la noción de “imagen” contemplada en la misma sea distinta a la del artículo 18 de la Constitución. No se trata, a mi entender, de que, desde la perspectiva civil, haya que considerar como “imagen” el nombre o la voz, además de la figura humana, sino que lo que sucede es que la tutela civil, no sólo se extiende a la “imagen”, sino igualmente a otros atributos de la persona, que también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identifican al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objetos de un derecho, distinto al de la propia imagen. Su lesión dará lugar al correspondiente resarcimiento del daño moral, porque es éste un efecto expresamente previsto por el legislador civil, pero, en ningún caso, podrá dar lugar a un recurso de amparo, porque falta un expreso reconocimiento de un derecho fundamental al propio nombre o a la propia voz.

Estimo que es artificioso distinguir una doble vertiente, visual y sonora, de la imagen¹¹⁶, desnaturalizando, así, su concepto, para incluir en él, no sólo la

esfera privada e íntima, ni realizar escuchas secretas, por ejemplo, a través del teléfono, como tampoco poner en boca de una persona palabras que nunca ha dicho, provocando, por este medio, una falsa opinión en el público. LEHMANN, H.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, en Lehrbücher und Grudrisse der Rechtswissenschaft*, volumen I, 16ª edición a cargo de H. Hübner, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966, p. 432, trata también del derecho a la propia voz, separadamente del derecho a la propia imagen, considerando “das Recht am gesprochenen Wort” una concreta manifestación del derecho general de la personalidad. Dice, así, que cada uno tiene el derecho a que su propia voz no sea reproducida o distorsionada, sin su consentimiento; de donde resulta que una grabación secreta representa una lesión de un bien de la personalidad, en el sentido del § 823 I “BGB”. SIEBERT, W.: *Persönlichkeitsrecht, Namensrecht, Zeichenrecht, Erläuterungen zu 12 § BGB*, W. Kohlhammer Verlag, Stuttgart, 1959, p. 18, trata igualmente del derecho a la voz separadamente del derecho a la propia imagen, encuadrándolo dentro de lo que denomina “das Recht auf Individualität”, que protege la esfera individual y privada de la persona. Afirma el autor que la grabación de una conversación merece la misma consideración que la reproducción de una imagen, y que, en la medida en que la voz refleja la individualidad del que habla, a éste le corresponde la exclusiva decisión de determinar quién puede oír la palabra por él dicha.

La misma idea de que la voz merece ser objeto de una protección específica se encuentra en algún autor italiano que escribió antes de la promulgación del vigente Código civil de 1942. MUSATTI, A.: “Specificazione e personalità”, *Riv. Dir. Comm.* 1913, II, pp. 317-318, afirmaba que el rostro de una persona no era más íntimo a su ser individual que su voz y que la protección que el Derecho, instintivamente, siente que debe otorgar a la imagen no debía negarse a la voz. Añadía, además, que no cabe un derecho de un tercero a mi voz, contra mi voluntad; y tampoco el simple poder de “rificarla viva”, en palabras o cantos. El art. 10 de dicho Código afirma que cuando la imagen de una persona o de los padres, cónyuge o hijos haya sido expuesta o publicada fuera de los casos en que es consentida por la ley o bien con perjuicio del decoro o la reputación de la persona misma o de sus familiares la autoridad judicial, a petición del interesado podrá disponer el cese del abuso, quedando a salvo el resarcimiento de los daños. En realidad, si bien se mira, el precepto no consagra un derecho autónomo a la propia imagen, sino que reconduce su protección a la posible vulneración del derecho al honor de la persona, cuya imagen se expone o publica. Sin embargo, la doctrina científica italiana, partiendo de esta norma ha construido una categoría general del *diritto alla riservatezza*, en la que incluye un específico derecho a la propia imagen y también, según algunos autores, a la propia voz. DE CUPIS, A.: *I diritti di personalità*, cit., p. 120, habla de un derecho a la voz, como una manifestación del derecho a la “riservatezza”. Hay que precisar, sin embargo, que, con ello, el autor no pretende admitir la licitud de las reproducciones de voz no consentidas, cuando éstas no desvelen aspectos de la vida privada, sino que lo quiere expresar es la idea de que la voz el algo tan “íntimo” que la persona debe tener la facultad de permitir o prohibir su reproducción. Dice, así, que la reproducción de la voz, no consentida, debe considerarse ilegítima, ya que en ella está impresa su personalidad individual, como lo está en la imagen; el procedimiento análogo –concluye– permite al intérprete construir un derecho de la personalidad a la voz al lado del derecho a la imagen. Más recientemente, BIANCA, M.: *Diritto civile*, I, *La norma giuridica. I sogetti*, 2ª edición, Giuffrè, Milano, 2002, p. 187, afirma que, aún a falta de una específica mención legislativa debe admitirse también que la voz, semejantemente a lo que acontece con la imagen, constituye una manifestación de la persona que exige ser tutelada en razón de la exigencia general de protección de la intimidad personal.

116 Con ello, observa HUET-WEILLER, D.: “La protection”, cit., pp. 512-513, en un trabajo capital, se trata de buscar analogías, más o menos “tramposas”, entre la imagen y la voz, proponiendo el autor un reconocimiento autónomo de un derecho de la personalidad sobre la propia voz.

representación gráfica de la figura humana, sino también la representación oral de la voz¹¹⁷. La voz merece ser protegida por un específico derecho de la personalidad, en tanto que constituye un elemento de identificación de la persona¹¹⁸, distinto de la imagen¹¹⁹. No se trata aquí del derecho de propiedad intelectual sobre las obras del ingenio, que son una creación del espíritu, de la cual la voz puede ser un soporte¹²⁰, sino de un verdadero derecho de la personalidad, que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, entendida ésta como un atributo de su personalidad¹²¹, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable¹²².

117 Dicha desnaturalización se refleja en el trabajo de BECOURT, D.: "Nota a la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris, de 3 de diciembre de 1975", *SJ/G 1978, Jur.*, II, n° 19002.

118 Es ilustrativo el supuesto contemplado por la Sentencia de la Corte de Apelación de Paris, de 25 de noviembre de 1992 (JCP 1992-023710), la cual consideró que constituía un atentado a la vida privada la emisión en televisión de un programa dedicado a las prostitutas en el rol de madres de familia, de la imagen y voz de una mujer, que había dado su autorización para ello, siempre que no se revelara su identidad. Sin embargo, en el reportaje, si bien se había velado su rostro, en cambio, no se había distorsionado su voz, por lo que podía ser reconocida, principalmente, por los miembros de su familia.

119 HUET-WEILLER, D.: "La protection", cit., p. 511.

120 HUET-WEILLER, D.: "La protection", cit., p. 500.

121 La reproducción de la voz no consentida, frecuentemente (aunque, no siempre), comportará una lesión simultánea del derecho a la intimidad, que deberá ser tenida en cuenta a efectos de la valoración del daño moral. La Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris, de 11 de julio de 1977 (D 1977, Jur., 700) afirma que la voz constituye un atributo de la personalidad, considerando que era reprochable, como atentado al derecho al respeto a la vida privada, el uso, para fines comerciales (venta de un casete), de la voz de un personaje público y notorio (un conocido presentador de radio-televisión), captada ilícitamente en el curso de una conversación telefónica de carácter privado. Igualmente es de interés la Sentencia del mismo Tribunal, de 19 de marzo de 1981 (D 1983, Jur., 147). El caso litigioso giraba en torno a la reproducción en una cadena de televisión de dos fragmentos de obras líricas, cantados por María Callas, los cuales habían sido captados sin el conocimiento de la artista durante una prueba que había hecho en el teatro de los Campos Elíseos, famoso por su acústica, con la sola presencia de su chofer y dama de cámara, con el fin de verificar si conservaba sus extraordinarias cualidades vocales. Callas llegó a la conclusión de que no las conservaba y dejó de cantar hasta el momento de su muerte, acaecida un año después. Los fragmentos fueron reproducidos en un programa dedicado a la soprano, como prueba de que había conservado intacta su voz, para acallar los rumores de que al final de su vida la había perdido. Sin embargo, la madre y hermana de la cantante interpusieron una demanda de resarcimiento de daños y perjuicios, por haberse reproducido la voz de la artista sin su consentimiento. El Tribunal llegó a la conclusión de que, al ser la voz un atributo de la personalidad, una especie de imagen sonora, su difusión sin autorización especial y expresa, había sido culpable, condenando al secretario general del teatro, que había realizado la grabación ilícitamente y posteriormente la había entregado a la televisión, a pagar una indemnización simbólica de 1 franco a los herederos de María Callas, explicando el carácter simbólico de la indemnización en la constatación de que se había perseguido un fin cultural y de que no había existido ánimo de perjudicar la memoria de la soprano, sino todo lo contrario.

122 Es ilustrativa la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris, de 3 de diciembre de 1975 (D 1977 Jur., 211). En el origen de la litis se halla la demanda interpuesta por un artista, Claude Pieplu, muy conocido en Francia, porque ponía su voz en una emisión diaria de dibujos animados en la televisión. La demanda se interpuso contra un anuncio televisivo, de una marca de calcetines, que aparecía comentado por una voz que imitaba la suya con tal perfección, que los telespectadores creían que era el propio Pieplu, quien hablaba. El Tribunal estimó la pretensión resarcitoria del artista, declarando que, constituyendo la voz uno de los atributos de la personalidad, toda persona tiene derecho a prohibir que se la imite, en condiciones susceptibles de crear una confusión de personas o de causarle un perjuicio.

Deben, en cambio, ser toleradas aquellas imitaciones de la voz de personajes públicos, realizadas por artistas mediante parodias, en las que no se induzca a ningún tipo de confusión, siempre que no lesionen su derecho al honor; ni tengan un carácter puramente comercial o crematístico. Así lo ha reconocido la Sentencia de la Corte de Casación francesa, de 12 de enero de 1988 (BC 1988, I, 5), lo que, en mi opinión, puede también sostenerse en nuestro Derecho, a través de una aplicación analógica del artículo 8.11.b) de la Ley Orgánica 1/1982, asimilando dichas parodias a las caricaturas. A este respecto es destacable la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris, de 24 de enero de 1990 (JCP 1990-040512). En ella se rechazó la demanda de reparación, basada en una emisión satírica de televisión, en la que aparecían miembros de una familia principesca y en la que se hacían

escuchar gritos de mujer, que se hacían pasar por sus voces. El Tribunal argumentó que dicha emisión era conocida por su carácter sistemáticamente provocador y fantasioso, lo que excluía que el público pudiera tomar en serio las palabras puestas en boca de los personajes representados.

VIII. BIBLIOGRAFIA

ACQUARONE, D.: "L'ambiguité du droit à l'image", *D* 1985 *Chr*, pp. 132-136.

ALEXY, R.: *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción del alemán por E. Garzón Valdés), Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: "Autonomía privada y derechos fundamentales", *ADC*, 1993, pp. 57-122.

AMAT LLARI, E.: *El derecho a la imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992.

AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: si identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997.

BALLARÍN IRIBARREN, J.: "Derechos fundamentales y relaciones entre particulares (la *Drittwirkung* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)", *REDC*, 1988, núm. 24, pp. 283-318.

BARNET, R.: "At a crossroads: the right of publicity in the United States", *Revue internationale du droit d'auteur*, 1994 (160), pp. 4-89.

BECOURT, D.: "Nota a la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de Paris, de 3 de diciembre de 1975", *SJ/G* 1978, *Jur.*, II, n° 19002.

BEIGNIER, B.: "La vie privée: un droit des vivants", *D* 2000, *Jur.*, 372.

BIANCA, M.: *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, 2ª edición, Giuffrè, Milano, 2002.

BLASCO GASCÓ, F.: *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Bosch, Barcelona, 2008.

BERTRAND, A.: *Droit à la vie privée et droit à l'image*, Litec, Paris, 1999.

BUSTOS PUECHE, J.E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, 2ª edición, Dykinson, Madrid, 2008.

CABEZUELO ARENAS, A.L.: *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "La protección del derecho a la imagen en el Derecho italiano", *Revista Boliviana de Derecho*, 2013, pp. 180-199.

CARON, Ch.: "Les morts n'ont pas de vie privée", *D* 2000, *Somm.*, p. 267.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, julio-agosto, pp. 5-62.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, L.H.: "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, intimidad y a la propia imagen", AA.VV., *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pp. 341-382.

CORNU, G.: *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 11ª edición, Montschrestien, Paris, 2003.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.: "La protección de la personalidad en el Derecho Privado", *Revista de Derecho Notarial*, 1974, pp. 7-142.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Los llamados derechos de la personalidad. Dos estudios provisionales", *Anuario de Derecho Civil*, 1959, pp. 1237-1275.

DE CUPIS, A.: *I diritti della personalità*, Giuffrè, Milano, 1950.

DÍEZ DÍAZ, J.: "¿Derechos de la personalidad o bienes de la persona?", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. 1963, pp. 858-901.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, L.: *Sistema de Derecho civil*, volumen 1º, *Introducción, Derecho de la Persona. Autonomía Privada. Persona Jurídica*, 11ª edición, Tecnos, Madrid, 2003.

FERRARA, L.: *Il diritto sulla propria immagine nel nuovo Codice civile e nella legge sul diritto d'autore*, Edizioni Italiane, Roma, 1942.

GALGANO, F.: *Diritto civile e commerciale*, volumen 1º, *Le categorie generali. Le persone. La proprietà*, 2ª edición, Cedam, Padova, 1990.

GARCÍA TORRES, J., y JIMÉNEZ BLANCO, A.: *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Civitas, Madrid, 1986.

GOUBEAUX, G.: *Traité de droit civil*, dirección J. Ghestin, *Les personnes*, LGD, Paris, 1989.

HERCE DE LA PRADA, V.: *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de difusión*, Bosch, Barcelona, 1994.

HUBMANN, H.: *Das Persönlichkeitsrecht*, 2ª edición, Böhlau Verlag, Köln, Graz, 1967.

HUBMANN, H.: *Urheber- und Verlagsrecht*, 8ª edición continuada por M. REHBINDER, C.H. Beck'she Verlangsbuchhandlung, München, 1998.

HUET-WEILLER, D.: "La protection juridique de la voix humaine", *RTDC* 1982, pp. 497 y ss.

DE LA MAZA GAMURRI, I.: "La explotación comercial no consentida de la imagen: El derecho de publicidad (*right of publicity*) en el caso estadounidense", en AA.VV., *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 181 y ss.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen autorizadas por la Ley", en AA.VV.: *El derecho a la imagen desde todos los puntos de vista* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y VIDAL ALONSO, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (I): el interés público de la noticia", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y VIDAL ALONSO, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (II): el requisito de la veracidad", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y VIDAL ALONSO, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de información (III): la doctrina del reportaje neutral", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R., y VIDAL ALONSO, J.: "Colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

LARENZ, K.: "El derecho general de la personalidad en la jurisprudencia alemana", traducción por J. Santos Briz, *Revista de Derecho Privado*, 1963, pp. 639-645.

LARENZ, K.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8ª edición continuada por M. WOLF, C.H. Beck'she Verlangsbuchhandlung, München, 1997.

LEHMANN, H.: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches*, en *Lehrbücher und Grudrisse der Rechtswissenschaft*, volumen I, 16ª edición a cargo de H. Hübner, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1966.

LOISEAU, G.: "Droit à l'image et caricature", *SJ* 1998, II, pp. 922 y 923.

LÓPEZ JACOISTE, J.J.: "Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil*, 1986, pp. 1059-1120.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, T.: "El derecho al honor de las personas jurídicas", en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (coordinador J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Cizur Menor, 2007.

MARTÍNEZ ROCAMORA, L.G.: "El principio de igualdad en la relación de trabajo (Un apunte sobre la eficacia *inter privatos* del artículo 14 de la Constitución)", *Actualidad Laboral*, 1996, núm. 3, pp. 613-637, y pp. 639-656.

MADRIDEJOS SARASOLA, J.: "Los derechos personalísimos", *Revista de Derecho Privado*, 1962, pp. 270-285.

MALAUURIE, Ph. y AYNÉS, L.: *Droit des Personnes. La protection des mineurs et des majeurs*, 8ª ed., LGDJ, Paris, 2015.

MAZEAUD, H., L., MAZEAUD, J., y CHABAS, F.: *Leçons de droit civil*, tomo I, volumen 2º, *Les personnes. La personnalité. Les incapacités*, 8ª edición por F. Laroche-Gisserot, Montschrestien, Paris, 1997.

MOLINA NAVARRETE, C.: "Bases jurídicas y presupuestos políticos para la eficacia social inmediata de los derechos fundamentales (El paradigma de la *Drittwirkung* laboral a propósito de la reciente jurisprudencia constitucional)", *RTSS*, 1991, núm. 3, pp. 63-106.

MURILLO DE LA CUEVA, P.L.: "El derecho a la intimidad", en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

MUSATTI, A.: "Specificazione e personalità", *Riv. Dir. Comm.* 1913, II, pp. 317-318.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X.: "Honor, intimidad y propia imagen en la jurisprudencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo", en AA.VV.: *Honor, intimidad y propia imagen*, "Cuadernos de Derecho Judicial", Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

PÉREZ LUÑO, A.E.: *Los derechos fundamentales*, 6ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.

PÉREZ TREMPES, P.: "Los derechos fundamentales", en AA.VV., *Derecho Constitucional*, vol. I, *El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

PERRAU, E.H.: "Des droits de la personnalité", *RTDC*, 1911.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J.: "La inviolabilidad del domicilio y los controles administrativos. Especial referencia a las empresas", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 30, 1990, pp. 41-64.

RAVANAS, J.: "Affaire Érignac: information et vie privée", *SJ* 2001, II, p. 10488.

RICCA-BARBERIS, M.: "Sulla capacità a disporre dell'immagine", *Riv. Dir. Comm.* 1904, I.

RIVERO HERNÁNDEZ, F.: "Derechos al honor, a la intimidad y a la imagen. Identificación de la persona", en Lacruz Berdejo, J.L. y otros: *Parte general del Derecho civil*, volumen 2º, *Personas*, Bosch, Barcelona, 1992.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A.Mª: "Derecho al honor y persona jurídica", en AA.VV.: *Derecho al honor: tutela constitucional, responsabilidad civil y otras cuestiones* (coord. J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., y FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mª F.: *Igualdad y discriminación*, Tecnos, Madrid, 1986.

ROGELVIDE, C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, *Studia Albornotiana*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.

ROVIRA SUEIRO, M.E.: *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada 2000.

SARAZA JIMENA, R.: *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995.

SIEBERT, W.: *Persönlichkeitsrecht, Namensrecht, Zeichenrecht, Erläuterungen zu 12 § BGB*, W. Kohlhammer-Verlag, Stuttgart, 1959.

STOUFFLET, J.: "Le droit de la personne sur son image (Quelques remarques sur la protection de la personnalité)", *SJ* 1957, I, n. 1374.

TEYSSIÉ, B.: *Droit civil. Les personnes*, 8ª edición, Litec, Paris, 2003.

VALDÉS DAL-RÉ, F.: "Poderes del empresario y derechos de la persona del trabajador", *RL*, 1990, núm. 8, pp. 277-294.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984.



LA APLICACIÓN DEL DERECHO AL OLVIDO EN
ESPAÑA TRAS LA STJUE GOOGLE CONTRA AEPD Y
MARIO COSTEJA

THE IMPLEMENTATION OF THE RIGHT TO BE
FORGOTTEN IN SPAIN AFTER THE CJUE DECISION ON
GOOGLE VS AEPD AND MARIO COSTEJA

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 112-133



Juan María
MARTÍNEZ
OTERO

ARTÍCULO RECIBIDO: 1 de septiembre de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de septiembre de 2016

RESUMEN: El presente artículo analiza el modo en que el derecho al olvido se está configurando en España, tras el importante pronunciamiento del TJUE en el caso Google contra AEPD y Mario Costeja. Para ello, tras resumir brevemente la famosa sentencia del TJUE, se estudian las primeras sentencias recaídas en nuestro país en materia de derecho al olvido, tanto de la Audiencia Nacional como del Tribunal Supremo. El artículo subraya las cuestiones que todavía plantean ciertas divergencias interpretativas a la hora de aplicar el conocido como derecho al olvido.

PALABRAS CLAVE: Derecho al olvido, buscadores de Internet, Google, protección de datos, cancelación de datos.

ABSTRACT: The present article analyzes how the right to be forgotten is taking shape in Spain, after the important statement of the ECJ in the case Google vs AEPD and Mario Costeja. After a brief summary about the ECJ's famous ruling, the first resolutions of the Spanish Courts in relation with the right to be forgotten are analyzed. The article highlights the issues that are still open to discussion in daily application of this right.

KEY WORDS: Right to be forgotten, Internet search engines, Google, data protection, cancellation of data.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL: AGENTES IMPLICADOS Y DERECHOS EN LIZA. III. LA STJUE GOOGLE CONTRA AEPD Y MARIO COSTEJA: LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS LATENTES EN EL PROCESO. 1. Aplicabilidad de la normativa española. 2. La responsabilidad del tratamiento. 3. ¿Existe un interés legítimo en el tratamiento? IV. PRIMEROS ECOS JURISPRUDENCIALES EN ESPAÑA. 1. Primer grupo de sentencias de la Audiencia Nacional. 2. La disparidad de criterios respecto de la legitimación pasiva en las jurisprudencias civil y administrativa. 3. La responsabilidad de los editores. V. LA RESPUESTA DE GOOGLE. VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Dos años después de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el caso Google contra la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja, los perfiles del llamado derecho al olvido y la forma de ejercitarlo se van clarificando¹. El presente estudio pretende analizar cómo se está configurando en la práctica en nuestro país este derecho, manifestación del derecho fundamental a la protección de datos personales.

Para ello, partiremos de una breve exposición acerca de qué tipo de conflictos pretende resolver el derecho al olvido; posteriormente, se resumirá el caso Google contra la AEPD y Mario Costeja, presentando las principales posiciones existentes en relación con la cancelación de datos o enlaces a los mismos en Internet; en tercer lugar, se expondrá cómo ha acogido la jurisprudencia nacional los criterios sentados por el Tribunal Europeo, señalando qué aspectos han sido pacíficamente aceptados, y cuáles todavía se mantienen abiertos al debate; finalmente, se explicará la respuesta que Google ofrece a los usuarios para hacer efectivo su derecho al olvido.

Confiamos en que este repaso por las resoluciones jurisdiccionales recientes, tanto europea como españolas, contribuya a la mejor comprensión del derecho al olvido, en este momento temprano de su desarrollo en el que todavía nos encontramos.

¹ STJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 en el asunto C-131/12, en el procedimiento entre Google Spain, S. L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González.

• Juan María Martínez Otero

Es profesor de Derecho de la Comunicación en la Universidad CEU – Cardenal Herrera. Su principal área de estudio es la regulación de los medios de comunicación y de las tecnologías digitales, en relación con la protección de los derechos fundamentales. Ha sido asesor del Parlamento español en cuestiones relativas a la protección de los menores en el entorno audiovisual. Ha realizado estancias de investigación en diferentes universidades, como Oxford o Cambridge. Entre sus publicaciones, cabe destacar *La protección jurídica de los menores en el entorno audiovisual*. Respuestas desde el Derecho a los desafíos de los nuevos medios audiovisuales y digitales, Thomson Reuters - Aranzadi, 2013.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL: AGENTES IMPLICADOS Y DERECHOS EN LIZA

A fin de hacer una aproximación lo más sistemática posible al llamado derecho al olvido y sus implicaciones legales, resulta oportuno esclarecer de inicio quiénes son los agentes implicados en estos conflictos, y cuáles son los intereses y derechos subjetivos en liza.

La problemática en torno al derecho al olvido suele surgir en relación un contenido publicado en Internet por un editor que, al ser indexado por un buscador, alcanza una gran difusión, y afecta de forma negativa a la persona mencionada. De este modo, podemos subrayar que las personas implicadas son cuatro:

1. Editor. Es quien ha publicado en Internet la información que se considera intempestiva y perjudicial por el afectado.

2. Motor de búsqueda. Es la persona jurídica cuya actividad empresarial consiste en clasificar y mostrar ordenado el contenido de Internet a sus usuarios. Normalmente lo hace mediante la presentación del contenido en una lista de resultados adaptada a las búsquedas de los usuarios. El buscador de mayor impacto en nuestro país es sin lugar a dudas Google. Sin embargo, existen otros motores de búsqueda con amplia aceptación, como Bing o Yahoo.

3. Internauta. Es la persona que navega por Internet y accede a la información publicada por el editor, bien directamente, bien a través de la lista de resultados ofrecida por el buscador.

4. Afectado o protagonista del mensaje. Es la persona que resulta mencionada en el contenido, que ve afectados sus derechos por el mismo, y que por ello pretende la remoción del contenido o del enlace al mismo.

Tras haber identificado a los sujetos implicados, es oportuno mencionar qué derechos son ejercidos y afectados en estas situaciones. En primer lugar, el editor que publica un contenido ejerce los derechos comunicativos en su dimensión emisora. Dependiendo de la naturaleza del mensaje –objetiva o subjetiva-, estará ejerciendo el derecho a la información o la libertad de expresión. Por su parte, el internauta que busca y accede a un contenido ejerce los derechos comunicativos en su dimensión pasiva. Dichos derechos vienen reconocidos en el artículo 20.1 a y d de la Constitución Española. El buscador ejerce, sin lugar a dudas, su derecho constitucional a la libertad de empresa (art. 38 CE), aunque cabría preguntarse si su tarea no supone igualmente un ejercicio de los derechos comunicativos, habida cuenta de su protagonismo en la efectiva difusión y acceso a un determinado mensaje. Por lo que respecta al afectado, éste puede ver vulnerados varios de sus

derechos constitucionales: la protección de datos personales (art. 18.4° CE), el honor, la intimidad y la propia imagen (art. 18 CE), su derecho a la integridad física o psíquica (art. 15 CE), y su derecho al libre desarrollo de la personalidad².

El principal conflicto de derechos que el derecho al olvido trata de solventar es el que enfrenta los derechos del editor, el buscador y el internauta, con los derechos del afectado. El editor y el internauta, al publicar o acceder a la información, ejercen sus derechos comunicativos. El buscador, por su parte, al ordenar los resultados ejerce el derecho a la libertad de empresa, y a mi entender, también el derecho a la información en su vertiente pasiva (si bien este último extremo es discutido desde posiciones doctrinales y jurisprudenciales, como veremos más adelante). El afectado esgrime su derecho a la protección de datos, normalmente en relación con su derecho a la intimidad y al honor.

Es criterio jurisprudencial y doctrinal sentado que no existen derechos absolutos, de modo que cuando existe una colisión o conflicto entre ellos, es preciso realizar una ponderación para ver qué derecho debe prevalecer en cada caso³. En el caso que nos ocupa, se trata de valorar si es preferible preservar la accesibilidad de la información en la Red, o proteger los derechos de la persona afectada.

Si respecto del diálogo entre el derecho a la protección de datos y los derechos comunicativos no existe una jurisprudencia extensa, no cabe decir lo mismo de la relación entre estos últimos con el honor, la intimidad y la propia imagen⁴. Estos conflictos han sido prolijamente tratados por nuestro intérprete constitucional, que ha acrisolado durante lustros una valiosa jurisprudencia al respecto. Dichos criterios resultan de plena aplicabilidad al conflicto de derechos que aquí nos ocupa. Básicamente, dos son las piedras de toque para determinar cuándo han de prevalecer los derechos comunicativos: la veracidad de las afirmaciones, y su interés público. En efecto, para estar constitucionalmente protegido, cualquier mensaje objetivo deberá ser veraz, lo que significa que deberá haber sido mínimamente contrastado⁵. Aquellos mensajes informativos no contrastados, emitidos sin el mínimo de diligencia exigible, no gozarán pues de protección constitucional. Junto con ello, la protección debida a los derechos comunicativos será directamente proporcional a su interés público, en

2 En nuestro entorno, ha sido Simón Castellano quién ha subrayado la intrínseca conexión entre el derecho al olvido y el derecho a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad. SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 116 y ss.

3 El carácter limitado de los derechos fundamentales fue reconocido muy tempranamente por la jurisprudencia constitucional. Así, la STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11), señala en su F.J. 7º: "ningún derecho, ni aún los de naturaleza o carácter constitucional, pueden considerarse como ilimitados".

4 Los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen han sido desarrollados fundamentalmente mediante 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.

5 Las principales sentencias que se han ocupado de concretar el alcance de la expresión información veraz son: SSTC 172/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 172); 178/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 178); 138/1996, de 16 de septiembre (RTC 1996, 138).

función de la materia o las personas de las que el mensaje trate⁶. Como se tendrá ocasión de abordar más adelante, estos criterios han sido empleados por el TJUE para decidir cuándo será legítimo esgrimir el derecho al olvido y cuándo no.

En cuanto al derecho a la protección de datos, resulta necesario antes de seguir adelante delimitar mínimamente su alcance legal, teniendo en cuenta que será el principal derecho que el afectado va a esgrimir con el fin de ver eliminado el contenido de la Red. Este derecho reconoce a su titular la llamada autonomía o autodeterminación informativa, consistente en la capacidad de decidir en cada momento qué información personal será revelada, a quién y con qué objetivo⁷. Los principios rectores para el tratamiento de datos consagrados en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (LOPD) son la veracidad, la temporalidad, la pertinencia y el consentimiento⁸. De todos ellos, reviste una particular importancia este último, consistente en la obligación de quien hace un tratamiento de datos de contar con el consentimiento del afectado, salvo en casos muy tasados previstos en el propio texto legal⁹. En cuanto a los derechos del afectado, la LOPD le reconoce el derecho a la información sobre la existencia y las características del fichero, el derecho de acceso a los datos, y los derechos de oposición y cancelación¹⁰. Son estos derechos de oposición y cancelación los que se ejercitan cuando se exige el derecho al olvido.

Para concluir este apartado, valgan unas líneas respecto al derecho a la libertad de empresa, derecho ejercido por el buscador y que es amparado en el artículo 38 de la Constitución. Al tratarse de un derecho reconocido en la parte programática del texto constitucional, el derecho a la libertad de empresa cede en caso de conflicto con un derecho fundamental. Así, cuando se trate de ponderar el derecho a la libertad de empresa de Google u otro buscador con el derecho a la protección de datos de un sujeto particular, la balanza se decantará normalmente hacia la protección del derecho del particular. En cualquier caso, desde ciertas posiciones doctrinales se defiende que el buscador también ejerce el derecho a la información, de forma que la resolución del conflicto entre el buscador y el interesado no resulta tan sencilla.

Tras estos sencillos trazos sobre qué tipo de conflictos el derecho al olvido pretende resolver, y cuáles son los sujetos y los derechos implicados, procedemos a resumir brevemente el debate sobre el derecho al olvido que precedió a la sentencia

6 El concepto de interés público ha sido tratado, entre otras, en las SSTC 178/1993, de 31 de mayo (RTC 1993, 178), FJ. 2º; 121/2000, de 10 de mayo (RTC 2000, 121), FJ. 4º; y 52/2002, de 25 de febrero (RTC 2002, 52), FJ. 8º

7 DE TERWANGNE, C.: "Privacidad en Internet y derecho a ser olvidado / derecho al olvido", *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, p. 55.

8 Arts. 4 y ss. LOPD.

9 Art. 6.2º LOPD.

10 Estos derechos son conocidos como los derechos ARCO. Están reconocidos en los artículos 5.1º.e y 17 LOPD.

STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja, explicando cuál fue la posición asumida por el tribunal europeo.

III. LA STJUE GOOGLE CONTRA AEPD Y MARIO COSTEJA: LAS PRINCIPALES CONTROVERSIAS LATENTES EN EL PROCESO

Como es sabido, el *leading case* mediante el que el TJUE ha configurado el derecho al olvido es el caso de Google contra AEPD y Mario Costeja. Veamos brevemente qué motivos llevaron a Mario Costeja a solicitar el derecho al olvido, y el modo en que se desarrolló el caso.

En el año 1998 el Diario La Vanguardia publicó por orden de la Tesorería de la Seguridad Social dos anuncios sobre una subasta de inmuebles del señor Costeja, subasta que se realizaba para hacer frente a impagos con la Seguridad Social. La publicación, prevista por Ley, era indudablemente incómoda para el interesado, pero plenamente legal e idónea para publicitar la subasta. El problema surge progresivamente, cuando la subasta comienza a ser cosa del pasado, pero los anuncios publicados en el periódico –una vez digitalizada la hemeroteca del periódico – son indexados por Google y ofrecidos en la lista de resultados para las búsquedas asociadas al nombre del empresario. Aquí se encuentra el nervio del debate en torno al derecho al olvido: en el carácter intempestivo de informaciones que en su día fueron veraces y de interés público, pero que progresivamente dejan de serlo¹¹. Sin embargo, la memoria total de Internet y el poder de los buscadores impiden que dicha información se deslice hacia el olvido. Volviendo al señor Costeja, más de una década después del embargo solicitó tanto a La Vanguardia como a Google la retirada de Internet del contenido y los enlaces, a fin de preservar su honor y la protección de sus datos en la Red. Ante la negativa del diario y del buscador, Costeja interpuso una reclamación ante la AEPD, que estimó su pretensión en relación con Google, al tiempo que la desestimó en relación con La Vanguardia¹². Por su parte, Google interpuso un recurso ante la Audiencia Nacional, que antes de resolver sobre el fondo del asunto trasladó una serie de cuestiones prejudiciales al TJUE en relación con la correcta interpretación de la normativa comunitaria. Las preceptivas conclusiones del Abogado General, que fueron publicadas el 25 de junio de 2013, se mostraron abiertamente contrarias al derecho al olvido. Empero, y rompiendo el tradicional seguidismo del Tribunal respecto de las conclusiones de los Abogados Generales, la STJUE de 13 de mayo se mostró favorable al mismo, y reconoció la obligación de Google de retirar el acceso a determinados contenidos para garantizar

11 En efecto, normalmente los contenidos que pretenden suprimirse son informaciones pretéritas, cuya publicación estuvo justificada en un momento dado del pasado, pero que han perdido actualidad, y cuya inmediata disponibilidad en Internet el interesado considera excesivamente gravosa.

12 Resolución 898/2010, de 24 de mayo.

así el conocido como derecho al olvido¹³. El 29 de diciembre de 2014 la Audiencia Nacional pronunció su fallo sobre el caso Costeja, aplicando los criterios ofrecidos por el TJUE y reconociendo a Mario Costeja su derecho a exigir la retirada de los enlaces del buscador americano¹⁴.

Las cuestiones más importantes sobre las que se pronunciaron tanto el Abogado General como la Sentencia son las siguientes:

1. ¿Resulta aplicable la normativa de protección de datos española a la actividad de Google, buscador sito en Estados Unidos?

2. En caso de que la normativa española resulte de aplicación, ¿quién es el responsable del tratamiento: el editor o el buscador?

3. En caso de que exista un tratamiento de datos sujeto a la normativa española, ¿concurren intereses legítimos que justifican un tratamiento sin consentimiento del afectado?

I. Aplicabilidad de la normativa española

La primera cuestión es la relativa a la aplicabilidad territorial de la legislación europea y española de protección de datos¹⁵. El artículo 2.a LOPD establece que la legislación española será de aplicación a “todo tratamiento de datos de carácter personal cuando el tratamiento sea efectuado en territorio español en el marco de las actividades de un establecimiento del responsable del tratamiento”¹⁶. Esta previsión sitúa bajo la normativa española a aquellos editores con sede en España –medios de comunicación *online*, boletines oficiales, etc.–, así como a los perfiles de redes sociales y portales colaborativos con una oficina en nuestro país –Facebook, Tuenti, etc.

13 STJUE (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014 en el asunto C-131/12, en el procedimiento entre Google Spain, S. L., Google Inc. contra la Agencia Española de Protección de Datos y Mario Costeja González. AZURMENDI encuentra una causa de esta diversidad de criterios en la crisis diplomático-comunicativa originada por las revelaciones de Edward Snowden, con el consiguiente replanteamiento de la política de protección de datos en la Unión Europea. AZURMENDI, A.: “Por un derecho al olvido para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014”, *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 2015, pp. 275-276.

14 SAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5129). En enero de 2015 la Audiencia Nacional notificó las primeras dieciocho sentencias conectadas con el derecho al olvido, catorce de las cuales desestiman los recursos de Google y reconocen el derecho de los particulares a la retirada de los enlaces. A lo largo del primer trimestre de 2015, se han sucedido diferentes sentencias en la misma dirección, con unos fundamentos jurídicos prácticamente idénticos. Al análisis de algunas de estas sentencias se dedica un epígrafe posterior del presente trabajo.

15 Una explicación detallada de aplicabilidad territorial de la normativa española puede consultarse en: SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional*, cit., pp. 194 y ss.

16 El artículo es una trasposición casi literal del artículo 4 de la Directiva 95/46/CE.

En cuanto a los buscadores, y en particular a Google, tanto la STJUE como el Abogado General entendieron que quedan sujetos a la legislación de un Estado cuando tienen en su territorio oficinas que colaboran de forma sustancial a la prestación del servicio, como pueden ser aquellas destinadas a vender espacios publicitarios. En el caso Costeja, Google argumentó que su servicio de buscador no está situado en España, y que por ello la legislación española no le resultaba de aplicación¹⁷. No obstante, ni el Tribunal ni el Abogado General Jääskinen aceptaron esa distinción entre gestor de búsqueda (Google Inc.) y gestor de publicidad (Google Spain), valorando la indisoluble ligazón entre las actividades de ambas empresas¹⁸. Por lo tanto, cuando un buscador tenga su sede en España, o bien mantenga en nuestro país una oficina o sucursal con una actividad vinculada indisolublemente al buscador –como es el caso de Google Spain, que gestiona los espacios publicitarios en el motor de búsqueda–, quedará vinculado a la normativa nacional de protección de datos¹⁹.

2. La responsabilidad del tratamiento

La segunda cuestión consiste en dilucidar quién tiene responsabilidad respecto del tratamiento de los datos. El artículo 3.d LOPD (2.d de la Directiva) define al responsable del fichero como la “persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento”. A tenor del artículo, cabe concluir sin mayores discusiones que el editor de la página web es responsable del tratamiento, toda vez que es quien publica el contenido. Lo que no resulta tan evidente es si el buscador de Internet realiza un tratamiento sujeto a la normativa.

A esta cuestión, se han ofrecido respuestas contradictorias. Por un lado, se ha sostenido que los buscadores son responsables del tratamiento de datos, en la medida en que su actividad se ajusta a la definición legal contenida en el mencionado artículo 3.d LOPD. Desde esta posición, se afirma que es evidente que el buscador localiza, indexa, almacena, organiza y presenta los datos, por lo que está decidiendo

17 Sobre la argumentación de Google para rechazar la aplicabilidad de la legislación española, véase: RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido en Internet*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, pp. 137 y ss.

18 En este sentido, afirma el párrafo 57 STJUE: “Pues bien, toda vez que dicha presentación de resultados está acompañada, en la misma página, de la presentación de publicidad vinculada a los términos de búsqueda, es obligado declarar que el tratamiento de datos personales controvertido se lleva a cabo en el marco de la actividad publicitaria y comercial del establecimiento del responsable del tratamiento en territorio de un Estado miembro (...)”.

19 Boix Palop subraya con acierto que la normativa española podría ser de aplicación aun cuando Google no tuviera un establecimiento en España, atendiendo a la doctrina contenida el artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Efectivamente, “el mero hecho de que una afección se produzca en territorio español (...) es a buen seguro suficiente (...) para que se reconozca jurisdicción a la instancia territorial donde sea más sentido el daño o efecto y desde donde sea más factible su reparación y la defensa de sus intereses jurídicos por parte del ciudadano afectado”. BOIX PALOP, A.: “El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el derecho al olvido y las libertades informativas tras la Sentencia Google”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, p. 9.

sobre la finalidad y uso del tratamiento y debe ser considerado responsable. Además, se esgrime, el tratamiento del buscador tiene unos efectos muy sustanciales en la difusión de la información, efectos de los que resulta plenamente responsable²⁰. Mientras que sin la mediación de un buscador un contenido en la Red tiene una difusión ciertamente restringida, la actividad del buscador multiplica la visibilidad del contenido, asociándolo además al nombre del afectado en las búsquedas que se hagan en Internet. Con base a estos dos argumentos, se ha defendido la responsabilidad de los buscadores en el tratamiento de los datos. Esta es la posición asumida por la AEPD y por el STJUE en el caso Costeja²¹.

Otras voces, sin embargo, han cuestionado la responsabilidad del buscador en el tratamiento. Si bien desde estas tribunas se reconoce que hay un tratamiento, se afirma que no es lo mismo realizar un tratamiento que ser responsable del mismo²². Los argumentos que se esgrimen desde estas posiciones son los siguientes: el buscador no trata los datos personales como tales, sino como información contenida en Internet; el buscador no tiene poder editorial sobre los contenidos, simplemente facilita su búsqueda; imponer al buscador la responsabilidad sobre los datos que “canaliza” resultaría desproporcionado, toda vez que sus sistemas de tratamiento de datos es ciego; entender que el buscador es responsable el tratamiento llevaría a conclusiones desproporcionadas y absurdas, como por ejemplo la de deducir que todos los buscadores actúan en la ilegalidad, en la medida en que no ha solicitado permiso para indexar datos personales. La idea latente en todos estos argumentos es la misma: el buscador es un mero intermediario en la Red, una herramienta para localizar información sin capacidad decisoria sobre la misma²³. En la medida en que el buscador actúa como un mero intermediario, carece de medios para modificar la información, y no decide sobre los datos, no debe imponérsele la responsabilidad

20 RALLO LOMBARTE, A.: “El derecho al olvido y su protección a partir de la protección de datos”, *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 85, 2010, pp. 106 y ss.

21 El párrafo 80 de la STJUE resulta elocuente en este sentido: el tratamiento de datos personales que efectúa un motor de búsqueda “puede afectar significativamente a los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda realizada sirviéndose de ese motor de búsqueda se lleva a cabo a partir del nombre de una persona física, toda vez que dicho tratamiento permite a cualquier internauta obtener mediante la lista de resultados una visión estructurada de la información relativa a esta persona que puede hallarse en Internet, que afecta potencialmente a una multitud de aspectos de su vida privada, que, sin dicho motor, no se habrían interconectado o sólo podrían haberlo sido muy difícilmente y que le permite de este modo establecer un perfil más o menos detallado de la persona de que se trate. Además, el efecto de la injerencia en dichos derechos del interesado se multiplica debido al importante papel que desempeñan Internet y los motores de búsqueda en la sociedad moderna, que confieren a la información contenida en tal lista de resultados carácter ubicuo”.

22 Como resume Rallo Lombarte, “la neutralidad del servicio de búsqueda constituye, sin duda, uno de los principales asideros sobre los que Google argumenta su falta de responsabilidad sobre el tratamiento de datos que implica la actividad del buscador. Por el contrario, la capacidad del webmaster de decidir sobre la indexación de los contenidos de su web le convertiría en responsable directo y, en consecuencia, debería garantizar el cumplimiento de la normativa de protección de datos”. RALLO LOMBARTE, A.: *El derecho al olvido*, cit., p. 140.

23 Estos argumentos fueron esgrimidos por el propio TJUE en su STJUE de 23 de marzo de 2010 (asuntos acumulados C-236/08 y C-238/08 Google France c. Louis Vuitton), donde se señala que para gozar de la exclusión de responsabilidad reconocida en la Directiva 2000/31/CE la actividad del prestador de servicios de la información debe tener una naturaleza meramente técnica, automática y pasiva, lo que implica que el prestador “no tenga conocimiento ni control de la información transmitida o almacenada” (párrafo 113).

sobre los mismos. Esta opinión fue la mantenida por el Abogado General en sus conclusiones sobre el caso Costeja, y ha sido sostenida desde muy solventes sectores doctrinales²⁴.

3. ¿Existe un interés legítimo en el tratamiento?

La tercera cuestión a la que se hacía referencia es la de si existe justificación al tratamiento de datos sin consentimiento del afectado. En este sentido, el artículo 6.2° LOPD incluye diversos supuestos en los que puede prescindirse del consentimiento del afectado. Entre los mismos, se señala que no será preciso el consentimiento cuando “los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos”.

Pues bien: ¿qué intereses legítimos pueden existir para justificar el tratamiento de los datos por el editor o un tercero? El editor podrá alegar su derecho a la información, en la dimensión activa. Si la información es veraz, el editor estará protegido por el derecho a la información. Además, dependiendo del interés público de la información, la protección será mayor o menor. Por su parte, el internauta podrá esgrimir el mismo derecho, si bien en su dimensión pasiva. Finalmente, el buscador podrá alegar tanto su derecho a la libertad de empresa (art. 38), como, a nuestro entender, el propio derecho a la información. Y ello porque entendemos que el buscador –aunque realice una actividad comercial- sirve de forma trascendental al derecho a la información, ordenando el contenido de Internet y permitiendo a los internautas acceder a todo tipo de fuentes²⁵. En efecto, el interés económico no excluye la aplicabilidad de las libertades informativas, como ya tiene dicho tanto la jurisprudencia europea como la nacional sobre la comunicación publicitaria, sin ir más lejos²⁶. No es esta la posición de la AEPD ni del TJUE, que entienden que el buscador no puede ser protegido por los derechos comunicativos, sino tan solo por el derecho a la libertad de empresa, que goza de menos garantías que aquellos.

Sea de ello lo que fuere, frente a este catálogo de intereses legítimos, se alza el derecho a la protección de datos del afectado. Este conflicto de derechos debe solventarse por la vía de la ponderación, valorando cuál de ellos debe prevalecer. Los

24 Conclusiones del Abogado General, apartados 70 y ss. En el apartado 89 el Abogado General Jääskinen afirma: “A mi juicio, el proveedor de servicios de motor de búsqueda en Internet no puede ni jurídicamente ni de hecho cumplir las obligaciones del responsable del tratamiento establecidas en los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva, en relación con los datos personales contenidos en las páginas web fuente alojadas en servidores de terceros. Por lo tanto, una interpretación razonable de la Directiva requiere que no se considere que el proveedor de servicios se encuentra con carácter general en esa posición”.

25 Para una argumentación más detenida sobre el particular, véase: MARTÍNEZ OTERO, J. M.: “El derecho al olvido en Internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja”, *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015, pp. 123 y ss.

26 Como señaló el TEDH en su STEDH Casado Coca c. España de 24 de febrero de 1994, la distinción sobre la naturaleza –lucrativa o no– del fin perseguido por la comunicación no resulta relevante de cara a su subsunción dentro del ámbito de los derechos comunicativos.

criterios señalados por el TJUE para llevar a cabo la ponderación son la veracidad y el interés público, como no podía ser de otro modo.

En efecto, ante la solicitud de retirada de un contenido o un enlace, el editor o el buscador deberán valorar si dicha información es veraz y tiene interés público. Si la respuesta es positiva, no tienen obligación de retirar el contenido, aunque el mismo pueda resultar perjudicial o molesto para el afectado. Por el contrario, si el paso del tiempo ha convertido dicho contenido en no veraz, o ha hecho menguar su interés público, deberán aceptar la solicitud de borrado.

Según la STJUE, dicha obligación afecta fundamentalmente al buscador: Mientras que en muchas ocasiones el editor no tiene por qué retirar un contenido –por ejemplo, una hemeroteca de un diario perdería su razón de ser si borrarse noticias–, el buscador sí debe hacerlo, por dos motivos. El primero, su tarea no está amparada por un derecho fundamental (derecho a la información), sino solo por un derecho constitucional (libertad de empresa). Y el segundo, porque su función de difusión es la que fundamentalmente genera el perjuicio al afectado, al multiplicar la visibilidad del contenido. De este modo, se ha admitido que el editor en ocasiones mantenga el contenido, pero se restringe enormemente su difusión, al evitar que los buscadores indexen el mismo²⁷.

Desde otras posiciones, se ha hecho una aproximación inversa: el buscador carece de responsabilidad editorial, o tiene la misma pero junto con el derecho a la información. Por lo tanto, la responsabilidad sobre el contenido corresponde exclusivamente al editor, que deberá retirar el contenido, modificarlo, o adoptar las medidas necesarias existentes para que el mismo no sea indexado por un buscador; en caso de que dicho contenido carezca de interés público debido al paso del tiempo. Algunas de estas medidas han sido impuestas a los editores por jurisprudencia posterior, como analizaremos a continuación.

IV. PRIMEROS ECOS JURISPRUDENCIALES EN ESPAÑA

I. Primer grupo de sentencias de la Audiencia Nacional

Tras la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja, la Audiencia Nacional pronunció a finales de 2014 y durante 2015 numerosas sentencias sobre el derecho al olvido, en casos pendientes de la resolución de las cuestiones prejudiciales presentadas ante el TJUE. Los procesos consistían en su mayoría en recursos planteados por Google Spain frente a resoluciones de la AEPD, que le obligaban a

²⁷ En este sentido, señala la SAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5129), FJ.12º: “Con carácter general y como reflexión previa al concreto juicio de ponderación de los derechos e intereses en conflicto que haremos más adelante, debe ponerse de manifiesto que la libertad de información, en principio, se encuentra satisfecha por su subsistencia en la fuente, es decir, en el sitio web donde se publica la información por el editor.”

borrar enlaces de las páginas de resultados para proteger el derecho a la protección de datos de los usuarios. En la mayoría de las sentencias, la Audiencia Nacional desestima los recursos de Google Spain y respalda las resoluciones de la AEPD que reconocen el derecho al olvido de los particulares y responsabilizan a Google Spain del borrado de los mismos²⁸.

En cualquier caso, no todas las sentencias de la Audiencia Nacional resultaron desestimatorias de los recursos de Google Spain. Por ejemplo, las SSAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5211), 30 diciembre 2015 (RAJ 2014, 5241), 3 febrero 2015 (RAJ 2015, 342/2015) y 19 febrero 2015 (RAJ 2015, 649), deniegan el derecho al olvido debido a que el particular no aportó evidencias suficientes sobre los enlaces o páginas web presuntamente perjudiciales. En estos casos, la argumentación de la Audiencia Nacional es la siguiente: quien ejercita el derecho de oposición al tratamiento debe aportar la información necesaria para que “tanto el responsable del tratamiento como la propia AEPD cuente con los elementos necesarios para llevar a cabo el juicio de ponderación (...). La reclamante basa el derecho de cancelación de sus datos personales en que en dos noticias recogidas en el diario ABC, aparecen datos personales suyos. Pues bien, dichos datos suministrados por la interesada resultan insuficientes para determinar la naturaleza de la información y su carácter sensible para la vida privada de la afectada, (...) siendo imposible con el contenido de la información que consta en las actuaciones realizar la ponderación de intereses en conflicto tanto por el responsable del tratamiento como por la propia Agencia (...)”²⁹. Así, de estas sentencias se desprende que quien pretende la desindexación de un determinado contenido deberá argumentar por qué el contenido de las páginas enlazadas resulta extemporáneo y carente de interés público, a fin de que el buscador y la AEPD puedan valorar la pertinencia del borrado. **Sensu contrario**, meras exigencias de retirada de enlaces, carentes de una argumentación que las respalde y justifique, no deben ser atendidas.

Por su parte, las SSAN 29 diciembre 2014, 10 febrero 2015 y 5 febrero 2015, fallan parcialmente a favor de Google Spain reconociendo que su obligación se limita a retirar los resultados de las búsquedas asociadas al nombre del afectado, y no a otros términos de búsqueda³⁰. En dichos casos, de una lectura estricta de las resoluciones de la AEPD recurridas podría derivarse una interpretación maximalista de la obligación de retirar los enlaces a páginas con información personal del afectado, extendiéndola a los enlaces asociados a cualesquiera términos de búsqueda. En este sentido, la AN especifica lo siguiente: “Asiste la razón a la parte demandante cuando afirma que la satisfacción del derecho de oposición del afectado por el

28 A título ejemplificativo, pueden consultarse las siguientes SSAN: 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5214), 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5129), 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5247), 5 febrero 2015 (RAJ 2015, 641), 11 junio 2015 (RAJ 2015, 2487), o 16 junio 2015 (RAJ 2015, 2980).

29 SAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5211), FJ. 9º

30 SSAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5252), 10 febrero 2015 (RAJ 2015, 483) y 5 febrero 2015 (RAJ 2015, 523).

tratamiento de datos tan solo puede conllevar que la autoridad de control ordene la eliminación de la lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre de una persona, de vínculos a páginas web, publicadas por terceros y que contienen información relativa a esta persona. (...) Por ello, la obligación impuesta por la resolución recurrida a Google Spain, S.L. debe interpretarse en el sentido de que debe adoptar las medidas necesarias para retirar o eliminar de la lista de resultados, obtenida tras una búsqueda efectuada a partir del nombre del reclamante, los vínculos a las páginas web objeto de reclamación”³¹.

Un último caso que se trae a colación es el resuelto mediante la SAN 5 junio 2015³². En este caso, el demandante es un particular que ha visto rechazada su solicitud de derecho al olvido tanto por Google como por la AEPD. Su recurso ante la Audiencia Nacional es igualmente rechazado. Se trata de un abogado implicado en la trama de corrupción Gürtel, que pretende la eliminación de ciertos enlaces que hacen alusión a noticias publicadas por diversos medios de comunicación, en las que se encuentran los datos personales del reclamante como imputado en la mencionada trama. En la medida en que dicho abogado ha ocupado cargos de responsabilidad pública, y en que está siendo procesado por su presunta colaboración con la trama corrupta, tanto la Google, como la AEPD y la AN entienden que existe un interés público en acceder a dichas noticias, derecho que prevalece sobre la protección de sus datos personales. El núcleo de la argumentación de la Audiencia se contiene en el Fundamento Jurídico 10º de la Sentencia, que reproducimos por su interés: “en el presente caso nos encontramos ante la implicación del reclamante en unos hechos que continúan teniendo una notable relevancia pública, pues se trata de una red de corrupción, que operaba principalmente en las Comunidades de Madrid y Valencia. El actor se encuentra actualmente imputado en dicha trama en la causa que se sigue en el Juzgado Central de Instrucción nº. 5, por lo que, si bien han transcurrido unos años desde las noticias, la relevancia de los hechos en cuestión hace que no pierdan relevancia pública actual, no siendo atendible que las informaciones sobre su persona sean obsoletas. (...). Además de lo expuesto, tenemos que añadir que, el actor es Abogado y actualmente preside la Asociación Nacional de Abogados Matrimonialistas, habiendo tenido un papel público en el Ayuntamiento de Boadilla del Monte, y, precisamente por su actuación pública se encuentra encausado. Es decir, el recurrente no solamente tiene actualmente un papel en la vida pública relevante, sino también cuando los hechos a los que hacen referencia las informaciones, **caso Gürtel**, por lo que la ciudadanía tiene un interés real de conocer dicha información. Así las cosas, la injerencia en los derechos fundamentales del interesado se encuentra justificada por el interés preponderante de los internautas en tener acceso a la información en una búsqueda que verse sobre el nombre del actor; teniendo la ciudadanía un interés real de conocer dicha información”.

31 SAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5252), FJ. 13º

32 SAN 5 junio 2015 (RAJ 2015, 2486).

2. La disparidad de criterios respecto de la legitimación pasiva en las jurisprudencias civil y administrativa

Tras las sentencias de la Audiencia Nacional, el Tribunal Supremo recibió numerosos recursos de Google Spain, alegando su falta de legitimación pasiva en el proceso. En este sentido, es interesante subrayar que las interpretaciones de las Salas Primera y Tercera han sido discrepantes³³.

La Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, ha recibido la mayoría de los recursos, y ha entendido repetidamente que Google Spain carece legitimación pasiva en el proceso, con lo que ha revocado numerosas resoluciones de la AEPD y Sentencias de la Audiencia Nacional³⁴. En efecto, entiende la Sala Tercera que Google Spain no es responsable del tratamiento de datos del motor de búsqueda, responsabilidad exclusiva de Google Inc. Aunque la existencia de Google Spain como empresa que gestiona la publicidad de Google en España es relevante a la hora de determinar el alcance material de la normativa europea y española, ello no la convierte en responsable del tratamiento de los datos, ni por ende en responsable del borrado³⁵. Responsable del tratamiento, conforme a la normativa europea y española, es quien decide sobre los fines y medios del tratamiento, que en el caso del buscador de Google es la empresa Google Inc. Por su parte, Google Spain se limita a promocionar espacios publicitarios en el buscador, pero no tiene poder alguno de decisión sobre los datos, con lo que ha de ser excluida como responsable del tratamiento, y por ende, como legitimada pasiva en un procedimiento administrativo o proceso judicial que requiera la cancelación de los datos. Conforme a esta interpretación jurisprudencial, las personas que quieran reclamar su derecho al olvido digital deberán solicitarlo a Google Inc., y denunciar a dicha empresa americana en caso de no ser atendidos adecuadamente. Eso sí, con la posibilidad de hacerlo conforme a la normativa española y europea. A continuación se reproducen algunas frases de la STS 15 marzo 2016, que resultan ilustrativas al respecto: es cierto que “los preceptos antes referidos de la Directiva 95/46/CE y la LOPD contemplan la posibilidad de corresponsabilidad en el tratamiento de los datos, cuando emplean los términos solo o conjuntamente con otros, pero no lo es menos que ello supone una coparticipación en la determinación de los fines y medios del tratamiento, que es lo que caracteriza la condición de responsable, no cualquier otro auxilio o colaboración con el mismo que no tenga tal naturaleza,

33 Por el momento, la interpretación de la Sala Tercera ha sido reiterada en numerosas sentencias, mientras que la Sala Primera sólo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el particular en una ocasión.

34 Entre muchas sentencias, valga citar a título ejemplificativo las siguientes: SSTS 11 julio 2016 (RAJ 2016, 3347); 21 julio 2016 (RAJ 2016, 3725); o 15 marzo 2016 (RAJ 2016, 1103).

35 El Fundamento Jurídico 7º de la STS 15 marzo 2016 (RAJ 2016, 1103), señala al respecto: “la consideración de Google Spain, S.L., como establecimiento en España de Google Inc. lo es a los efectos de atraer la aplicación de la normativa europea y, por derivación, la española de protección de datos personales al tratamiento gestionado por la segunda a través de su motor de búsqueda Google Search, no obstante tratarse de una empresa ubicada fuera de la Unión Europea”.

como puede ser el caso aquí contemplado de promoción de productos o servicios publicitarios en beneficio del responsable, promoción ajena a la determinación de los fines y medios del tratamiento, en otras palabras, es la sociedad que gestiona el motor de búsqueda la que asume la responsabilidad del tratamiento de datos, con las obligaciones que de ello se deriva en orden al efectivo cumplimiento de la normativa tanto europea como nacional reguladoras del tratamiento de datos personales, sin que esa responsabilidad pueda trasladarse también al sujeto que, sin intervenir en esa gestión del motor de búsqueda, realiza otras actividades conexas o vinculadas, en este caso las ya señaladas de promoción publicitaria como soporte económico del motor de búsqueda³⁶.

La línea jurisprudencial marcada por la Sala Tercera en relación con la falta de legitimidad pasiva de Google Spain en los procedimientos de cancelación de datos ha propiciado que la AEPD comience a dirigir sus procedimientos exclusivamente contra Google Inc., sin incluir a Google Spain como corresponsable del tratamiento y del borrado de los enlaces, como venía haciendo hasta hace bien poco³⁷.

No ha sido este el razonamiento de la Sala Primera del TS, de lo Civil. En efecto, en el único proceso de protección de derechos fundamentales en relación con el derecho al olvido que hasta el momento ha conocido, la Sala Primera ha entendido que Google Spain sí resulta responsable del tratamiento³⁸. Mientras que la Sala Tercera viene aplicando un concepto estricto de responsabilidad, la Sala Civil ha asumido un concepto amplio, a fin de facilitar la protección eficaz y completa de los derechos fundamentales afectados. Y ello porque entiende la Sala que asumir un concepto estricto supondría una dificultad añadida para los afectados, que se verían abocados a litigar con la empresa norteamericana, con los elevados gastos y dilaciones que ello implicaría. Estas son las palabras de la Sentencia: "En definitiva, de aceptar la tesis de la recurrente y circunscribir la legitimación pasiva a la compañía norteamericana Google Inc., se daría el contrasentido de que estaríamos otorgando a la normativa sobre tratamiento de datos personales una finalidad teórica de protección muy elevada de los derechos de la personalidad de los afectados por el tratamiento, y emplearíamos unos criterios muy amplios para fijar su ámbito territorial de aplicación, que permitiera incluir en él la actividad de motores de búsqueda con establecimiento en un Estado miembro, pero estaríamos abocando a los interesados a unos procesos que dificultan, haciendo casi imposible en la práctica, dicha protección, pues habrían de interponerse contra una empresa radicada en los

36 STS 15 marzo 2016 (RAJ 2016, 1103), FJ. 6º

37 Este cambio puede constatarse en las resoluciones más recientes de la AEPD, como las Resoluciones 1566/2016, de 30 de junio; 1682/2016, de 22 de julio; o 2128/2016, de 1 de septiembre. Resoluciones anteriores del mismo año 2016, previas a las mencionadas sentencias del TS, todavía incluían como corresponsable a Google Spain. Tal es el caso de las Resoluciones 24/2016, de 18 de enero, 31/2016, de 15 de enero, o 41/2016, de 20 de enero.

38 STS 5 abril 2016 (RAJ 2016, 1280), relativa a los datos personales vinculados con la concesión de un indulto.

Estados Unidos (o en otro Estado con el que el nivel de cooperación judicial fuera aún menor), con los elevados gastos y dilaciones que ello trae consigo³⁹.

Si bien la disparidad de criterios entre las Salas del Tribunal Supremo no constituye un problema jurídico –y puede considerarse relativamente normal en el momento temprano de desarrollo derecho al olvido en el que nos encontramos-, lo cierto es que la misma desorienta a los interesados, y no contribuye a configurar el derecho al olvido de una forma clara. En este sentido, entendemos oportuno que ambas Salas apliquen un concepto homogéneo de “responsable del tratamiento”, ya fuera el estricto o el amplio, a fin de incrementar la seguridad jurídica de todos los interesados en estos procesos, tanto los particulares que pretenden el borrado de los enlaces como las empresas Google Inc. y Google Spain.

3. Responsabilidad de los editores

La STS 15 octubre 2015 resulta interesante, ya que en lugar de abordar la responsabilidad de un buscador de Internet se ocupa principalmente del papel del editor; en este caso la empresa informativa Ediciones El País⁴⁰. Mientras que el caso Costeja el TJUE señaló que el Diario La Vanguardia no tenía obligación alguna respecto al derecho al olvido, y que la salvaguarda de este derecho correspondía a Google, la STS 15 octubre 2015 extiende la responsabilidad del tratamiento al editor en Internet, exigiéndole la adopción de medidas concretas para preservar el derecho a la protección de datos de terceras personas.

En el presente caso, el contenido discutido consistía en una noticia archivada en la hemeroteca digital del Diario El País, referida a la detención policial de los interesados en 1985 por delitos de tráfico de drogas. Mientras el diario esgrimía que la noticia indexada era veraz, los interesados entendían que la visibilidad de la noticia era excesiva y desproporcionadamente perjudicial, por lo que requerían al diario una serie de medidas orientadas a minimizar la accesibilidad de sus datos en relación con la citada noticia. En concreto, los interesados solicitaban: la adopción de medidas para impedir la indexación de la noticia por los buscadores en Internet (tales como protocolos de exclusión como *robot.txt*, o de códigos como *noindex* o *noarchive*); la modificación de las noticas de la hemeroteca, de modo que en las noticias no aparecieran sus nombres ni sus iniciales; y la adopción de medidas técnicas para evitar que la información pudiera ser indexada por el propio buscador interno de www.elpais.com.

Pues bien, el Tribunal Supremo entiende que la primera de las medidas propuestas es adecuada y pertinente. Estas son sus palabras: “Aunque la STJUE del

39 STS 5 abril 2016 (RAJ 2016, 1280), FJ. 3.12°

40 STS 15 octubre 2015 (RAJ 2015, 4132), FJ. 5°

caso Google analizó la responsabilidad de los gestores de motores de búsqueda en Internet (tales como Google, Yahoo, Bing, etc.) (...) ello no significa que los editores de las páginas web no tengan la condición de responsables del tratamiento de esos datos personales, con los consiguientes deberes de respetar el principio de calidad de datos y atender el ejercicio de los derechos que la normativa de protección de datos otorga a los afectados, y la responsabilidad derivada de no respetar estas exigencias legales. Los editores de páginas web tienen la posibilidad de indicar a los motores de búsqueda en Internet que desean que una información determinada, publicada en su sitio, sea excluida total o parcialmente de los índices automáticos de los motores, mediante el uso de protocolos de exclusión como *robot.txt*, o de códigos como *noindex* o *noarchive*⁴¹.

Por el contrario, el TS excluye por desproporcionadas la adopción de las otras dos medidas solicitadas por los interesados⁴². En efecto, el editor no tiene obligación de modificar las noticias en la página web para eliminar los nombres, ni debe excluir dichas noticias de su buscador de noticias interno. Dichas restricciones, entiende el Alto Tribunal, supondrían una limitación excesiva del derecho a la información. En efecto, como señala la sentencia, el derecho al olvido digital no puede erigirse en una suerte de censura retrospectiva que permita modificar incluso las hemerotecas digitales, que son un medio privilegiado para investigar información. Así, la utilización de medidas técnicas para evitar la indexación por parte de los buscadores generalistas de Internet resulta el medio más proporcionado para preservar el equilibrio entre la protección de datos personales del afectado, y el derecho a la información del editor y los internautas.

V. LA RESPUESTA DE GOOGLE

Tras la STJUE en el caso Costeja, los principales buscadores de Internet han adoptado distintas estrategias para cumplir con las nuevas exigencias jurídicas derivadas de la sentencia. Para concluir las presentes páginas, resulta interesante analizar brevemente la respuesta que Google, el buscador más extendido en nuestro país, ha ensayado para adaptarse al nuevo marco jurídico vigente, garantizando el derecho al olvido de los ciudadanos europeos.

Lo primero que hizo el buscador fue crear un comité de expertos, con el fin de reflexionar sobre el derecho al olvido en Internet, y proponer medidas concretas para hacerlo efectivo en el marco de las actividades de Google. Entre los miembros del comité se encuentran Eric Schmidt, ex presidente de Google, Jimmy Wales,

41 STS 15 octubre 2015 (RAJ 2015, 4132), FJ. 5º

42 STS 15 octubre 2015 (RAJ 2015, 4132), FJ. 6º

director de Wikipedia, y José Luis Piñar, catedrático de Derecho Administrativo y ex director de la AEPD.

A las pocas semanas de la sentencia, Google estableció un procedimiento de retirada de los enlaces, que ha ido refinando paulatinamente. Actualmente, la solicitud de retirada puede hacerse a través de una página web titulada “Solicitud de retirada de resultados de búsqueda en virtud de la normativa de protección de datos europea”⁴³. En la misma, el interesado debe indicar su nombre, los enlaces que quiere que se retiren de la lista de resultados asociados a su nombre, y una explicación de por qué considera que los resultados son irrelevantes, obsoletos o inadecuados.

Con esa información, el buscador norteamericano valorará si el enlace y el contenido siguen siendo relevantes –en función de su veracidad y su interés público–, y procederá a eliminar el enlace si considera que el mismo carece de relevancia. Así lo explica el propio buscador en su portal web: “Al evaluar tu solicitud, tendremos en cuenta si los resultados incluyen información obsoleta sobre tu vida privada, así como si existe un interés público en lo que respecta a la información que permanece en los resultados de búsqueda de Google (por ejemplo, si está relacionada con estafas financieras, con negligencia profesional, con condenas penales o con tu conducta como funcionario público, tanto electo como designado). Se trata de decisiones difíciles y, como organización privada, es posible que no nos encontremos en una posición adecuada para decidir sobre tu caso”⁴⁴.

Entre la información que ofrece Google a los interesados en solicitar el derecho al olvido se incluye un listado de ejemplos de solicitud, con el fin de ilustrar qué solicitudes son admitidas y cuáles no. Sin ánimo de alargarnos excesivamente en este punto, valga reproducir algunos de los ejemplos.

1. Un activista político que fue apuñalado en una protesta nos pidió que retirásemos un enlace a un artículo relacionado con el suceso. Hemos retirado la página de los resultados de búsqueda correspondientes al nombre de la víctima.

2. Una persona condenada por un delito grave en los últimos cinco años pero a la que se le revocó la condena nos pidió que retirásemos un artículo sobre el incidente. Hemos retirado la página de los resultados de búsqueda correspondientes a su nombre.

43 La explicación del procedimiento de retirada puede consultarse en: Privacidad y Condiciones, Preguntas Frecuentes (<https://www.google.es/intl/es/policies/faq/>). Por su parte, la Solicitud de retirada está disponible en: https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch&hl=es (última visita: 1.09.2016). Otros motores de búsqueda con menor implantación en nuestro país también han adoptado medidas concretas para cumplir con la resolución. Es el caso del buscador Bing, de Microsoft, que en el siguiente enlace ofrece un formulario para solicitar la retirada de resultados de búsquedas: <https://www.bing.com/webmaster/tools/eu-privacy-request> (última visita: 01.09.2016).

44 Privacidad y Condiciones, Preguntas frecuentes. Google. Disponible en: <https://www.google.es/intl/es/policies/faq/> (última visita: 01.02.2015).

3. Un funcionario de alto rango nos pidió que retirásemos los artículos recientes en los que se habla de una condena penal de hace décadas. No hemos retirado los artículos de los resultados de búsqueda.

4. Un conocido empresario nos pidió que retirásemos los artículos sobre una demanda presentada contra un periódico. No hemos retirado los artículos de los resultados de búsqueda.

Una última cuestión que cabe subrayar en relación con el procedimiento de solicitud es que la retirada de los enlaces no se hace de forma general respecto de cualquier búsqueda, sino tan sólo de la lista de resultados asociados a un nombre propio⁴⁵. Y ello porque se entiende que es en el marco de las búsquedas nominativas donde el enlace al contenido obsoleto o irrelevante puede causar un mayor perjuicio al afectado.

Según las últimas informaciones oficiales, Google ha recibido un total de 546.460 solicitudes de retirada, referidas a 1.662.415 URLs, de las cuales ha retirado el 43,1%. Por lo que se refiere a España, Google ha recibido 46.439 solicitudes, referidas a 141.257 URLs, de las que ha retirado el 38,3%⁴⁶.

Aunque los documentos emitidos por Google no dicen nada al respecto, resulta imprescindible que Google –y por extensión, el resto de buscadores- tramite las solicitudes de retirada con cierta discreción, a fin de evitar el conocido como efecto Streisand, consistente en dar mayor publicidad a una determinada información al pretender acallarla⁴⁷. Este efecto podría producirse igualmente si el buscador, como se ha aventurado que puede hacer, ofreciera los resultados de las búsquedas con la expresa indicación de que algunos contenidos han sido desindexados⁴⁸.

VI. CONCLUSIONES

La STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja ha sentado las bases para el desarrollo legal y jurisprudencial del derecho al olvido, como manifestación del derecho de oposición y cancelación de datos personales en Internet, tanto frente a los buscadores de Internet, como –en menor medida- frente a los propios editores.

45 Esta interpretación, fruto de una lectura "restrictiva" de la STJUE, ha sido respaldada por la Audiencia Nacional en la temprana SAN 29 diciembre 2014 (RAJ 2014, 5252), FJ. 13º.

46 Datos recogidos del Informe de transparencia de Google, disponible en: <https://www.google.com/transparencypreport/removals/europeprivacy/?hl=es> (última visita: 1.09.2016).

47 TOURIÑO, A.: *El derecho al olvido y la intimidad en Internet*, Catarata, Madrid, 2014, p. 140.

48 COTINO HUESO, L.: "La STJUE del caso Google vs AGPD de 2014. Algunos olvidos y otras tendencias negativas respecto de las libertades informativas en Internet", Valencia, 2014, p. 10. Documento online. Disponible en: <http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2014/google/ponenciacotino.pdf> (última visita: 01.06.2015)

El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desbloqueó numerosos procedimientos jurídicos en toda Europa, que generalmente se resolvieron a favor de los ciudadanos que pretendían el borrado de enlaces a páginas con sus datos. Junto con ello, la sentencia del caso Costeja produjo un aluvión de solicitudes de borrado de datos, que los principales buscadores de Internet –particularmente Google- están procurando tramitar satisfactoriamente, aplicando los criterios sentados por el TJUE.

En nuestro país, la Audiencia Nacional ha resuelto decenas de asuntos en los dos últimos años, referidos normalmente a enlaces en los buscadores de Internet. En la gran mayoría de los casos, la Audiencia ha respaldado las resoluciones de la AEPD, solicitando a Google Spain el borrado de los enlaces. En otras, no se ha reconocido el derecho al olvido por diferentes motivos: por carecer las solicitudes de borrado de la información necesaria para ponderar los derechos en conflicto; por entenderse que los contenidos enlazados todavía mantenían interés público; o por la excesiva pretensión de borrado de los enlaces para cualquier búsqueda, y no tan solo en las búsquedas asociadas al nombre del interesado.

Varias de estas resoluciones han sido recurridas ante el Tribunal Supremo, cuya Sala Tercera ha estimado los recursos de Google Spain, reconociendo que esta persona jurídica carece de legitimidad pasiva en los procedimientos. En efecto, la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo ha entendido que Google Spain no es responsable del tratamiento de los datos –responsabilidad exclusiva de Google Inc.-, por lo que no puede ser considerada responsable de la cancelación de los datos. Que su tarea de promoción publicitaria de los servicios de Google en España sea relevante a fin de extender la aplicabilidad de la normativa española de protección de datos al motor de búsqueda americano, no supone *ipso facto* que Google Spain sea responsable del tratamiento. Por ello, los procedimientos administrativos contra Google deberán dirigirse contra Google Inc., y no contra Google Spain. Como hemos visto, no es esta la conclusión a la que ha llegado la Sala Primera del Tribunal Supremo, que en un procedimiento de defensa de derechos fundamentales ha entendido que Google Spain sí es responsable del tratamiento y tiene legitimidad pasiva en los procedimientos civiles. Habrá que ver si en el futuro ambas Salas mantienen su línea interpretativa, o se produce una confluencia de criterios, que a nuestro entender sería deseable a fin de garantizar la seguridad jurídica.

Por último, hemos analizado la forma en la que Google está procurando satisfacer las exigencias legales derivadas de la STJUE Google contra AEPD y Mario Costeja. A pesar de las dificultades que supone tramitar tan elevado número de solicitudes, la respuesta del gigante americano hasta el momento ha sido rápida y loable.

BIBLIOGRAFÍA

AZURMENDI, A.: "Por un derecho al olvido para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo del caso Google Spain y su recepción por la Sentencia de la Audiencia Nacional Española de 29 de diciembre de 2014", *Revista de Derecho Político*, núm. 92, 2015, pp. 273-310.

BOIX PALOP, A.: "El equilibrio entre los derechos del artículo 18 de la Constitución, el derecho al olvido y las libertades informativas tras la Sentencia Google", *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 38, 2015, pp. 1-40.

COTINO HUESO, L.: "La STJUE del caso Google vs AGPD de 2014. Algunos olvidos y otras tendencias negativas respecto de las libertades informativas en Internet", Valencia, 2014. Documento online: <http://www.uv.es/seminaridret/sesiones2014/google/ponenciacotino.pdf> (última visita: 01.06.2015)

MARTÍNEZ OTERO, J. M.: "El derecho al olvido en Internet: debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja", *Revista de Derecho Político*, núm. 93, 2015, pp. 103-142.

RALLO LOMBARTE, A.: "El derecho al olvido y su protección a partir de la protección de datos", *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 85, 2010, pp. 104-108.

- *El derecho al olvido en Internet. Google versus España*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014.

SIMÓN CASTELLANO, P.: *El régimen constitucional del derecho al olvido digital*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

DE TERWANGNE, C.: "Privacidad en Internet y derecho a ser olvidado / derecho al olvido", *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 13, 2012, pp. 53-66.

TOURIÑO, A.: *El derecho al olvido y la intimidad en Internet*, Catarata, Madrid, 2014.

LA PROTECCIÓN A LA IMAGEN Y SU MATERIALIDAD
EN EL ORDENAMIENTO CHILENO

THE PROTECTION OF THE IMAGE AND ITS
MATERIALITY IN THE CHILEAN LEGAL SYSTEM

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 134-167

Quiero agradecer todo tipo de apoyo, consejos y ayuda que la Profesora Claudia Bahamondes Oyarzun constantemente me da. Sin embargo cualquier error es mío.



Alfredo
FERRANTE

ARTÍCULO RECIBIDO: 8 de enero de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: El artículo analiza el estado actual de la regulación del derecho a la imagen en Chile y aboga a que, dada la peculiaridad de este sistema, este derecho puede ser un derecho de naturaleza patrimonial lejos de considerarse un derecho de la personalidad.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la propia imagen, derecho de la personalidad, derecho de propiedad, Chile.

ABSTRACT: The article analyzes the current state of right to the protection of one's image in Chile. It argues that this right, due to the peculiarity of this legal system, could be relate to a patrimonial right rather than an attributes of human personality.

KEY WORDS: right to the protection of one's image, attributes of human personality, personality rights, right to property, Chile.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN Y PROPÓSITO. II. EL CONCEPTO SUBJETIVO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y LA IMPOSIBILIDAD DE HACER PROPIAS LAS DOCTRINAS DE DERECHO EXTRANJERO.- III. EL DERECHO A LA IMAGEN ¿UN DERECHO DE LA PERSONALIDAD? 1. El derecho a la imagen ¿es un derecho de la personalidad según los convenios internacionales suscritos por Chile? 2. ¿Y la normativa nacional? El derecho a la imagen en una polidédica jurídica. 3. La identificación que hace la doctrina, entre el derecho a la imagen y los de la personalidad. 4. La interpretación jurisprudencial. IV. LA IMAGEN COMO SILUETA EN LA CUAL TOMAN FORMA OTROS DERECHOS Y SU CARÁCTER PATRIMONIAL.- V. ALGUNAS CONCLUSIONES.VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA.VII. SENTENCIAS CITADAS. I. Corte Interamericana de derechos Humanos. B Corte Suprema (Chile). 3. Corte de Apelaciones y juzgados de primera instancia (Chile).

I. INTRODUCCIÓN Y PROPÓSITO

“Todo lo que una persona puede imaginar, otros pueden hacerlo realidad”, esta es la frase que nutre la filosofía, casi premonitoria, de Jules Verne. Cada uno de nosotros puede imaginar hasta poder formar realidades mediante su representación mental o figurativa. Si de lo que imaginamos, además, tenemos la certeza de que existe (por ejemplo lo hemos visto), su concretización no es otra cosa que dar un soporte a su imagen. Al fin y al cabo la imaginación no es otra cosa que dar reflejo a la imagen¹.

Si todos tenemos derecho a imaginar y reflejar lo que imaginamos, tampoco podemos entrar, salvo autorización - expresa o tácita - en determinadas esferas ajenas. A esto se añade la problemática de si existe, o si se puede configurar, un derecho a la imagen que no sea relativo a una persona física. Como se verá, más bien la pregunta que debe formularse es si las personas jurídicas pueden indirectamente relacionarse con determinadas imágenes y por esto, adquieren derechos sobre ellas. Esto sería el caso por ejemplo, si existiera, la vulneración de la imagen de un producto cuya propiedad le pertenezca, al margen de que el producto y su diseño esté protegido por una marca o un diseño industrial; al margen de la propiedad industrial.

I De hecho palabra “imagen” e “imaginar” tienen la misma raíz y pertenecen a la familia de “imitar” vid. COROMINES I VIGNEAUX, J.: *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, tercera edición muy revisada y mejorada, Gredos, Barcelona, 2008, p. 308 y 309.

• Alfredo Ferrante

Alfredo Ferrante es profesor de Derecho Civil en la Universidad Alberto Hurtado (Santiago De Chile). Premio de Licenciatura por la Universidad de Pisa y Doctor Europeo en Derecho Civil cum laude por la Universidad de Oviedo. Galardonado con el Premio Sancho Rebullida (XV edición), para la mejor tesis doctoral española en Derecho Civil. Acreditado por ANECA para Titular de Universidad en España. Ha sido anteriormente profesor en las Universidades de Oviedo y Girona. Actualmente es responsable de la Sección de Obligaciones y Contratos del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: aferrante@uahurtado.cl.

Por ello existe una imagen propia² que requiere protección, esto independientemente de que este aspecto se refleje expresamente³, o se quiera manifestar indirectamente prohibiéndose el “abuso de la imagen de otro⁴”. Aquí hay que remarcar que la protección de la (propia) imagen se fusiona con otros derechos, derechos que pueden incluso pertenecer a terceros. El ejemplo más claro es el derecho de autor o de propiedad intelectual que se refleja en una obra fotográfica o un retrato que representa la imagen de otra persona. Justamente muchas veces es el retrato en sí, la fotografía en sí que asumen un valor propio porque fue realizada por las capacidades y características de una determinada persona. La existencia de premios como el Pulitzer prueba con creces esto.

Objeto de estas líneas es demostrar que, por lo menos en Chile, existe una protección al derecho a la propia imagen que incluso se exterioriza en un derecho a su explotación, un derecho que, lejos de ser de la personalidad, lejos de ser no patrimonial, tiene contenido y tutela diferente dependiendo de si sea o no sea relacionado con la persona sea física.

Efectivamente, un problema que quiero analizar aquí es si puede existir un derecho patrimonial a la explotación de la propia imagen relacionado indirectamente con la persona jurídica. Esto podría afirmarse demostrando a) que no se considera al derecho de imagen como un derecho de la personalidad y por lo tanto, un derecho personalísimo (arista ésta para excluirlo a favor de las personas jurídicas) b) o considerarlo un derecho de la personalidad, pero asumir que se aplica también

- 2 En relación a hablar de un “derecho a la imagen” o un “derecho a la propia imagen”, la doctrina mayoritaria chilena se decanta para definirlo expresamente en el segundo modo: v.gr vid. NOGUEIRA MUÑOZ, P.: *El derecho a la propia imagen. Naturaleza jurídica y sus aspectos protegidos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010; LARRAIN PÁEZ, C. A.: “Algunos problemas prácticos relacionados con la disposición del derecho a la propia imagen, en la jurisprudencia nacional”, en VIDAL OLIVARES, A., SEVERIN FUSTER, G., MEJÍAS ALONZO C. (ed.): *Estudios de Derecho Civil X*, Thomson Reuters, 2015, p. 25-36, ANGUITA RAMÍREZ, P.: “La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada”, *Cuadernos de Análisis jurídicos*, Serie Colección de Derecho Privado, n. IV, 2008, p. 19-55; reflexionando sobre el punto v.gr. vid. ARANCIBIA OBRADOR, M^o J.: “Reflexionando sobre los derechos a la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen”, *Revista de Derecho*, n. 9, 2014, en particular p. 62 y ss. Sobre la delimitación del concepto de imagen también v.gr. PEÑA ATERO, J. I.: “El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho público*, vol. 64, p. 279 y ss.
- 3 Así como en la Ley Orgánica española n. 1/1982, de 5 de mayo, titulada “sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” (BOE, núm. 115, de 14 de mayo de 1982). Vid. VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Montecorvo, Madrid, 1984; ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor en la Ley orgánica n. 1982, de 5 de marzo*, Madrid: Civitas, 1989; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador): *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007; DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador): *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2011; CONTRERAS NAVIDAD, Salvador; *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012; YZQUIERDO, TOLSADA, M.: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en REGLERO CAMPOS, F. L. Y BUSTO LAGOS, J. M.: *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, 5a ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2014, p. 1366-1498.
- 4 Como se da por ejemplo en relación con una persona o a determinados familiares en el art. 10 del código civil italiano. V.gr. por todos para un análisis en lengua castellana vid. CARAPEZZA FIGLIA, G.: “La protección del derecho a la imagen en el derecho italiano”, *Revista boliviana de Derecho*, n. 15, 2013, pp. 180-199 y bibliografía italiana *ivi* citada.

a otras situaciones. Esto por ejemplo se ha verificado jurisprudencialmente⁵ por lo que respeta al derecho a la honra en relación con las personas jurídicas, derecho que a veces se le ha identificado como un supuesto derecho a la imagen (cuando más bien es prestigio dado que la imagen, en los términos aquí planteado es otra cosa).

En estas líneas se analizará lo que viene definido como derecho a la imagen en el derecho chileno. Esta premisa es necesaria, ya que a veces se incurre en el error de mezclar determinados aspectos jurídicos haciendo uso del importante instrumento de la comparación jurídica. En este caso, estamos hablando de un derecho que debe contextualizarse en cada país de manera diferente y sería un error mezclar o hacer propios instrumentos comparativos a la hora de encontrar soluciones para el derecho nacional.

II. EL CONCEPTO SUBJETIVO DE LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD Y LA IMPOSIBILIDAD DE HACER PROPIAS LAS DOCTRINAS DE DERECHO EXTRANJERO

Antes de adentrarme a analizar algunos aspectos específicos del tema tratado, quiero hacer comprender, con más detalles, por qué el derecho a la imagen o todo derecho de la personalidad debe analizarse exclusivamente desde la concreta realidad de derecho interno, y por esto debe hacerse un guiño al recorrido que ha conducido a los derechos de la personalidad y a los derechos fundamentales⁶.

La protección de la persona humana se ha consolidado desde siempre y la lesión de actos lesivos a la dignidad incluso se remonta al Derecho romano, la *actio iniuriarum*⁷ es su ejemplo⁸. En este contexto el derecho a la imagen a menudo se ha incluido en la esfera propia de la personalidad humana.

Sin poder aquí ver todas las etapas que nos han conducido hasta la actualidad, quiero remarcar algunos pasos claves, cuales son, la teorización y la positivización

5 Sobre un análisis se reenvía por ejemplo a LARRAÍN PÁEZ, C.A.: "Algunas cuestiones relevantes sobre el derecho al honor y la responsabilidad civil, en particular sobre el daño moral, el art. 2331 del Código Civil y la legitimación activa", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 17, Santiago, Diciembre, 2011, p. 143-189.

6 Expresamente defendiendo esta postura en relación con el derecho a la propia imagen en Chile: NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", *Ius et praxis*, n. 2, 2007, p. 245-285.

7 Vid. v.gr. GUERRERO LEBRÓN, M.: *La injuria indirecta en derecho romano*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 58 y ss.

8 Un recorrido interesante en español sobre la evolución de los derechos y problemáticas relativos a los derechos de la personalidad puede verse mediante los importantes estudios que a inicio de la segunda mitad del XX siglo, es decir en una fase anterior a la actual Constitución Española han realizado CASTÁN y DE CASTRO (CASTÁN VÁZQUEZ, J.: "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 1-2, 1952, p. 7-62, DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Los llamados derecho de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 12, n. 4, 1959, p. 1237-1276). Para complementar el discurso, en ámbito español, vid. DIEZ DÍAZ, J.: ¿Derecho de la personalidad o bienes de la persona?, Reus, Madrid, 1963 y - posteriormente a la aprobación de la Ley orgánica n. 1/1982:- vid. ROGEL, VIDE C.: *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Real Colegio de España, 1985.

de los que “con nombre distintos y con diferentes conceptos técnicos (esfera de la personalidad, derecho de la personalidad) se alude y se trata al definir una misma realidad: los valores del hombre como persona”⁹. El primer paso es dado de la influencia escolástica y de la creación de concepto de derecho relativo a la persona. Hay una exaltación de un *ius in re ipsum*¹⁰, que se relaciona con el derecho natural¹¹ y que se quiere imponer frente a cualquier posible regulación por parte del ente Estado. Estas visiones se entremezclan con las teorías dogmáticas alemanas y holandesas que toman estímulo de Grocio y se consolidan también en el esfuerzo de poder positivizar estos derechos, esfuerzos que encuentran una génesis en la exaltación de los derechos humanos, cuyo reflejo escrito se encuentra ya en el *Bill of Right* de Virginia de 1689, y en el fruto del espíritu revolucionario francés; un neoliberalismo francés que contribuye a la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Por ello nace el segundo paso clave que es la positivización, fenómeno que se desarrolla en dos etapas principales y se esfuerza de incorporar en textos normativos estos nuevos derechos. Por un lado, esto se produce con el fenómeno de la codificación del siglo XIX y, por otro, mediante la consolidación y elevación de determinados principios a rango constitucional; dándose lugar a un fenómeno de constitucionalización de determinados derechos fundamentales que, en Europa, nace como movimiento en contra de las dos guerras mundiales.

Es en esta ocasión que ya existe una primera interpretación liberal y relativizada de los derechos, frutos del pensamiento grociano y escolástico, que quieren fomentarse y que cada Estado va a incorporar de manera diferente. Es propiamente la fase de positivización de estos derechos que los transforma en peculiares y los radica en cada ordenamiento de manera distinta¹².

Y esto pasa también con el derecho a la imagen que viene configurándose y entendiéndose de manera diversa dependiendo del ordenamiento de referencia. Por lo tanto, las interpretaciones jurisprudenciales o doctrinales se mueven entre premisas que no necesariamente son coincidentes o compatibles con las chilenas. Por ello, no se pueden aportar razonamientos fundados sobre un derecho que en otros países viene reconocido constitucionalmente o que tiene una expresa

9 DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Los llamados derecho de la personalidad”, cit., p. 1237.

10 Aquí una de las referencias obligada es a GÓMEZ DE AMESCUA, B.: *Tractatus de potestate in seipsum*, Mediolani, apud Petrum Martyrem Locarnum, 1609.

11 Con afán crítico sobre derechos de la personalidad, ius naturalismo y la escuela de derecho natural cfr. FIGUEROA YAÑEZ, G.: “Los derechos de la personalidad en general. Concepción tradicional”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1998, p. 23.
La doctrina chilena clásica también consideraba esencialmente los derechos de la personalidad como “aquellos que toda persona física, en calidad de sujeto jurídico, lleva inseparablemente desde su origen”: ALESSANDRI RODRIGUEZ, A., SOMARRIVA UNDIRRAGA, M., VODANOVIC HAKLICKA, A.: *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, tomo I, 1998, p. 656. Para un estudio sobre las características del derecho a la propia imagen realizado por la doctrina chilena: vid. v.gr. PEÑA ATERO, J. I.: “El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilena”, cit., p. 279-299.

12 Para una importante y esquemática reconstrucción de las tapas principales vid. DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Los llamados derecho de la personalidad”, cit., p. 1240-1245.

regulación. Es propiamente la interpretación o análisis jurídico que se hace de este derecho, que lo configura con más o menos contenidos.

No se trata de una institución clásica que viene incorporada en bloque, como por ejemplo la compraventa, sino de algo que se caracteriza por elementos culturales, filosóficos y verdaderas políticas jurídicas que tienen un *humus* diferente aunque una raíz común: la creación de los derechos de la personalidad y, por ende, los derechos subjetivos¹³ del sujeto.

Parece paradójico que el Código Civil francés no haga referencia a un derecho al nombre, a la vida, pero se comprende que - contextualizándolo en el momento de su emanación- no era necesario¹⁴, al existir en paralelo una de las máximas expresiones de estos derecho, la Declaración de los Derecho del Hombre y del Ciudadano de 1789, instrumento poderoso en el momento de la creación de ese código.

Por ello, cada Estado u ordenamiento interpreta libremente la incorporación de estos derechos tanto en su primera fase de codificación¹⁵, como en su segunda fase de reforma -como en el caso del *Codice Civile* de 1942 (cfr: la tutela de la disposición al propio cuerpo o el derecho a la imagen)- o en la más noble fase de constitucionalización, en la que esencialmente se exalta la incorporación de los llamados derecho fundamentales. Así, y esto sólo como ejemplo, derechos como el derecho a la vida, al honor y a la vida privada, vienen constitucionalmente garantizados en España en los arts. 15 y 18 de su Magna Carta, con una expresa y efectiva regulación en la Ley Orgánica n. 1/1982, cuyo artículo 1 incluye también el “derecho fundamental” a la propia imagen, regulado detalladamente en una normativa específica¹⁶.

Aunque la incorporación de los llamados derechos de la personalidad es un rasgo común de los ordenamientos, hay otra característica heterogénea: su recepción y rango difiere en cada ordenamiento de referencia. Así, derechos como la vida, la integridad física, el derecho al nombre, integridad en la esfera moral y personal o

13 Sobre la correlación o configuración de los derechos de personalidad como derechos objetivos Cfr: DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: “Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño”, en *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, de 2008* (coord. C. PIZARRO WILSON), Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, p. 647 y 648.

14 En este sentido la doctrina constata de manera apropiada que “no hacía falta” esta incorporación: DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Los llamados derecho de la personalidad”, cit., p. 1246.

15 En Austria la codificación señalaba como derechos innatos el derecho a la vida, el derecho a desarrollar su cuerpo o, entre otros, el derecho a disponer libremente de los suyos: cfr: DE CASTRO Y BRAVO, F.: “Los llamados derecho de la personalidad”, cit., p. 1245.

16 Según el art. 1.1 de la Ley 1/1982: “El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo dieciocho de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”.

varios tipos de libertades, se introducen con contenidos y relevancia totalmente diferente.

Por todo ello, es verdad que en determinados países el derecho a la (propia) imagen puede configurarse como un derecho de la personalidad, fundamental y constitucional, y así ha sido tratado. También es verdad que en la mayoría de los casos se le ha dado un rasgo relacionado con un aspecto moral y no patrimonial. Sin embargo, el enfoque y análisis de cada país debe ceñirse a su contexto, que se caracteriza por un procedimiento de incorporación en continua evolución. Ejemplo de ella, son la reciente incorporación en el Código Civil argentino del derecho a la propia imagen-interpretándose como un derecho personalísimo y relativo exclusivamente a la persona humana¹⁷-, o la recodificación del derecho de la imagen iniciada también en el código peruano que la tutela y diferencia del de voz (art. 15 código civil peruano).

En definitiva, cada ordenamiento identifica, según su Constitución o reglamentación normativa interna, sus propios derechos de la personalidad elevándolos en determinados casos hasta derechos fundamentales. Pero, lo que es cierto, es que cada ordenamiento tiene sus propias peculiaridades, y el único lazo conductor en esta diferente regulación son los importantes convenios internacionales.

Por ello, a la hora de identificar y entender el derecho a la imagen en Chile, se debe usar exclusivamente como instrumento de análisis la normativa interna y los convenios internacionales y su interpretación jurisprudencial. La interpretación doctrinal será útil en la medida de que no esté contaminada de disquisiciones comparadas relativas a un ordenamiento donde se entiende el derecho a la imagen con una intensidad diferente, sea esta de mayor o menor vigor; piénsese en un derecho expresamente normativizado en una legislación especial o elevada a derecho constitucional.

Otros mecanismos de realce de los llamados derecho de la personalidad, son las decisiones de política externa. Éstas pueden servir exclusivamente como estímulo y apoyo justificativo para que los países aumenten su tutela, pero si son utilizados y aplicados al ámbito nacional, se falsearía la comparación y el análisis de una

17 Así este viene regulado en título I, capítulo 3 del libro I del nuevo código civil y comercial argentino, considerándose un acto personalísimo junto a otros como por ejemplo intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad fijándose tanto una tutela inhibitoria como compensatoria (vid. art. 52) y viene regulado expresamente pro el art. 53: "Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) que la persona participe en actos públicos; b) que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre".

institución como la del derecho a la imagen que se caracteriza por tener su propia individualidad en cada ordenamiento nacional.

III. EL DERECHO A LA IMAGEN ¿UN DERECHO DE LA PERSONALIDAD?

Para comprender si el derecho a la imagen puede ser o no considerado un derecho de la personalidad, debemos interpretar, por un lado, los convenios aplicables a Chile y por otro, ver como lo enmarca la normativa interna.

I. El derecho a la imagen ¿es un derecho de la personalidad según los convenios internacionales suscritos por Chile?

Sin carácter de exhaustividad, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948¹⁸, el Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966¹⁹ y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (también llamada Pacto de San José de Costa Rica o CADH) de 1969²⁰ - todos aplicables al ordenamiento chileno - ayudarán esencialmente a entender qué y cómo debe interpretarse el derecho a la imagen.

En estos textos, derechos tales como el derecho a la vida, al honor a la dignidad, a la libertad de expresión, se expresan claramente; sin embargo no aparece ninguna referencia precisa al derecho a la imagen. En este sentido, también una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos corrobora que no existe un específico derecho a la imagen, sino que éste, en determinados casos, puede entrar en el abanico de la protección privada, aunque no será así cuando deba primar la libertad de expresión, garantizada por el art. 13 de la Convención²¹.

Tampoco Convenciones más específicas asumen entre los derechos fundamentales el derecho a la imagen, esto es el caso de la Convención de la Organización Internacional del Trabajo, relativa a los principios y derechos fundamentales en el

18 Adoptada por adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París, en Chile por Resolución n. 217/2009. En general vid. v.gr. NASH ROJAS, C.: *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, colaboradores MILOS, C., NOGUEIRA, A., NÚÑEZ, C., Universidad de Chile, Centro de Derecho Humanos, 2012.

19 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, suscrito por Chile el 16 de septiembre por decreto n. 329.

20 Ratificada en Chile por Decreto 873/1991.

21 Como se da en el caso concreto. En el supuesto se trataba de fotos publicadas en algunas revistas del ex presidente argentino Menem con un presunto hijo no reconocido. Se declara responsable Argentina para la violación del derecho de libertad de expresión expresado por los directores editoriales de las revistas donde se publicaron las fotos. La violación se debe a que fueron condenados por los tribunales argentinos a indemnizar por daño moral al ex presidente por la violación a su derecho a la intimidad. Se trata del *Caso Fontevecchia y D'Amico vs Argentina*, Sentencia Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2012, consultable en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_238_esp.pdf, sobre su ficha <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/fontevecchia.pdf>.

trabajo de 1988²², o la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 1979²³.

En el caso de menores de edad, entraría en juego la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989²⁴ y en caso de discapacitados, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006²⁵.

Destaca que todos estos textos tratan y unen los principales derechos y valores humanos pero ninguno de ellos incluye formalmente el derecho a la imagen. La única referencia expresa a la imagen es dada por el art. 8.2 letra c) de la última Convención citada, que busca “alentar a todos los órganos de los medios de comunicación a que difundan una imagen de las personas con discapacidad que sea compatible con el propósito de la presente Convención”, disposición que aspira a reflejar la toma de conciencia del fenómeno.

En este específico contexto, podrán servirnos en una óptica globalizadora, instrumentos que, aunque no ha sido ratificados por Chile, atienden a un afán común de reconocimiento y defensa de estos derechos, como el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales Roma, de 4 de noviembre de 1950 (y sus protocolos de actuación) y, obviamente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, aunque ninguno reconoce expresamente el derecho a la imagen²⁶.

2. ¿Y la normativa nacional? El derecho a la imagen en una poliédrica jurídica

Dos, a mí entender, son los aspectos que deben destacarse a la hora de enmarcar el derecho a la imagen bajo este perfil normativo interno.

Desde un primer punto de vista, aunque se suele asociar a un derecho fundamental o a un derecho a la personalidad, el derecho a la imagen no está reconocido

22 Adoptada por la Conferencia Internacional del Trabajo en su octogésima sexta reunión, Ginebra, 18 de junio de 1988 (Anexo revisado, 15 de junio de 2010). Sobre el derecho de privacidad en el contexto laboral: UGARTE CATALDO, J. L.: *Derechos, trabajo y Privacidad*, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011, en particular p. 69 y ss. Aquí se relaciona el derecho de imagen con la privacidad considerando que “el modo que el trabajador diseña y modela como será visto en sus afueras, con aros, piercing o una barba al mundo clásico como miembro de una minoría sexual o cultural, deriva de la privacidad como autonomía” en contraposición a la privacidad como secreto (*op. ult. cit.*, p. 77).

23 Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979.

24 Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, y ratificada por Chile, por Decreto 820/1990.

25 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, suscrito por Chile el 16 de septiembre por Chile, por Decreto n. 201/2008.

26 Esto no significa que la publicación de imágenes y fotos no pueda relacionarse con otros derechos, como la vida privada y familiar, a tenor del art. 8 o la libertad de expresión a tenor del art. 10 de la Convención: vid. v.gr. TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *factsheet- rights to the protection of one's image*, junio 2016, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_ENG.pdf.

constitucionalmente²⁷. En efecto, el art. 19, en sus numerales 4° y 5°, garantiza el derecho a la intimidad y al honor; remarcando como derechos constitucionales el respeto a la vida privada y la inviolabilidad de la comunicación privada y la honra de la persona²⁸. En este sentido, no se define en el abanico de estos derechos aquel de la imagen, como se produce en otras realidades, por ejemplo, la española, que incluso tutela violaciones a la intimidad personal y familiar mediante limitaciones de los medios informáticos²⁹. Sin embargo, debe destacarse que la Constitución chilena sí se preocupa de predisponer una tutela inhibitoria a favor de la persona tanto natural como jurídica, frente a cualquier comunicación social injusta³⁰; la libertad de información e incluso de uso de una imagen ajena viene coartada en aras de la eliminación de cualquier abuso³¹. Este es un interesante punto sobre el cual volveré más tarde.

Una segunda vertiente, destaca la ausencia de una regulación específica en el marco del derecho civil. Parte de la doctrina³² suele reconducir el derecho a la imagen al art. 161-A de Código Penal; pero esta norma más bien atiende al derecho a la privacidad e intimidad, pues toma forma mediante la captación de imágenes “dentro de recintos particulares o lugares que no sean de libre acceso al público”³³. Por lo demás, la consagración del derecho a la imagen se ha efectuado para la doctrina en normativas especiales, como la legislación periodística, la relativa a la propiedad intelectual y la laboral; aunque efectivamente encuentra su expresión exclusivamente en la última. Así, este derecho encuentra una posible regulación a “mancha de guepardo”, asociada a otras ramas del derecho, que seguidamente se

27 Como evidencia la doctrina, tampoco le han dado un raigambre constitucional en Francia, Inglaterra y Estados Unidos: LARRAÍN PÁEZ, C.A.: “Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno”, *Revista chilena de Derecho Privado*, 2016, n. 26, p. 127.

28 Artículo 19 Constitución de la República: “La Constitución asegura a todas las personas: (omissis) 4°.- El respeto y protección a la vida privada y a la honra de la persona y su familia;

5°.- La inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicación privada. El hogar sólo puede allanarse y las comunicaciones y documentos privados interceptarse, abrirse o registrarse en los casos y formas determinados por la ley; (omissis)”.

29 Art. 18.1 Constitución española: “Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Art. 18.4 Constitución española “La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos”.

30 Art. 19 n. 12 “ Toda persona natural o jurídica ofendida o injustamente aludida por algún medio de comunicación social, tiene derecho a que su declaración o rectificación sea gratuitamente difundida, en las condiciones que la ley determine, por el medio de comunicación social en que esa información hubiera sido emitida”

31 Cfr. LATHROP GÓMEZ, F.: “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, v. 40, n.º 3, 2013, p. 940.

32 ANGUIITA RAMÍREZ, P.: *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007, p. 204.

33 Por la doctrina Vid. DÍAZ TOLOSA, R. I.: “Delitos que vulneran la intimidad de las personas: análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno”, *Ius et Praxis*, vol. 13, n.º 1, 2007, p. 291 y ss., MATURANA POZO, B.: “Protección penal de la privacidad. Artículos 161-A y 161-B del Código Penal”, *Actualidad Jurídica*, n. 29, 2014, p. 567 y ss., LARRAÍN PÁEZ, C.A.: “Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno”, cit., p. 128. En relación con intimidad y las imágenes vid. también TAPIA RODRÍGUEZ, M.: “Fronteras de la vida privada en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 11, en particular p. 127 y ss.

tratarán. Sin embargo, a mi entender la única normativa directamente relacionada con el derecho a la imagen, actualmente, es la laboral.

Por un lado, ha habido un esfuerzo de la doctrina³⁴ para ampliar la interpretación del derecho al honor en la Ley sobre libertades de opinión e información del ejercicio del periodismo y aplicarlo al derecho a la imagen. Esto sirve para paliar el efecto de restricción del derecho a la imagen en el ejercicio del periodismo y por ende, en la libertad de opinión e información. Como límite a la libertad de expresión y de información se encuentra, también, la tutela de los menores que, sin embargo, se refiere a la identidad de los menores y “no específicamente a su imagen, intimidad y/o honor³⁵”.

Por otro lado, tampoco deben confundirse con el derecho de imagen, específicos y diferentes derechos, tanto de la propiedad intelectual como industrial. No obstante, parte de la doctrina evidencia³⁶ que un reconocimiento del derecho a la imagen se desprende del art. 34 Ley n. 17.336 de 1970 sobre propiedad intelectual. A mi entender, en cambio, debe quedar claro que más que un derecho a la propia imagen, en este caso se trata de un derecho a la imagen ajena retratada por el fotógrafo; en fin, no es un verdadero derecho a la imagen, sino otra exteriorización del derecho de propiedad intelectual.

No del todo correcta es, a mi entender la asociación que se realiza con la propiedad industrial y el derecho de autor. Efectivamente, la normativa de propiedad industrial considera que hay infracción de determinados signo distintivos (vid. art. 112 Ley 19.996) entre los cuales, podría comprenderse la reproducción no autorizada de un producto, como una falsificación de una marca o dibujo y diseño industrial; pero, en este caso, más que el derecho de imagen de estaría violando un específico derecho de autor debidamente inscrito en el correspondiente registro³⁷. Por ello, parte de la doctrina evidencia que en el ámbito de la propiedad industrial no podrá registrarse, como marca, el retrato de una persona cualquiera³⁸ y por ende, su imagen, salvo con su consentimiento. Ahí viene a evidenciarse que no pudiéndose registrar dicho retrato, la tutela ofrecida por el ordenamiento sea inhibitoria.

34 Cfr., LARRAÍN PAEZ, C. A.: “Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno”, cit., p. 148 y 149. En este caso se propugna la aplicación del art. 30 de la Ley n. 19.733/2001.

35 Así como ha evidenciado LATHROP GÓMEZ, F.: “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile”, cit., p. 940. Art. 20 Ley 19.039/1991 no podrán registrarse como marca: (omissis) c) El nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera, salvo consentimiento dado por ella o por sus herederos, si hubiera fallecido”.

36 LATHROP GÓMEZ, F.: “El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile”, cit., p. 940.

37 Cfr. Art. 2 Ley n. 19.039. En este caso el criterio indemnizatorio vendría regido por el art. 108 de la Ley 19.039 conjuntamente al art. 85 B y k de la Ley 17.336

38 Cfr., LARRAÍN PAEZ, C. A.: “Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno”, cit., p. 148 y 149. En este caso se propugna la aplicación del art. 30 de la Ley sobre libertades de opinión e información del ejercicio del periodismo (Ley 19.733/2001).

Con todo, como he adelantado arriba, la única normativa donde se habla expresamente de un derecho a la imagen es la laboral y, en particular, en dos disposiciones relativas al contrato de los trabajadores de artes y espectáculos (art. 145-I Código de trabajo³⁹) y al contrato de deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividad conexas (art. 152 bis F⁴⁰ Código del Trabajo), normas que, debe destacarse, no nacen desde el inicio de la preceptiva laboral, sino que vienen a insertarse respectivamente sólo en 2003⁴¹ y 2007⁴². De aquí pueden extraerse varias características y conclusiones: la norma relativa al derecho de imagen no es tal, sino que, en Chile, tiene precisas características: a) se refiere solo al ámbito laboral b) dentro de este ámbito se refiere exclusivamente a tipologías peculiares de contrato de trabajo c) la normativa no tutela el derecho de imagen, sino que habla, en ambas disposiciones, de un “derecho de uso explotación” de la imagen d) que dicha explotación debe ser “comercial” e) dicha explotación comercial está permitida dentro del marco del contrato que se ha celebrado con el trabajador, sin embargo, no puede usarse “para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicio”. En definitiva, el trabajador no posee derecho a la propia imagen a lo largo de su actividad laboral f) la normativa laboral es la única que prevé una tutela indemnizatoria, al decir que, de la violación de la norma, los beneficios pecuniarios irán al trabajador.

Tanto el 145-I, como el art. 152 bis F del Código de Trabajo no sólo requieren la autorización, sino que imponen que los beneficios pecuniarios deban pertenecer al trabajador. En este sentido, vemos que en el ordenamiento chileno no puede configurarse un derecho a la propia imagen fuera de su explotación comercial. Aquí cabe preguntarse si existe otro tipo de derecho a la explotación a la imagen que sea independiente del contrato de trabajo.

39 Art. 145-I. “El uso y explotación comercial de la imagen de los trabajadores de artes y espectáculos, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios, por parte de sus empleadores, requerirá de su autorización expresa. En cuanto a los beneficios pecuniarios para el trabajador, se estará a lo que se determine en el contrato individual o instrumento colectivo, según corresponda”.

40 Art. 152 bis F. “El uso y explotación comercial de la imagen de los deportistas profesionales y de los trabajadores que desempeñan actividades conexas, por parte de sus empleadores, para fines distintos al objeto principal de la prestación de servicios, y en cada caso en que ésta deba ser utilizada, requerirá de su autorización expresa. En cuanto a los beneficios pecuniarios para el trabajador, se estará a lo que se determine en el contrato individual o instrumento colectivo, según corresponda”.

41 El art. 145-I se introduce mediante la agregación en el Título II del Libro I del Código del Trabajo el Capítulo IV al código de trabajo del contrato de los trabajadores de artes y espectáculos mediante la Ley 19.889 (D.O. 24.09.03).

42 El art. 152 bis F se introduce mediante la agregación en el Título II del Libro I del Código del Trabajo el Capítulo VI al código de trabajo del contrato de los deportistas profesionales y trabajadores que desempeñan actividades conexas mediante la Ley 20.178 (D.O. 25.04.07).

3. La identificación que hace la doctrina, entre el derecho a la imagen y los de la personalidad

La doctrina chilena advierte que las características propias de los tradicionales atributos de la personalidad⁴³ "son claramente insuficientes"⁴⁴ y que se necesita identificar nuevos derechos de la personalidad. Al margen del matiz de entenderlo como un atributo de la personalidad⁴⁵, se lo considera un derecho⁴⁶. Así el derecho a la imagen asume las características⁴⁷ de personalísimo y no transferible⁴⁸, intransferible⁴⁹ e irrenunciable⁵⁰.

Sin embargo, si algunas características parecen ser puntos firmes, otras vienen, en parte, puestas en tela de juicio.

1) Lo que es cierto, es que siendo considerado un derecho de la personalidad asume también la característica de ser relacionado exclusivamente con la persona física⁵¹. En este sentido, es un derecho que se aplica sólo a las personas naturales y no a las jurídicas⁵². La negativa de la doctrina⁵³ parte de la premisa que el derecho a la imagen es un derecho a la personalidad y que las leyes de la libre competencia y la protección industrial garantizan suficientemente la persona jurídica. Por ello "a falta

43 Serían atributos de la personalidad la capacidad de goce, la nacionalidad, el nombre, el estado civil, el domicilio y el patrimonio. (DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil parte General*, reimpresión de la 4ª ed. Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005, p. 118 y 119).

44 FIGUEROA YAÑEZ, G.: "Los derechos de la personalidad en general. Concepción tradicional", cit., p. 22.

45 Para DUCCI la expresión atributo conduciría a equivoco y por eso se vienen o diferenciar los atributos de la personalidad de los derechos de personalidad. Sin embargo el mismo autor admite que la expresión atributos, no es propiamente correcta ya que esta presupone un concepto positivo cuando a estos elementos pueden corresponder también deberes o cargas. Para este autor los derechos de la personalidad son partes de los atributos (DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil parte General*, cit., p. 118 y ss.).

46 Así parte de la doctrina no diferencia entre este aspecto y afirma que: "el derecho a la propia imagen es uno de los llamados derechos o atributos de la personalidad": ANGUIA RAMÍREZ, P.: "La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada", cit., p. 24.

47 Sobre estas más ampliamente al capítulo segundo de la obra de: NOGUERA, MUÑOZ, P.: *El derecho a la propia imagen. Naturaleza jurídica y sus aspectos protegidos*, cit., 2010.

48 Expresamente en relación con el derecho a la imagen (DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil parte General*, cit., p. 302).

49 FIGUEROA YAÑEZ, G.: "Los derechos de la personalidad en general. Concepción tradicional", cit., p. 23

50 Cfr. CORRAL, TALCIANI, H.: "La vida privada y la propia imagen como objeto de disposición negocial", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n. 8, 2001, p. 164 y 165. Sobre las características de inalienabilidad, irrenunciabilidad, imprescritibilidad e intransmisibilidad vid también PEÑA ATERO, J. I.: "El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilena, cit., p. 293 y ss.

51 En este sentido la doctrina afirma los derechos de la personalidad son tales porque "son inherentes a la persona humana y que por esto llamamos derechos de la personalidad. Constituyen un atributo de la persona por ser tal y, en consecuencia, son iguales para todos" (DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil parte General*, cit., p. 151).

52 FIGUEROA YAÑEZ, G.: "Los derechos de la personalidad en general. Concepción tradicional", cit., p. 23, LARRAÍN PÁEZ, C. A.: "Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno", cit., p. 140.

53 Así NOGUERA "El derecho a la propia imagen es propio de los seres humanos y no de personas jurídicas, las cuales pueden tener una imagen comercial pero no un derecho de la personalidad que es propio únicamente de las personas naturales", NOGUERA ALCALÁ, H.: "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", cit., p. 275.

de una apreciación sensible” se “considera que las personas jurídicas son titulares del derecho a la vida privada pero de la imagen⁵⁴”.

2) No obstante, el requisito de la patrimonialidad viene puesto en discusión por parte de la doctrina. En cuanto derecho de la personalidad, el punto de partida inicial es interpretarlo como un bien extra patrimonial y direccionarlo hacia la esfera moral de la persona⁵⁵ y por ello, de producir indemnización, ésta, más bien, se relacionaría con el daño moral⁵⁶.

Pero la doctrina se pregunta si por tratarse del derecho a la imagen puede o no hablarse de su “patrimonialización⁵⁷”. En este sentido, parece que la doctrina lo enmarca en un derecho de la personalidad *suis generis* al afirmar que se admite su disponibilidad⁵⁸. Pero aunque se admita la posible interpretación extensiva de la materia laboral⁵⁹, la posición queda firme en considerar que “la disposición del derecho a la imagen (y sus prerrogativas) debe ser tratada con criterios diferentes y más estrictos que los que se invocan para los derechos patrimoniales⁶⁰”. A esta posición híbrida, se debe aparejar una un poco más extrema que, a pesar de considerar el derecho a la imagen como derecho de la personalidad, le identifica intereses patrimoniales diferenciadores⁶¹.

54 Se ha invertido el orden de la frase en los dos entrecorridos: así CORRAL, TALCIANI, H.: “La vida privada y la propia imagen como objeto de disposición negocial”, cit., p. 171.

55 Así sea afirma que “el derecho a la propia imagen haya evolucionado desde una protección centrada en lo patrimonial, hacia una protección centrada en la esfera moral de la persona” ARANCIBIA OBRADOR, M^a J.: “Reflexionando sobre los derechos a la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen”, cit., p. 59.

56 Por ejemplo constata la abertura de la jurisprudencia al daño moral en relación con la persona y los derechos de la personalidad DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: “Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño”, cit. p. 654. Así enmarcando los atributos de la personalidad la doctrina considera que “se trata de bienes extrapatrimoniales sin un significado o valor económico directo. Ello no impide que puedan llegar a tenerlo especialmente cuando se lesionan dichos atributos y hay lugar a una indemnización.” (DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil parte General*, cit., p. 119. Sobre el hecho de que son derechos extra patrimonial también FIGUEROA YAÑEZ, G.: “Los derechos de la personalidad en general. Concepción tradicional”, cit., p. 23, ARANCIBIA OBRADOR, M^a J.: “Reflexionando sobre los derechos a la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen”, cit., p. 57.

57 Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: “El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización”, cit., p. 272.

58 Aunque se pregunta si puede ser susceptible de disposición por parte de su titular: LARRAÍN PÁEZ, C.A.: “Algunos problemas prácticos relacionados con la disposición del derecho a la propia imagen, en la jurisprudencia nacional”, cit., p. 26 y 28.

59 La referencia es a los art. 145 U y art. 152 bis F del código de trabajo. En este sentido LARRAÍN PÁEZ, C. A.: “Algunos problemas prácticos relacionados con la disposición del derecho a la propia imagen, en la jurisprudencia nacional”, cit., p. 28.

60 LARRAÍN PÁEZ, C.A.: “Algunos problemas prácticos relacionados con la disposición del derecho a la propia imagen, en la jurisprudencia nacional”, cit., p. 36.

61 En este sentido se considera que “respecto de la vida privada y de la imagen, en cambio, es posible identificar intereses patrimoniales que pueden jugar de un modo diverso que el derecho fundamental y de la personalidad”: CORRAL, TALCIANI, H.: “La vida privada y la propia imagen como objeto de disposición negocial”, cit., p. 168.

Al no existir una precisa categorización de los derechos de la personalidad⁶², se incorpora el derecho a la propia imagen enmarcándolo o como “otro derecho a la intimidad”⁶³, o uno de los derechos “que protegen la integridad espiritual del titular”⁶⁴. En definitiva, el derecho a la imagen viene a colocarse en “zona gris⁶⁵”, que lo superpone o lo relaciona con los derechos a la honra e intimidad⁶⁶. En este contexto, parte de la doctrina⁶⁷ considera que el fundamento del derecho a la imagen es la dignidad, que interpreta como el fundamento de varios otros, entre ellos el derecho a la integridad personal o al honor o – como se ha evidenciado⁶⁸ - cuando que existe una interceptación del derecho a la propia imagen como manifestación a la vida pública.

Así se da constancia de este posible solapamiento con otros derechos y se considera que el derecho de imagen no es un derecho independiente⁶⁹, constatándose que en varios casos coinciden con la vulneración al derecho a la honra. Por ello hay quien enmarca el derecho a la imagen dentro del derecho de la privacidad⁷⁰.

Quiero destacar que parte de la doctrina se ha esforzado en encontrarle una entrada independiente y considerarlo un derecho autónomo. Por ello, aunque relacionado con el derecho a la intimidad, se considera como un bien jurídico

62 Aboga a esta Cfr. DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: “Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño”, cit., p. 648.

63 DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil parte General*, cit., p. 152 y ss. Esta doctrina sistematiza los atributos de la personalidad en tres categorías) integridad física y la libertad personal. 2) protección de la personalidad civil de las personas; 3) protección de su personalidad moral. En definitiva existirían un grupo de *Derechos a la individualidad* (integridad física que implica la protección de la vida y de la integridad corporal y que encuentra manifestación en también en el derecho a la intimidad privada), *otro de derecho a la intimidad donde estarían derechos como en el derecho al nombre, al estado civil y a la propia imagen y los Derechos a la personalidad moral* (afectaría al derecho de honor).

64 Cfr. FIGUEROA YAÑEZ, G.: “Los derechos de la personalidad en general. Concepción tradicional”, cit., p. 25.

65 ARANCIBIA OBRADOR, M^a J.: “Reflexionando sobre los derechos a la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen”, cit., p. 67 y ss., en particular p. 69.

66 ANGUITA RAMÍREZ, P.: “La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada”, cit., p. 24.

67 FIGUEROA YAÑEZ, G.: “Los derechos de la personalidad en general. Concepción tradicional”, cit., p. 23.

68 Véase, con reenvíos bibliográficos a PEÑA ATERO, J. I.: “El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilena, *Revista de Derecho público*, vol. 63, 2001, p. 303 y ss. El autor constata que esta sería también la opinión de CORRAL que, la cambiaría respeto a su anterior manifestada en 1996, donde relacionaba más bien el derecho a la imagen con al intimidad (vid. *op. ult. cit.*, p. 300, nota n. 99). Sobre el punto vid. CORRAL TALCIANI, H.: “El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980”, en AA.VV.: *20 años de la Constitución chilena 1981-2001* (E. NAVARRO, edit.), ConoSur, Santiago, 2001, p. 199 y ss.

69 Así para LARRAÍN “es difícil justificar desde el punto de vista de la sola vulneración a la imagen”: LARRAÍN PÁEZ, C. A.: “Jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad civil por ejercicio no autorizado del derecho a la imagen. En particular sobre el daño”, en AA.VV.: *Estudios de Derecho Civil VIII* (C. DOMÍNGUEZ HIDALGO, J. GONZÁLEZ CASTILLO, M. BARRIENTOS ZAMORANO, J. L. GOLDBERG SERRANO, ed.), Thomson Reuters, 2013, p. 582.

Sin embargo el autor parece rectificar su postura y abogar a una independencia de este derecho al afirmar que “justificar la autonomía del derecho a la imagen como derecho subjetivo, al alero del derecho a la vida privada (considerada en el sentido amplio), solución que permitiría justificar un desarrollo coherente y útil en la práctica” (LARRAÍN PÁEZ, C. A.: “Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno”, cit., p. 134).

70 Cfr. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: “El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno”, *Ius et Praxis*, n. 2, 1998, p. 71 y 72.

específico⁷¹. Así, la doctrina cada vez más aboga, por la autonomía del derecho a la propia imagen, pero siempre considerándolo o derecho de la personalidad⁷² o derecho fundamental implícito⁷³.

En definitiva el *iter* doctrinal chileno hasta ahora se puede dividir en estas etapas: identificación del derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad, exclusivo reconocimiento a la persona física y dudosa perspectiva relativa a su patrimonialidad. Finalmente, frente a un solapamiento de este derecho con los de honor e intimidad, existe una tentativa de proteger su independencia. Contextualmente, como se ha visto en el epígrafe anterior, la doctrina interpreta extensivamente normativas relativas a otros derechos de la personalidad, para que se apliquen también al derecho a la imagen.

4. La interpretación jurisprudencial

Puesto que el derecho de imagen no está expresamente regulado, los pronunciamientos de los tribunales han tenido amplia libertad a la hora de enmarcarlo en una u otra norma jurídica. Debe destacarse que en fase de interpretación jurisprudencial se da una tutela inhibitoria fundamentada en un derecho de propiedad sobre la imagen (basada en el recurso de protección del art. 24 n. 18 de La Constitución) En este sentido, se verifica una "propietarización"⁷⁴ del derecho, bajo la premisa que la imagen es una de las cosas incorpóreas sobre las cuales se tiene derecho. A esta tutela se apareja otra que mira a indemnizar la lesión de este derecho mediante un daño moral. Sin embargo, las vías para llegar a este segundo aspecto son múltiples y heterogéneas.

Sin carácter de exhaustividad⁷⁵, considero oportuno hacer algunas observaciones. Quiero destacar que las temáticas vierten esencialmente sobre el uso publicitario

71 Por ejemplo cuando se saca una imagen en público con fines publicitarios no hay violación de la intimidad sino del derecho a la imagen, porque el consentimiento para la foto se presume. En cambio si se captara una imagen en un espacio privado no hay violación a la imagen sino a la privacidad. Cfr. CORRAL, TALCIANI, H.: "La vida privada y la propia imagen como objeto de disposición negocial", cit., en particular p. 160-162.

72 ARANCIBIA OBRADOR, M^a J.: "Reflexionando sobre los derechos a la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen", cit., en particular p. 574 y ss.

73 Vid. NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", cit., p. 245 y ss.

74 En este sentido ARANCIBIA OBRADOR, M^a J.: "Reflexionando sobre los derechos a la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen", cit., p. 67 y ss., en particular p. 70.

75 Sobre un recorrido jurisprudencial y una tentativa de sistematización vid. v.gr. LARRAÍN PÁEZ, C.A.: "Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno", cit., p. 128 y ss., ANGUIA RAMÍREZ, P.: "La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada", cit., en particular p. 24 y ss., ANGUIA RAMÍREZ, P.: "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981-2004): un intento de sistematización", en AA.VV.: *Libertad de expresión en Chile* (F. GONZÁLEZ, ed.), Santiago, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 319 y ss., PEÑA ATERO, J. I.: "El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilena, cit., p. 299-302., RODRÍGUEZ PINTO, M. S.: "Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. n. 26, n. 3, 1999, p. 726-730.

de la imagen, su uso no autorizado⁷⁶, su uso autorizado pero cuya utilización ha sobrepasado el plazo concordado⁷⁷, o con una autorización a tomar la imagen pero no a difundirla⁷⁸, en estos casos la tutela inhibitoria, como he dicho, opera en la remoción de la imagen.

Así el derecho a la imagen viene a tutelarse en cuanto existe un derecho de propiedad sobre éste⁷⁹. En este sentido son poco utilizables aquellos pronunciamientos en contra a esta perspectiva anteriores⁸⁰ a la reforma laboral que, como se ha visto, reconoce expresamente un derecho de esta envergadura (*vid supra*).

Una vez lograda la tutela inhibitoria el pasaje lógico-jurídico por parte del sujeto es acudir a los tribunales para solicitar una indemnización de daño moral⁸¹. Ahora bien, a la hora de indemnizarlo existe una total heterogeneidad y se produce el encuadre del derecho de imagen al lado de otros derechos de la personalidad⁸². El

76 Es este el caso de la imagen publicitaria por ejemplo no autorizada por un tenista (*González Ramírez con VTR Banda Ancha S.A. y otro*: Corte Suprema, 29 septiembre de 2003, rol n. 3479/2003, cita online Legal Publishing CL/JUR384/2003, *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 100, 2003, II, sección 5ª, p. 117-121), por una mujer incluida en una propaganda del metro (*Villamizar Cárdenas con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.*: Corte Suprema, 12 de septiembre de 2006, rol n. 4393-2006, *Gaceta Jurídica* 315, cita online Legal Publishing CL/JUR/6348/2006) u otra en relación de una publicidad con una tienda (*Giacaman Varas con Italmad S.A. y otra*: Corte Suprema de 12 de agosto de 2008, rol n. 4407-2008, *Gaceta Jurídica* n. 338, cita online Legal Publishing CL/JUR/5884/2008).

77 Es este el caso por ejemplo de la imagen de un modelo que se sigue utilizando más del tiempo debido: *Jara Pizarro con Palla Chilena de Beneficencia y otra*: Corte Suprema, 9 de noviembre de 1997, rol n. 2829-1997, cita online Legal Publishing: CL/JUR/1049/1997, *Gaceta Jurídica*, 1997, noviembre, n° 209, pp. 49-51.

78 En relación con la utilización de una foto de una menor para la publicidad de una tienda de juguetes *Yáñez Godoy con Distribuidora Importadora Laibe*: Corte Suprema, 16 de diciembre de 2011, rol n. 9970-2011, cita online Legal Publishing CL/JUR/8966/2011.

79 "Cada persona es dueña de su imagen como atributo de su personalidad, en términos que el derecho a la propia imagen queda amparado por el derecho de propiedad". Se trata de un uso publicitario no autorizado de una imagen de un no vidente en una campaña estatal de ayuda a discapacitados: *González Ramírez con VTR Banda Ancha S.A. y otro*: Corte Suprema, 29 septiembre de 2003, cit.

80 La referencia es a la sentencia que no consideró que el derecho de imagen no es una propiedad, denegando esta lesión en relación a un uso no autorizado de las imágenes de los jugadores de fútbol del equipo chileno con ocasión del mundial de 1982 (*Caszely Garrido y otros con Salo Editores Limitada*: Corte Suprema, 18 de agosto de 1982. *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 79, 1982, II, sección 5ª, pp. 111-118). Contra – y a favor de que el derecho es una propiedad - *Sindicato Interempresas de Futbolistas Profesionales con Panini Chile S.A.*: Corte Suprema, 14 de julio de 2005. *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 102, 2005, II, sección 5ª, pp. 1076-1082. Para el uso de publicidad de una imagen por la empresa anterior a la reforma del código de trabajo: *Hilda Orellana con Caja de Compensación*: Corte de Apelaciones Valparaíso, 27 de marzo de 1997, rol n. 31/1997, *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 94, 1997, III, sección 5ª, pp. 245-251.

81 Un ejemplo ha sido el recurso de protección para el retiro de la imagen de Iván Zamorano en un anuncio publicitario de VTR para promocionar la copa libertadores. Después de la admisión del recurso, se pudo la acción de indemnización: *Rey Ramírez, Daniel con VTR*, 9º Juzgado de lo Civil, Rol N. C-8200/2005: cfr. ANGUIITA RAMÍREZ, P., "La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada", cit., p. 33 y 34, ANGUIITA RAMÍREZ, P.; "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981-2004): un intento de sistematización", cit., p. 386 y ss.

82 Vid. con amplios reenvíos jurisprudenciales: LARRAÍN PAEZ, C. A.: "Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno", cit., p. 143

derecho a la imagen viene sobrepuesto al derecho a la intimidad⁸³ o la vida privada⁸⁴ o al derecho al honor⁸⁵, aunque esta correspondencia no siempre es automática; a veces se le otorga autonomía⁸⁶.

Particular atención guarda la relación entre el derecho a la información y la imagen. Tendencialmente prima⁸⁷ el derecho a informar sobre la imagen, quizás bajo la clara consideración que el primero está constitucional y expresamente garantizado (vid. art. 19 n. 12).

Pero sí se asume una constante y es que la indemnización del daño a la imagen tiene naturaleza extrapatrimonial y se identifica con el daño moral⁸⁸.

- 83 Se considera la imagen como "atributo de la privacidad de la persona": *Solís Cerna con Servicio Nacional de Turismo*: Corte de Apelaciones de Valdivia, 10 de septiembre de 2010, rol n. 493/2010, cita online Legal Publishing: CL/JUR/6890/2010; *Valderrama Bustamante con Jerez Lara*: Corte Suprema, 14 de septiembre de 2015, rol n. 7148/2015, cita online Legal Publishing CL/JUR/5319/2015 (en este último caso se utiliza la cédula de identidad en Facebook asociándolo con un incumplimiento). En relación del derecho a la imagen tanto con la intimidad como la propiedad vid.: *Caroca Rodríguez, con Electrónica Sudamericana Ltda.*: Corte Suprema, 9 de junio de 2009, rol n. 2506/2009, cita online Legal Publishing CL/JUR/9434/2009 (en relación con la publicidad de un producto electrónico).
- 84 En relación al "respeto de la vida privada y pública" *Rischmaui Grinblatt con Consorcio Periodístico de Chile S.A. Copesa*: Corte Suprema, 9 de septiembre de 1997, rol n. 3.208/97, *Gaceta Jurídica*, 1997, septiembre, n° 207, pp. 57-60. En otro caso no se considera violado el derecho a la intimidad para sacar una foto a una mujer en un lugar público (playa): *Alvarado Solari con Diario La cuarta* (1989): Corte Suprema de 16 de agosto de 1989, rol n. 14598/2009, cita online Legal Publishing CL/JUR/346/1989 vid. también Corte de Apelaciones de Santiago, 1 agosto 1989, *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 86, (1989), II, sección 5ª, pp. 126-129.
- 85 Por ejemplo se considera violado el derecho a la honra y no de la imagen en el caso de utilización de la imagen para un uso diferente (la autorización era para usar la imagen sobre reportaje de solteros que adoptaban hijos cuando en cambio se utilizó para un calendario relativo a una campaña antidroga. *Larrain Fuenzalida y otra con Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes 'CONACE'*: Corte Suprema, 25 de noviembre de 2004, *Revista Fallos del Mes*, n° 528, 2004, p. 2.877.
- 86 Así se afirma que el derecho a la imagen "debe ser tratado como un bien jurídico, en este caso autónomo e independiente de la intimidad y honra, aun cuando generalmente sea considerado por la doctrina y jurisprudencia parte integrante de este derecho fundamental" *Mena Oeriz con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, 26° Juzgado civil de Santiago, 3 de abril de 2003, rol n. 273/2002 (utilización de un imagen fotografía en una telenovela con otra finalidad de la concertada). La sentencia es comentada por ANGUIA RAMÍREZ, P.: "La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada", cit., p. 30 y ss.
- 87 Así se autoriza el uso de una imagen mapuche relacionada con un reportaje sobre "conflicto mapuches": *Huaiquilo Huaiquilo con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile*: Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de octubre de 2010, rol n. 3963/2010, cita online Legal Publishing CL/JUR/8705/2010. O el uso de determinadas imágenes del perfil personal de Facebook frente a la negativa del sujeto, a la hora de ser entrevistado, d no sr gravado (se trataba de un pastor evangélico en relación de algunas fotografías exhibidas en un reportaje de denuncia indignado por ruidos molestos. Guerra entre vecinos e Iglesia". Sin embargo debe constatarse que la sentencia tiene un voto particular (Ministro Sra. Egnem), *Raúl David Alvarado Granja contra Canal 13*, Corte de Apelaciones de Valparaíso de 7 de julio de 2014, rol n. 1306/2014 (revocada por la Corte Suprema 8 de octubre de 2014 (rol n. 21499/2014). Para un comentario de esta última sentencia ARANCIBIA OBRADOR, M. J.: "Cuándo nuestras imágenes dejan de pertenecernos? La tensión entre el derecho a la propia imagen y la libertad de informar", *Revista de Derecho. Escuela de Post grado Universidad de Chile*, n. 6, 2014, p. 245 y ss. Sobre la relación con la información también cfr: PFEFFER URQUIAGA, E.: "Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información", *Ius et Praxis*, n. 1, 2000, en particular p. 472 y ss. También prima la libertad de informar o de expresión en *Guiloff Rosenberg con Red Televisiva Megavisión S.A y otras*: Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de junio de 2011, rol n. 4911/2010 (autorizado a ser fotografiado en el bar, sale en la página web de la cerveza), *Claude Reyes con Producciones y Talleres La Toma Limitada*: Corte Suprema, 18 de marzo de 2014, rol n. 146986/2013, cita online Legal Publishing CL/JUR/315/2014 (en relación a un video de un personaje público).
- 88 En relación a la indemnización por daño moral entre otras *Bustamante con Editorial Televisa Chile S.A.*: Corte Suprema 10 de octubre de 2006, rol n. 3389/2004, cita online Legal Publishing CL/JUR/6376/2004 (uso no

IV. LA IMAGEN COMO SILUETA EN LA CUAL TOMAN FORMA OTROS DERECHOS Y SU CARÁCTER PATRIMONIAL

Del análisis efectuado se pueden traer algunas primeras conclusiones. En Chile el derecho a la imagen no está regulado, con excepción de la normativa laboral. Son la doctrina y la jurisprudencia las que amplían su campo de acción considerándolo, por una parte, un derecho de la personalidad y, por otra, reconociéndole una indemnización por daño moral. Aquí es útil remarcar la tendencia, en algunos casos, de la denegación del daño a la imagen porque no ha sido probado⁸⁹, o, a pesar de que se haga, se caracterizan por votos particulares⁹⁰ que remarcan este aspecto. Esto, en parte, se mueve por la premisa de que, a veces se considera la existencia de una presunción de autorización⁹¹ de la imagen y que por eso se “deberá demostrar que la referida utilización no consentida de su imagen le produjo perjuicio, sean patrimoniales o morales”⁹².

autorizado de imagen en revista en relación a reportaje sobre la eyaculación precoz), *Doris Margarita, Campos Job con Municipalidad de Arica*: Corte Suprema 3 de agosto de 2000, rol n. 2373/2000, cita online Legal Publishing CL/JUR/3782/2000 (utilización no autorizada de imagen de un menor en una campaña pública de maltrato infantil), *Olguín Matus con Empresa el Mercurio S.A.P.* Corte Suprema de 20 de octubre de 2010, rol n. 4610/2010 (imagen relacionada con difusión video pornográfico), *Valdivia Jara con Goic Simunovic y otro*: Corte Suprema, 10 de marzo de 2015, rol n. 30475/2014, cita online Legal Publishing CL/JUR/1383/2015 (difusión sin autorización de imagen de bailarina que trabajaba en bar nocturno utilizada por promocionar el local donde trabajaba en la página web); *Arellano Díaz con Almacenes Paris Ltda.*: Corte Suprema, 19 de octubre de 2011, rol n. 9013/2011, cita online Legal Publishing CL/JUR/8290/2011 (grabaciones en el camerino de video de cambio de ropa para trabajar dentro del almacén).

89 Así se afirma que “la sola vulneración del derecho a la propia imagen del actor no justifica su indemnización bajo el rubro del daño moral”: *Marré Grez con Banco Santander-Chile*: Corte Suprema, 24 de junio de 2015, rol n. 26515/2015, cita online Legal Publishing CL/JUR/3866/2015 (se deniega la indemnización para la utilización de la imagen de un chef famoso usada para la publicidad de un banco).

También sobre la denegación vid. *Rosario con Dimeiggs S.A.*: Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de enero de 2010, rol n. 2396/2008, cita online Legal Publishing CL/JUR/574/2010 (bailarina fotografiada en un lugar público durante el evento de publicidad y sus imágenes usadas para promocionar tienda). Se deniega también el derecho a la imagen en *Salazar Leiva con Ministerio de Obras Públicas*: Corte Suprema, 7 de diciembre de 2009, rol n. 6615/2009, cita online Legal Publishing CL/JUR/4506/2009 (imagen autorizada para publicidad obras públicas), *Zurita Casanova con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile*: Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 2010, rol n. 553/2009, cita online Legal Publishing CL/JUR/1852/2010 (imagen utilizada dentro de un reportaje de violencia familiar), *Riquelme Oliva con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile*: Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de noviembre de 2010, rol n. 3850/2010, cita online Legal Publishing CL/JUR/8947/2010, (imagen policía accesoria a una red de prostitución), *Cordero Velásquez con Red de Televisión Chilevisión S.A.*: Corte Suprema, 19 de marzo de 2014, rol n. 5844/2013, cita online Legal Publishing CL/JUR/460/2014 (videograbación obtenida en la consulta médica, relacionada con el derecho a la intimidad).

Toda otra circunstancia es la donde se deniegue la protección porque no se identifica el sujeto en las imágenes (no era la persona representada en una cajetilla de cigarrillos): *Inai Sandoval con Ministerio de Salud*: Corte Suprema, 13 de abril de 2010, rol n. 14/2010, cita online Legal Publishing CL/JUR/1639/2010.

90 Votos en este sentido se dan en *Tremiguel Lemui con I. Municipalidad de Osorno*: Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de diciembre de 2012 (imagen de una mujer incluida en una campaña publicitaria de un programa para promover la integración de los indígenas); *Rudzajcs Guzmán con Masisa S.A.*: Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de diciembre de 2009, rol n. 787/2009, cita online Legal Publishing CL/JUR/4300/2009 (mantenimiento de la imagen en la página web después del despido). Relativamente al caso *Tremiguel Lemui* la Casación confirmó la opinión mayoritaria de los jueces de apelaciones: Corte Suprema 25 de septiembre de 2013, rol n. 481/2013, cita online Legal Publishing CL/JUR/2109/2013.

91 En este sentido la doctrina, a la hora de tratar la forma y el alcance del consentimiento tácito o expreso, afirma que el sujeto podría relacionar su conducta a una exposición imprudente al daño que operaría como factor de atenuación de la eventual responsabilidad de quien usa la imagen: Cfr. CORRAL TALCIANI, H.: “La vida privada y la propia imagen como objeto de disposición negocial”, cit., p. 166 y ss.

92 *Marré Grez con Banco Santander-Chile*: Corte Suprema, 24 de junio de 2015, cit.

Aunque parezca extremo, puede sostenerse que en Chile no existe un “derecho a la imagen” *stricto sensu*. Al fin al cabo la imagen es el “marco”, la *silueta* en la cual toman forma derecho al honor, derecho a la intimidad u otro⁹³. Lo que sí existe, y de esto es la prueba la normativa laboral, es un “derecho a la explotación de la imagen”. Es decir, un derecho patrimonial a poder explotar la propia imagen. Y este queda como independiente (aunque compatible) con los derechos de la personalidad, sin ser uno de ellos. Es por lo anterior, que los arts. 145-I y 152 bis F del Código del Trabajo hablan de “explotación comercial de la imagen”, y sólo de esto que se trata: de un derecho patrimonial explotable. Claramente la utilización inapropiada de una imagen podrá dar o no lugar también a un daño moral producido por la violación del derecho al honor o a la intimidad, pero en su óptica independiente, la imagen es propiedad de la persona, propiedad que le garantiza por un lado la tutela inhibitoria ex art. 19 n. 24 de la Constitución Política, y, por otro lado, ganancias por su utilización.

Aclarado que lo que existe un “derecho a la explotación de la propia imagen” hay que preguntarse si también hay una posible manifestación más amplia de este derecho. La doctrina había excluido este derecho “a falta de una apreciación sensible”⁹⁴ para las personas jurídicas. Ahora bien, podría configurarse un derecho a la imagen que indirectamente las beneficie. Lo que antes no había, a mi entender, ahora puede darse. Esta apreciación sensible que faltaba, viene dada por la modificación al reglamento sanitario de alimentos⁹⁵. La nueva regulación procede, en términos generales, a establecer la información que debe constar en el etiquetado y su principal fundamento es fomentar una vida más saludable con particular atención la alimentación de los menores frente a la obesidad. Sin embargo, su nuevo art. 110 bis puede ser útil para apoyar una fundamentación de una tutela de la imagen que excede a la persona física. Esta disposición, a contrario, muestra la existencia de una imagen relacionada con un producto, cuya propiedad y explotación puede favorecer la persona jurídica.

93 Otro ejemplo es dado por el art. 151 bis del código de trabajo por el cual no se puede condicionar la contratación laboral u otra medida discriminatoria al uso de determinados uniformes o distintivo Aquí al fin al cabo la protección es de la libre expresión que encuentra su manifestación en un aspecto exterior cual es la imposición de una uniforme.

Art. 151 bis código de trabajo: “Ningún empleador podrá condicionar la contratación de trabajadores de casa particular, su permanencia o renovación de contrato, o la promoción o movilidad en su empleo, al uso de uniformes, delantales o cualquier otro distintivo o vestimenta identificadores en espacios, lugares o establecimientos públicos como parques, plazas, playas, restaurantes, hoteles, locales comerciales, clubes sociales y otros de similar naturaleza”.

94 Se “considera que las personas jurídicas son titulares del derecho a la vida privada pero de la imagen (a falta de una apreciación sensible”): así CORRAL TALCIANI, H.: “La vida privada y la propia imagen como objeto de disposición negocial”, cit., p. 171.

95 Decreto Ministerio Salud n. 13/2015 que modifica el decreto supremo n. 977/1996, publicado en el *Diario Oficial de la República de Chile*, 26 de junio de 2015, cit.

El art. 110 bis a la hora de tratar la rotulación de la publicidad afirma que en los alimentos que superan la composición normal de sodio, azúcares o grasa saturada⁹⁶ “no se podrá realizar publicidad dirigida a menores de 14 años, cualquiera sea el lugar donde ésta se realice. Para estos efectos, se podrá considerar que la publicidad está dirigida a este grupo etario si emplea, entre otros elementos, personajes y figuras infantiles, animaciones, dibujos animados, juguetes, música infantil...”. Consecuencia de esta normativa es la desaparición en la imagen de determinados productos o de figuras que las identificaban o, incluso, en algunos casos, de juguetes incorporados al producto alimenticio. Lo que la normativa considera como “publicidad”, en definitiva es la imagen que caracteriza el producto, aún más si el producto ya está comercializado de esa manera tan característica en el mercado desde varios años. Aunque es verdad que en determinados casos ciertos juguetes o accesorios pueden ser de incentivo y servir como gancho comercial (como identifica correctamente la normativa), hay que ir más allá y señalar que, en cambio, hay determinados accesorios o juguetes que contribuyen o han contribuido desde siempre a crear la imagen de un producto. No estoy refiriéndome a un diseño industrial específico o registrado – relacionado con la propiedad intelectual - sino a la imagen de un producto que se ha caracterizado en una óptica bi o tridimensional con una imagen o se ha creado por un conjunto de factores hasta otorgarle incluso el nombre. Un ejemplo puede ser útil. Si determinados productos tuvieran otra forma, otra imagen, no se caracterizarían más por lo que son. ¿Podría ser el huevo kínder sorpresa, un cubo de chocolate vacío?

El decreto al identificar y afirmar que determinadas imágenes pueden influir sobre las compraventas, está indirectamente reconociendo que todo tipo de imagen o accesorio asociada a un producto ha sido intrínsecamente incorporada al producto mismo en su fase anterior; y por ello legitima a tener un derecho de propiedad sobre la imagen adquirida antes de la emanación del decreto.

En este sentido, la tutela sobre la propiedad de la imagen se desarrolla de manera antitética según se refiera a la persona física o a un producto (relacionado con una persona jurídica). En el primer caso, el interés de la persona física será abogar a una tutela inhibitoria, al retiro de la imagen; en el segundo caso, será abogar al mantenimiento de la imagen que siempre ha caracterizado el producto. La eventual prohibición de utilizar una imagen de producto (piénsese en el “kínder sorpresa” que ya carece de ésta última), puede indirectamente lesionar el derecho a la comercialización de la misma y generar daños y perjuicios, todas las veces que se demuestre que la eliminación o la modificación de la imagen originaria, por ejemplo, ha producido un decremento de las ventas.

96 Estos valores están fijados por la tabla n. 1 del art. 120 bis del reglamento.

En definitiva, dejando fuera de este contexto lo que se configura como marca comercial, al identificar el nuevo decreto (vid. anexo 2) determinadas "piezas publicitarias" que se caracterizan por la presencia de juguetes, imágenes o animaciones en determinados productos, *a contrario*, está reconociendo que para los ya existentes hay un derecho de propiedad y de imagen sobre ellos. La imagen de ese producto siempre se ha caracterizado por poseer determinados elementos y estos elementos son explotables patrimonialmente. Así, si el Decreto puede prohibir nuevas conformaciones de productos o de imágenes, nunca puede permitir que se elimine la imagen ya existente de un producto. Y en cuanto adquirida, esa imagen, es explotable patrimonialmente, igual que en ámbito laboral en la persona física. Por ello, la imagen de un producto relacionado con una persona jurídica debe garantizarse al igual de la imagen de una persona física y toda la disminución del daño emergente o lucro cesante, debidamente demostrada produciría una indemnización a favor del propietario de la imagen, en el caso de un producto, una persona jurídica⁹⁷.

Se trata de preservar la fisicidad y la composición –en su componente representativos - de un producto independientemente de que la marca esté o no registrada. Se trata de la existencia y representación del producto. Por ello, existe un derecho a la protección de esta imagen que existe independientemente de que la marca resulte registrada, independiente de la propiedad intelectual o de un diseño industrial. No se trataría de un derecho extra patrimonial, sino de uno patrimonial fundamentado sobre la propiedad a la imagen desde el cual emana un derecho a que esta pueda ser mantenida o utilizada (incluso con fines económicos). En este sentido la imagen del producto puede identificarse en su materialidad incluso tridimensional. Por ello la imagen no podrá estar formada sólo por la incorporación de una representación de algo en el producto, sino podrá ser dada por unos de sus componentes característicos (componente no sujeto al diseño industrial) que lo ha distinguido - con anterioridad a la nueva normativa - y que ha servido para distanciarlo de los demás productos. Por ello la indebida eliminación de una imagen que ha servido a posicionar el producto lesionaría su derecho de protección y podría provocar un daño patrimonial al demostrar que esto ha generado determinadas pérdidas patrimoniales.

V. ALGUNAS CONCLUSIONES

Después unas primeras conclusiones del epígrafe anterior se puede ir un poco más allá y recapitular. En este sentido, en Chile, la persona física no tiene un verdadero

97 Y en parte si se piensa incluso para las personas física hay quien ha hablado de un *right to publicity*. PAara la doctrina chilena v.gr.: CORRAL TALCIANI, H.: "La vida privada y la propia imagen como objeto de disposición negocial", cit., p. 160 y ss.; DE LA MAZA GAZMURI I.: "La explotación comercial consentida de la imagen: el derecho de publicidad (*right of publicity*) en el caso estadounidense", en AA.VV.: *Veinticinco años de aplicación de la Ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* (J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, ed.), Aranzadi, Cizur menor, 2007, p. 181 y ss.

derecho a la imagen, sólo un derecho positivo a la explotación de la imagen acompañado de otro, negativo, inhibitorio. Ambos derechos están relacionados con su propiedad. El contenido patrimonial se manifiesta sólo en la fase de explotación, que, en el caso del producto, puede ser indirecta.

Además la reforma sobre el etiquetado crea *a contrario* un derecho patrimonial debido a la vulneración de derechos adquiridos de la persona jurídica asociado a la propiedad de un producto cuya imagen haya sido lesionada. La propiedad de la imagen así como ya confirmada por la tutela inhibitoria de los recursos de protección a tenor del art. 19 n. 24 Constitución Política, se viene aquí a ampliar y a entremezclar con la visión propia de la comercialización del derecho a la imagen (reflejada en la única normativa chilena en vigor). En este sentido, se perfila un derecho al mantenimiento de la imagen de determinados productos, indirectamente relacionados con la persona jurídica, que pueden generar un daño patrimonial. Este daño patrimonial puede también darse en caso de utilización apropiada para uso publicitario de una imagen que incluso podría complementarse y acumularse con la violación de otros daños morales, todas las veces que se exista una lesión del derecho al honor o a la intimidad.

Efectivamente, la imagen del producto puede influir sobre su visibilidad y sobre su incremento o decremento de ventas. Por ello, todo tipo de imagen relacionada con un producto que sirva para caracterizarlo expresamente y que exista antes de la entrada en vigor del decreto n. 13/2015 es totalmente legítima y existe un derecho de propiedad sobre ella. En este sentido, en determinados casos la imagen de un animal, o la incorporación de otro componente (material) característico debe considerarse parte esencial e integral del producto, es todo uno en su unidad, reflejando su imagen. Aunque fuera un gancho para incentivar su consumo, está legitimada porque existente antes de su prohibición. Es como si se le impusiera a una persona cambiar de imagen, o *look*, cuando esa imagen, pelo o bigote lo hayan caracterizado desde siempre. Son propias esas características las que la diferencian de los demás y crean su propia imagen.

Por ello, si debido a la nueva normativa sobre etiquetado se le privara a un producto de su tradicional imagen esto provocaría un indudable daño patrimonial todas las veces que, por ejemplo, se demuestre que su pérdida de imagen haya provocado una merma de venta debida al nuevo etiquetado.

Indudablemente esta perspectiva podría parecer un poco atrevida, pero los tiempos cambian y la tendencia parece ser, *nolens o volens*, hacia una estricta patrimonialización, incluso de todo tipo de derecho de la personalidad. Al fin y al cabo, la cesión de datos sensibles suministrados por un consumidor, podrán en breve llegar a ser un instrumento de negocio. En este sentido, esta cesión podría llegar a

tener una cuantificación económica patrimonial equiparable al pago en dinero⁹⁸. Así que si es posible que la contraprestación sea una cesión de datos personales, todo otro tipo de interpretación es posible, aún más si, como ha quedado demostrado, normativamente el derecho a la imagen en Chile no es un atributo de la personalidad.

98 Así parece decantarse la propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales [COM(2015) 634 final].
Por su art. 3: "La presente Directiva se aplicará a cualquier contrato en virtud del cual el proveedor suministra contenidos digitales al consumidor o se compromete a hacerlo y, a cambio, se paga un precio o el consumidor facilita activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos".

VI. BIBLIOGRAFÍA.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., SOMARRIVA UNDURRAGA, M., VODANOVIC HAKLICKA, A.: *Tratado de Derecho Civil. Parte preliminar y general*, Editorial Jurídica, Santiago de Chile, tomo I, 1998.

ANGUITA RAMÍREZ, P.: "Jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la propia imagen y a la vida privada en Chile (1981-2004): un intento de sistematización", Felipe González (ed.), *Libertad de expresión en Chile*, Santiago, Universidad Diego Portales, 2006, pp. 319-521.

ANGUITA RAMÍREZ, P.: *La protección de datos personales y el derecho a la vida privada*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2007.

ANGUITA RAMÍREZ, P.: "La protección civil del derecho a la propia imagen, honra y vida privada ante la jurisprudencia. Obstáculos normativos para una reparación adecuada", *Cuadernos de Análisis jurídicos*, Serie Colección de Derecho Privado, n. IV, 2008, p. 19-55.

ARANCIBIA OBRADOR, M^a J.: "Reflexionando sobre los derechos a la personalidad desde la perspectiva del derecho a la propia imagen", *Revista de Derecho*, n. 9, 2014, p. 55-80.

ARANCIBIA OBRADOR, M. J.: "Cuándo nuestras imágenes dejan de pertenecernos? La tensión entre el derecho a la propia imagen y la libertad de informar", *Revista de Derecho. Escuela de Post grado Universidad de Chile*, n. 6, 2014, p. 245-258.

CARAPEZZA FIGLIA, G.: "La protección del derecho a la imagen en el derecho italiano", *Revista boliviana de Derecho*, n. 15, 2013, pp. 180-199.

CASTÁN VÁZQUEZ, J.: "Los derechos de la personalidad", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, n. 1-2, 1952, p. 7-62.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: "Los llamados derecho de la personalidad", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 12, n. 4, 1959, p. 1237-1276.

COROMINES I VIGNEAUX, J.: *Breve diccionario etimológico de la lengua castellana*, tercera edición muy revisada y mejorada, Gredos, Barcelona, 2008.

CORRAL, TALCIANI, H.: "La vida privada y la propia imagen como objeto de disposición negocial", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, n. 8, 2001, p. 159-179.

CORRAL TALCIANI, H.: "El respeto y protección de la vida privada en la Constitución de 1980" en AA.VV., 20 años de la Constitución chilena 1981-2001, Navarro, Enrique (edit.), ConoSur, Santiago, 2001, p. 199-224.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador): *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 111982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2007.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. (coordinador): *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2011, Contreras Navidad, Salvador; *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*, Aranzadi, Cizur Menor, 2012.

DE LA MAZA GAZMURI I.: "La explotación comercial consentida de la imagen: el derecho de publicidad (right of publicity) en el caso estadounidense", *Veinticinco años de aplicación de la Ley orgánica 111982 de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al Honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Aranzadi, Cizur menor, 2007, p. 181-197.

DIEZ DÍAZ, J.: *¿Derecho de la personalidad o bienes de la persona?*, Reus, Madrid, 1963.

DÍAZ TOLOSA, R. I.: "Delitos que vulneran la intimidad de las personas: análisis crítico del artículo 161-A del Código Penal Chileno", *Ius et Praxis*, vol. 13, n° 1, 2007, p. 291-314.

DOMÍNGUEZ HIDALGO, C.: "Los derechos de la personalidad y el principio de reparación integral del daño", en *Estudios de Derecho Civil IV, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Olmué, de 2008*, (coord. C. PIZARRO WILSON), (Legal Publishing, Santiago de Chile, 2009, p. 645-659.

DUCCI CLARO, C.: *Derecho Civil parte General*, reimpresión de la 4ª ed. Actualizada, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2005.

ESTRADA ALONSO, E.: *El derecho al honor en la Ley orgánica n. 1982, de 5 de marzo*, Madrid: Civitas, 1989.

FIGUEROA YAÑEZ, G.: "Los derechos de la personalidad en general. Concepción tradicional", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1998, p. 21-34.

GÓMEZ DE AMESCUA, B.: *Tractatus de potestate in seipsum*, Mediolani, apud Petrum Martyrem Locarnum, 1609.

GUERRERO LEBRÓN, M.: *La injuria indirecta en derecho romano*, Dykinson, Madrid, 2005.

YZQUIERDO, TOLSADA, M.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", en REGLERO CAMPOS, F. L. Y BUSTO LAGOS, J. M., *Tratado de responsabilidad civil*, tomo II, 5a ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2014, p. 1366-1498.

LARRAÍN PÁEZ, C. A.: "Jurisprudencia reciente en materia de responsabilidad civil por ejercicio no autorizado del derecho a la imagen. En particular sobre el daño", Carmen Domínguez Hidalgo, Joel González Castillo, Marcelo Barrientos Zamorano, Juan Luis Goldemberg Serrano (ed.), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Thomson Reuters, 2013, p. 573-583.

LARRAÍN PÁEZ, C. A.: "Algunas cuestiones relevantes sobre el derecho al honor y la responsabilidad civil, en particular sobre el daño moral, el art. 2331 del Código Civil y la legitimación activa", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 17. Santiago. Diciembre, 2011, p. 143-189.

LARRAÍN PÁEZ, C. A.: "Algunos problemas prácticos relacionados con la disposición del derecho a la propia imagen, en la jurisprudencia nacional", VIDAL OLIVARES, A., SEVERIN FUSTER, G., MEJÍAS ALONZO C. (ed.), *Estudios de Derecho Civil X*, Thomson Reuters, 2015, p. 25-36.

LARRAÍN PÁEZ, C. A.: "Responsabilidad civil por vulneración del derecho a la imagen: análisis comparado y propuestas para el derecho chileno", *Revista chilena de Derecho Privado*, 2016, n. 26, p. 119-185.

LATHROP GÓMEZ, F.: "El derecho a la imagen de niños, niñas y adolescentes en Chile", *Revista Chilena de Derecho*, v. 40, n° 3, 2013, p. 929-952.

MATURANA POZO, B.: "Protección penal de la privacidad. Artículos 161-A y 161-B del Código Penal". *Actualidad Jurídica*. n. 29, 2014, p. 567-578.

NASH ROJAS, C.: *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, colaboradores MILOS, C., NOGUEIRA, A., NÚÑEZ, C., Universidad de Chile, Centro de Derecho Humanos, 2012.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El derecho a la propia imagen como derecho fundamental implícito. Fundamentación y caracterización", *Ius et praxis*, n. 2, 2007, p. 245-285.

NOGUEIRA ALCALÁ, H.: "El derecho a la privacidad y a la intimidad en el ordenamiento jurídico chileno", *Ius et Praxis*, n. 2, 1998, p. 65-106.

NOGUEIRA MUÑOZ, P.: *El derecho a la propia imagen. Naturaleza jurídica y sus aspectos protegidos*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2010.

PEÑA ATERO, J. I.: "El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilena", *Revista de Derecho público*, vol. 63, 2001, p. 279-306.

PEÑA ATERO, J. I.: "El derecho a la propia imagen en la doctrina y jurisprudencia chilena", *Revista de Derecho público*, vol. 64, p. 283-308.

PFEFFER URQUIAGA, E.: "Los derechos a la intimidad o privacidad, a la honra y a la propia imagen. Su protección frente a la libertad de opinión e información", *Ius et Praxis*, n. 1, 2000, p. 465-474.

RODRÍGUEZ PINTO, M. S., "Protección de la vida privada: líneas jurisprudenciales", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. n. 26, n. 3, 1999, p. 719-744.

ROGEL, VIDE C.: *Bienes de la personalidad, derecho fundamentales y libertades públicas*, Bolonia, Real Colegio de España, 1985.

TAPIA RODRÍGUEZ, M., "Fronteras de la vida privada en el derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, n. 11, en particular p. 127-144.

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, *factsheet- rights to the protection of one's image*, junio 2016, http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Own_image_ENG.pdf.

UGARTE CATALDO, J. L.: *Derechos, trabajo y Privacidad*, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, Santiago, 2011.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Montecorvo, Madrid, 1984.

VII. SENTENCIAS CITADAS

I. Corte Interamericana de derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de noviembre de 2012 (*Caso Fontevecchia y D'Amico vs Argentina*).

Puede consultarse http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_238_esp.pdf

2. Corte Suprema (Chile)

Corte Suprema, 18 de agosto de 1982, (*Caszely Garrido y otros con Salo Editores Limitada*), *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 79, 1982, II, sección 5ª, pp. 111-118.

Corte Suprema de 16 de agosto de 1989, (*Alvarado Solari con Diario La cuarta*), rol n. 14598/2009, cita online Legal Publishing CL/JUR/346/1989.

Corte Suprema, 9 de septiembre de 1997, (*Rischmaui Grinblatt con Consorcio Periodístico de Chile S.A. Copesa*), Rol n. 3.208/97, *Gaceta Jurídica*, 1997, septiembre, n° 207, pp. 57-60.

Corte Suprema, 9 de noviembre de 1997, (*Jara Pizarro con Polla Chilena de Beneficencia y otra*), rol: n. 2829-1997, cita online Legal Publishing: CL/JUR/1049/1997, *Gaceta Jurídica*, 1997, noviembre, n° 209, pp. 49-51.

Corte Suprema 3 de agosto de 2000, (*Doris Margarita, Campos Job con Municipalidad de Arica*), rol n. 2373/2000, cita online Legal Publishing CL/JUR/3782/2000.

Corte Suprema, 29 septiembre de 2003, (*González Ramírez con VTR Banda Ancha S.A. y otro*) rol 3479/2003, cita online Legal Publishing CL/JUR384/2003, *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 100, 2003, II, sección 5ª, p. 117-121

Corte Suprema, 25 de noviembre de 2004, (*Larraín Fuenzalida y otra con Consejo Nacional para el Control de Estupefacientes 'CONACE'*), *Revista Fallos del Mes*, n° 528, 2004, p. 2.877.

Corte Suprema, 14 de julio de 2005, (*Sindicato Interempresas de Futbolistas Profesionales con Panini Chile S.A.*), *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 102, 2005, II, sección 5ª, pp. 1076-1082.

Corte Suprema, 12 de septiembre de 2006, (*Villamizar Cárdenas con Empresa de Transporte de Pasajeros Metro S.A.*), rol n. 4393-2006, *Gaceta Jurídica* 315, cita online Legal Publishing CL/JUR/6348/2006)

Corte Suprema 10 de octubre de 2006, (*Bustamante con Editorial Televisa Chile S.A.*), rol n. 3389/2004, cita online Legal Publishing CL/JUR/6376/2004.

Corte Suprema de 12 de agosto de 2008, (*Giacaman Varas con Italmód S.A. y otra*), rol n. 4407-2008, *Gaceta Jurídica* n. 338, cita online Legal Publishing CL/JUR/5884/2008).

Corte Suprema, 9 de junio de 2009, (*Caroca Rodríguez, con Electrónica Sudamericana Ltda.*), rol n. 2506/2009, cita online Legal Publishing CL/JUR/9434/2009.

Corte Suprema, 7 de diciembre de 2009, (*Salazar Leiva con Ministerio de Obras Públicas*), rol n. 6615/2009, cita online Legal Publishing CL/JUR/4506/2009.

Corte Suprema, 13 de abril de 2010, (*Inai Sandoval con Ministerio de Salud*), rol n. 14/2010, cita online Legal Publishing CL/JUR/1639/2010.

Corte Suprema de 20 de octubre de 2010, (*Olgüín Matus con Empresa el Mercurio S.A.P.*), rol n. 4610/2010.

Corte Suprema, 19 de octubre de 2011, (*Arellano Díaz con Almacenes Paris Ltda.*), rol n. 9013/2011, cita online Legal Publishing CL/JUR/8290/2011.

Corte Suprema, 16 de diciembre de 2011, (*Yáñez Godoy con Distribuidora Importadora Laibe*), rol n. 9970-2011, cita online Legal Publishing CL/JUR/8966/2011.

Corte Suprema 25 de septiembre de 2013, (*Tremigual Lemui con I. Municipalidad de Osorno*), rol n. 481/2013, cita online Legal Publishing CL/JUR/2109/2013. Precedida de Corte de Apelaciones de Valdivia, 7 de diciembre de 2012.

Corte Suprema, 18 de marzo de 2014, (*Claude Reyes con Producciones y Talleres La Toma Limitada*), rol n. 146986/2013, cita online Legal Publishing CL/JUR/315/2014.

Corte Suprema, 19 de marzo de 2014, (*Cordero Velásquez con Red de Televisión Chilevisión S.A.*), rol n. 5844/2013, cita online Legal Publishing CL/JUR/460/2014.

Corte Suprema, 8 de octubre de 2014, (*Raúl David Alvarado Granja contra Canal 13*), rol n. 21499/2014.

Corte Suprema, 10 de marzo de 2015, (*Valdivia Jara con Goic Simunovic y otro*), rol n. 30475/2014, cita online Legal Publishing CL/JUR/1383/2015.

Corte Suprema, 24 de junio de 2015, (*Marré Grez con Banco Santander-Chile*), rol n. 26515/2015, cita online Legal Publishing CL/JUR/3866/2015.

Corte Suprema, 14 de septiembre de 2015, (*Valderrama Bustamante con Jerez Lara*), rol n. 7148/2015, cita online Legal Publishing CL/JUR/5319/2015.

3. Corte de Apelaciones y juzgados de primera instancia (Chile)

Corte de Apelaciones de Santiago, 1 de agosto de 1989, (*Alvarado Solari con Diario La cuarta*), *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 86, (1989), II, sección 5ª, pp. 126-129.

Corte de Apelaciones Valparaíso, 27 de marzo de 1997, (*Hilda Orellana con Caja de Compensación*), rol n. 31/1997, *Revista Doctrina y Jurisprudencia*, tomo 94, 1997, III, sección 5ª, pp. 245-251.

26° Juzgado civil de Santiago, 3 de abril de 2003, (*Mena Oeríz con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile*), rol n. 273/2002.

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2 de diciembre de 2009, (*Rudzajs Guzmán con Masisa S.A.*), rol n. 787/2009, cita online Legal Publishing CL/JUR/4300/2009.

Corte de Apelaciones de Santiago, 19 de enero de 2010, (*Rosario con Dimeiggs S.A.*), rol n. 2396/2008, cita online Legal Publishing CL/JUR/574/2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, 23 de marzo de 2010, (*Zurita Casanova con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile*), rol n. 553/2009, cita online Legal Publishing CL/JUR/1852/2010.

Corte de Apelaciones de Valdivia, 10 de septiembre de 2010, (*Solís Cerna con Servicio Nacional de Turismo*), rol n. 493/2010, cita online Legal Publishing: CL/JUR/6890/2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, 25 de octubre de 2010, (*Huaiquillao Huaiquillao con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile*), rol n. 3963/2010, cita online Legal Publishing CL/JUR/8705/2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, 2 de noviembre de 2010, (*Riquelme Oliva con Corporación de Televisión de la Pontificia Universidad Católica de Chile*), rol n. 3850/2010, cita online Legal Publishing CL/JUR/8947/2010.

Corte de Apelaciones de Santiago, 22 de junio de 2011, (*Guiloff Rosenberg con Red Televisiva Megavisión S.A y otras*), rol n. 4911/2010.

Corte de Apelaciones de Valparaíso de 7 de julio de 2014, (*Raúl David Alvarado Granja contra Canal 13*), rol n. 1306/2014.



LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS Y SU IMPACTO EN LOS
DERECHOS AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y PROTECCIÓN
DE DATOS DEL MENOR. MECANISMOS JURÍDICOS DE
PROTECCIÓN: CARENCIAS, INTERROGANTES Y RETOS DEL
LEGISLADOR

*THE NEW TECHNOLOGIES AND HIS IMPACT IN THE RIGHTS TO
THE HONOR, INTIMACY, IMAGE AND PROTECTION OF INFORMATION
OF THE MINOR. JURIDICAL MECHANISMS OF PROTECTION: LACKS,
QUESTIONS AND CHALLENGES OF THE LEGISLATOR*

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 168-191



Amelia
SÁNCHEZ
GÓMEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 27 de febrero de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: El cambio de paradigma que han supuesto las nuevas tecnologías, ha puesto de manifiesto la necesaria protección de los derechos fundamentales afectados (honor, intimidad, imagen y protección de datos personales, especialmente, de menores). La dualidad normativa sobre la que se construyó la protección de aquéllos (LOPHII y LOPD), ha evidenciado sus carencias. El objetivo de estas líneas es plantear algunos interrogantes y retos del legislador, tomando como referencia los avances en el Derecho Comunitario (Reglamento General de Protección de Datos), así como los existentes en el ámbito jurisprudencial.

PALABRAS CLAVE: Nuevas tecnologías, derechos fundamentales del menor, interrogantes y retos del legislador, Derecho Comunitario, jurisprudencia.

ABSTRACT: The change of paradigm that the new technologies have supposed, has revealed the necessary protection of the fundamental affected rights (honor, intimacy, image and protection of personal information, specially, of minors). The normative duality on the one that constructed the protection herself of those (LOPHII and LOPD), has demonstrated his lacks. The aim of these lines is to raise some questions and challenges of the legislator, taking the advances as a reference in the Community law (General Regulation of Protection of Information), as well as the existing ones in the jurisprudential area.

KEY WORDS: New technologies, fundamental rights of the minor, questions and challenges of the legislator, Community Law, jurisprudence.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. LOS MECANISMOS JURÍDICOS DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL PARA LA PROTECCIÓN DEL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN, Y DATOS PERSONALES. AVANCES JURISPRUDENCIALES. REFERENCIA AL DERECHO COMUNITARIO: EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS. III. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ESCENARIO ON LINE. IV. LOS MENORES DEL SIGLO XXI ANTE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC'S). V. LA DESATENCIÓN DE LA REFORMA DE 2015 DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA AL FENÓMENO DE LOS MENORES EN EL ENTORNO VIRTUAL. VI. CARENCIAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE, NUEVOS INTERROGANTES Y RETOS DEL LEGISLADOR ANTE LAS TIC'S. 1. ¿Sistematización de supuestos de intromisiones ilegítimas desde el punto de vista civil? 2. Requisitos del consentimiento del menor para actuar en el entorno digital. Garantías para su revocación eficaz. 3. ¿Aplicación del artículo 9.3 de la LO de 1982 respecto a la presunción de perjuicio? 4. ¿Son aplicables los criterios del artículo 9.4 de la LO de 1982 para fijar la indemnización del daño moral? 5. Conveniencia de la responsabilidad civil del menor en el entorno on line. 6. ¿Prevalece el interés del menor en la arquitectura digital? ¿Cuál es el papel del Ministerio Fiscal al respecto? 7. ¿Derecho al olvido digital del menor en las redes sociales? 8. Hacia la concienciación y "acción común" de todos los sujetos intervinientes. VII. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Cuando el legislador en el año 1982 promulgó la Ley Orgánica para la protección civil de los derechos fundamentales al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen (desde ahora LOPHI) y, en 1999 la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal (desde ahora LOPD), a buen seguro no fue consciente de la manera en que el imparable desarrollo de las nuevas tecnologías y la era de internet iba a poner en entredicho la protección proporcionada por aquellas normas a los referidos derechos¹. Y ello pese a que nuestro legislador constitucional contempló el uso de la informática como un factor perturbador en la integridad de tales derechos,

1 V. ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: "El derecho al olvido en Internet y la sentencia Google Spain", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6/2014, BIB 2014\2257, p. 5. Como afirma el autor respecto a la Ley de Protección de Datos: "(...) las dos leyes de 1992 y de 1999 apenas pudieron tener en cuenta los desarrollos tan trascendentales de Internet. La Ley Orgánica de 1992 se preocupó más por los datos que las personas (...). En cambio, la vigente Ley Orgánica de 1999, siguiendo la estela de la Directiva de 1995, pretende "garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar".

• Amelia Sánchez Gómez

Amelia Sánchez Gómez, Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid en 1992 y Doctora en Derecho por la misma Universidad desde diciembre de 1996. Realicé mi tesis doctoral bajo la dirección del Catedrático de Derecho Civil de la UAM don Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, que versó sobre el tema del "Contrato de servicios médicos y de servicios hospitalarios". Empecé mi actividad docente en 1993 en el Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos" (hoy Universidad Rey Juan Carlos). Desde el año 1995 soy Profesora de Derecho Civil de la UCM, primero como Ayudante y desde el año 2005 como Contratada Doctora. Las líneas de mi investigación han estado vinculadas, entre otras, a trabajos en materia de Derecho Sanitario y responsabilidad médica, Derecho de Consumo y, de un tiempo a esta parte, nuevas tecnologías y Derecho Fundamentales

haciendo una llamada a la ley para que regulara su uso. Hoy, después de más de treinta años, estamos inmersos en la web o universo 3.0 que poco tiene que ver con aquella previsión con innegables amenazas para la privacidad de las personas².

El acceso a internet se presenta como el punto de partida determinante para el ejercicio de otros derechos de gran trascendencia en el mismo entorno *on line* que han de ser protegidos y respetados como la libertad de expresión e información, de reunión, asociación y participación, protección de la vida privada, de los datos personales y educación³. En efecto, de todos es sabido el papel fundamental que desempeña Internet en la vida de las personas y en muchos otros aspectos de su desarrollo. Su continua evolución permite a los ciudadanos conectarse, comunicarse, relacionarse, compartir ideas, experiencias, gustos, vivencias, conocimientos, sin desconocer el gran impacto sobre las actividades económicas. De otra parte, el acceso a Internet se ha configurado como un derecho de nueva creación, no reconocido en la Constitución Española de manera específica que, sin embargo, se consagra en la legislación autonómica en el año 2006 y de manera implícita en la nacional de telecomunicaciones por adecuación a las Directivas comunitarias sobre la materia⁴. Desde el año 2014 también ha sido objeto de atención en algún instrumento jurídico comunitario que será objeto de mención⁵. Al igual que presenta ventajas, conlleva riesgos que deberán ser bien definidos y respecto de los que habrá que encontrar puntos de equilibrio en pro de la indemnidad de aquéllos.

Este panorama tan distinto respecto a la forma en que se ejercitaban los derechos fundamentales en el siglo pasado conforma nuevos retos para el legislador. Esto es, el imparable desarrollo de las tecnologías y las actividades que se realizan en el nuevo entorno o escenario digital, puede parecer incompatible con la protección de la privacidad y de otros derechos fundamentales como el honor o la imagen. Efectivamente, cualquier contenido que incluya datos personales, en diversa formas (texto, imágenes o audio), puede ponerse a disposición de cualquiera internauta de manera instantánea y permanente en formato digital a nivel mundial⁶. Además de este hecho por cuya virtud el mismo usuario de internet al interactuar en la red está ejerciendo sus derechos (de información, expresión...) y, es de esperar, que de manera consciente (respecto a los menores las dudas son mayores), los mecanismos de internet (universo web 3.0) posibilitan que esos datos personales de los

2 V. LÓPEZ PORTÁS, B.: "La Protección Datos personales en el Universo 3.0: El Derecho al Olvido en la Unión Europea tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 38/2015, p. 9, nota número 4.

3 *Idem* nota anterior.

4 V. PLAZA PENADÉS, J.: "Los derechos fundamentales en Internet", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36/2014, p. 1.

5 Guía de los Derechos Humanos para los usuarios de Internet.

6 V. MINERO ALJANDRE, G.: "A vueltas con el "derecho al olvido". Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal en el entorno digital", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, junio 2014, p. 130.

usuarios sean un importante activo para muchas empresas dedicadas a la recogida, utilización y análisis de los mismos en busca de clientes potenciales⁷. De resultas, este panorama produce intromisiones en la privacidad o, más exactamente, en los derechos fundamentales de los usuarios. No es solo el dato de esas intromisiones más o menos conscientes el hecho más preocupante por la actuación de los mismos internautas en la red, sino la pérdida de control por el titular sobre esos mismos datos que un día fueron añadidos de manera consciente y voluntaria por él.

II. LOS MECANISMOS JURÍDICOS DEL ORENAMIENTO ESPAÑOL PARA LA PROTECCIÓN DEL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y DATOS PERSONALES. AVANCES JURISPRUDENCIALES. REFERENCIA AL DERECHO COMUNITARIO: EL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS.

Es en este ámbito, en el que los legisladores nacional y europeo han de habilitar mecanismos que impidan que este nuevo panorama se vaya edificando sobre el recorte o la desprotección de los derechos fundamentales como una consecuencia inevitable. Más bien al contrario, compartimos el parecer doctrinal según el cual: "es responsabilidad de todos, y especialmente de los juristas, establecer reglas claras y proporcionadas, que permitan que las nuevas tecnologías sirvan para crear una sociedad más informada y, con ello, más libre y democrática, pero que, a la vez, impidan que este nuevo panorama se construya sobre la destrucción de derechos fundamentales reconocidos a las personas, entre los que la intimidad y la tutela de los datos de carácter personal tienen o han de tener un papel fundamental"⁸.

Los principios de democracia y del Estado de Derecho obligan a reforzar tales derechos en el nuevo entorno digital. En el ámbito nacional la dualidad normativa construida sobre las Leyes Orgánicas de 1982 y de 1999, parece ser insuficiente para dar respuesta a todas cuestiones que plantea el fenómeno de internet en relación a los derechos fundamentales. Repárese, además, en la diferencia de arquitectura legal⁹ de sendas normas, pues mientras que la primera se articula sobre el binomio "lesión/reparación", la segunda lo hace bajo el de "riesgo/prevención". Además, tal diversidad determina que en la práctica la garantía civil de los derechos al honor intimidad e imagen de la Ley Orgánica del año 82, pase a un segundo plano en la LOPD¹⁰.

En segundo lugar, la existencia de algunos preceptos aislados contenidos en diversas normas de nuestro Derecho (artículos 162, 1902 y 1903 CC; 11 y 13 a 16

7 Ídem nota anterior.

8 V. MINERO ALEJANDRE, G.: "A vueltas con el "derecho al olvido", cit., p. 131.

9 Cfr. ZUNÓN VILLALOBOS, M.: "La garantía civil de la privacidad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2013, parte Estudio, p. 2.

10 Ídem nota anterior.

de la LSSI de 2002), a los que se hará referencia, tampoco, adelantamos, conforman la adecuada y debida protección y reforzamiento que los derechos al honor, intimidad, imagen y datos personales exigen en este momento, máxime cuando de menores se trata. Sí merecen, sin embargo, una mención positiva, por el avance que suponen en la protección de los datos personales y, en general, en la garantía de los derechos de los usuarios de Internet, la STS 15 octubre 2015¹¹ y, más recientemente, la STS 5 abril 2016¹², que viene a ratificar la doctrina de la primera aunque aborda, a diferencia de la primera, la responsabilidad del motor de búsqueda Google Spain, (no del editor de una página web), que no canceló el tratamiento de datos personales relacionados con la concesión de un indulto en tal buscador cuando fue requerida para ello por el demandante. De ahí, que un tratamiento de datos que es lícito, por respetar las exigencias de calidad de datos, puede, con el paso del tiempo, devenir ilícito inicialmente¹³, no sólo por el transcurso del tiempo en sí mismo considerado, sino porque además el motor de búsqueda que fue requerido para la cancelación de aquellos datos, hizo caso omiso de aquella petición¹⁴. Aparte de la delimitación que efectúan del derecho al olvido, sendos pronunciamientos realizan una cuidadosa reflexión sobre la ponderación de éste con el ejercicio del derecho a la información. En particular, la última decisión citada, resulta de interés por cuanto se refiere al derecho al olvido digital fijando sus contornos y límites de una manera más detallada y precisa, si cabe, que en la STS 15 octubre 2015¹⁵. Con buen criterio, aclara, también, que dicho derecho “no es una creación del TJUE, sino que es una concreción en

11 STS 15 octubre 2015 (RJ 2015, 4417).

Se refiere a la responsabilidad de los editores de las páginas web como responsables del tratamiento de los datos personales, que son prestadores de servicios de la sociedad de la información.

12 STS 5 abril 2016 (RJ 2016, 1006).

13 Expresa, textualmente, su FD quinto, apartado 10: “Ahora bien, un tratamiento de datos que es lícito inicialmente, por respetar las exigencias de calidad de datos, puede, con el paso del tiempo, dejar de serlo. El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los requisitos que determinan su carácter lícito y, en concreto, con los principios de calidad de datos (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud), no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para la finalidad con las que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos”.

14 Expresa su FD quinto, apartado 13: “(...) no puede exigirse al gestor de un motor de búsqueda que por su propia iniciativa depure estos datos, porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información, a la vista de las múltiples variables que debería tomar en consideración y de la ingente cantidad de información objeto de procesamiento y tratamiento por esos motores de búsqueda. Pero sí puede exigirsele que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de cancelación y oposición al tratamiento de datos, y que cancele el tratamiento de sus datos personales cuando haya transcurrido un periodo de tiempo que haga inadecuado el tratamiento, por carecer las personas afectadas de relevancia pública, y no tener interés histórico la vinculación de la información con sus datos personales”.

15 Y continúa en el mismo FD y apartado: “El llamado “derecho al olvido digital”, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos. Tampoco justifica que aquellos que se exponen a sí mismos públicamente puedan exigir que se construya un currículum a su gusto, controlando el discurso sobre sí mismos, eliminado de Internet las informaciones negativas, “posicionando” a su antojo los resultados de las búsquedas en Internet, de modo que los más favorables ocupen las primeras posiciones. De admitirse esta tesis, se perturbarían gravemente los

el ámbito de Internet de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales y, más concretamente, de los arts. 2, 6, 7, 9, 12 y 14 de la Directiva, así como el art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, que establece el respeto de la vida privada y familiar¹⁶.

Una adecuada y completa visión del tema que nos ocupa obliga a tomar consideración la regulación jurídica que proporciona al respecto el marco europeo existente. En efecto, Internet, "constituye una red que comunica millones de usuarios en todo el mundo de modo que la información es accesible también a millones de usuarios en un tiempo indefinido"¹⁷, todo ello trascendiendo las fronteras nacionales. De modo que los mecanismos jurídicos de protección de los derechos de los usuarios de Internet deberán ser completados con los existentes desde la perspectiva comunitaria. En efecto, desde la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de esos datos, se ha tomado conciencia del citado fenómeno referido, máxime porque en el año 1995, la Comisión Europea no podía prever el desarrollo de las nuevas tecnologías y de Internet en la sociedad y su repercusión en los derechos fundamentales. De ahí que, tras la Directiva de 1995, el impacto de la digitalización de las telecomunicaciones propiciara la promulgación de la 97/66/CE¹⁸ que, para adaptarla al desarrollo de los mercados y las tecnologías de los servicios de las comunicaciones electrónicas se derogó por la de 2002/58/CE¹⁹ que, a su vez, ha sido modificada por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009²⁰. Asimismo, la Carta Europea de Derechos Fundamentales de la Unión Europea²¹, a la que se menciona en la Directiva de

mecanismos de información necesarios para que los ciudadanos adopten sus decisiones en la vida democrática de un país.

Pero dicho derecho sí ampara que el afectado, cuando no tenga la consideración de personaje público, pueda oponerse a un tratamiento de sus datos personales que permita que una simple consulta en un buscador generalista de Internet, utilizando como palabras clave sus datos personales tales como el nombre y apellidos, haga permanentemente presentes y de conocimiento general informaciones gravemente dañosas para su honor o su intimidad sobre hechos ocurridos mucho tiempo atrás, de modo que se distorsione gravemente la percepción que los demás ciudadanos tengan de su persona, provocando un efecto estigmatizador e impidiendo su plena inserción en la sociedad, inserción que se vería obstaculizada por el rechazo que determinadas informaciones pueden causar en sus conciudadanos".

16 FD séptimo.

17 STS 5 abril 2016 (RJ 2016, I006) (FD quinto).

18 Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al tratamiento de datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones.

19 Del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (DOUE, núm. 201, de 31 de julio de 2002, páginas 37 a 47).V.su Considerando 4.

20 Modifica la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) n° 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

21 Hecho en Niza el 7.12.2000, (2000/C 364/01), publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas el 18.12.2000.

2002 con el propósito de que ésta sea garantizada²². Su artículo 7 consagra el respeto de la vida privada y familiar, y el 8 garantiza la protección de datos de carácter personal. Con carácter más reciente y específico, es digna de mención dentro de esta tendencia, la Guía de los Derechos Humanos para los usuarios de Internet²³, que si bien no establece nuevos derechos y libertades, se basa en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y en otros convenios e instrumentos del Consejo de Europa que abordan distintos elementos de protección de los derechos humanos. Su preámbulo es explícito respecto a lo referido *supra*, sobre la necesidad de respetar, proteger y promover los derechos fundamentales en el entorno digital, puesto que los "derechos fundamentales se aplican por igual dentro y fuera de Internet"²⁴. Si bien se trata, como ha matizado la doctrina²⁵, de un incipiente y embrionario reconocimiento de los derechos fundamentales en Internet, conforma un paso más en esta tendencia global dirigida a la protección de aquéllos frente a las amenazas tecnológicas, que debe ser objeto de una crítica positiva.

La preocupación que existía en el ámbito comunitario respecto a la protección de los datos personales de las personas físicas se ha consolidado con el Reglamento general de protección de datos, de 27 de abril de 2016²⁶ que, a buen seguro, aportará luz ante los nuevos interrogantes que plantea el tratamiento de datos en el ámbito digital y los derechos de los usuarios interesados. Culmina así un largo proceso legislativo que se inició en el año 2012 con la Propuesta de Reglamento Europeo de Protección de Datos, 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, de 25 de enero. El citado Reglamento ha llevado a cabo la urgente tarea que se venía reclamando a nivel comunitario para adecuar y armonizar de manera uniforme y elevada en los Estados miembros, el nivel de protección de los derechos y libertades de las personas físicas por lo que se refiere al tratamiento (lícito, leal y transparente) de dichos datos. En él se refleja la idea de que el tratamiento de datos personales

Expresa su Preámbulo que: "(...) es necesario, dotándolos de una mayor presencia en la Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos".

22 V. Considerando 2.

23 [(Recomendación CM/Rec (2014)6)], adoptada por el Consejo de Ministros del Consejo de Europa el 16 de abril de 2014.

24 V. apartado I del Anexo a la Recomendación.

25 V. PLAZA PENADÉS, J.: "Los derechos fundamentales", cit., p. 3.

26 Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 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 y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Expresa su Considerando (6), resumiendo con claridad la problemática suscitada: "La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la Unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de datos personales".

debe estar concebido para servir a la humanidad, que el derecho a la protección de datos no es un derecho absoluto, sino que debe considerarse en relación con su función en la sociedad, lo que exige en su regulación mantener el equilibrio con otros derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad²⁷.

El Reglamento como norma jurídica de Derecho comunitario posee alcance general y eficacia directa en todos los Estados miembros de la Unión, de modo que no obliga a su transposición a nuestro Derecho interno. De ahí que los particulares lo puedan invocar a efectos de hacer efectiva la tutela jurisdiccional ante los tribunales nacionales o comunitarios a partir del 25 de mayo de 2018 como prevé su artículo 99.2. Durante este tiempo de *vacatio legis*, es previsible que se lleven a término desde diversas instancias (Estado, Administraciones Públicas, empresas, y la propia AEPD) las modificaciones, cambios pertinentes y ajustes a distintos niveles, incluido el legislativo, en su caso. Como es sabido, la LOPD no se ha derogado y seguirá siendo aplicable como legislación nacional. Si entrara en contradicción con lo establecido en el Reglamento, éste sería aplicable.

Resulta llamativa, entre otros extremos y sin ánimo de exhaustividad, la protección específica de los niños (menores) respecto a sus datos personales, fijando en dieciséis años la edad para prestar un consentimiento lícito al tratamiento de sus datos personales²⁸, en relación con la oferta directa a aquéllos de servicios de la sociedad de la información. También es loable, la configuración de nuevos derechos de los ciudadanos en su Capítulo III, por cuanto los tradicionales derechos ARCO cambian la denominación tradicional y se ven ampliados con la consagración de otros nuevos que, en esencia, posibilitan un mayor control a los interesados sobre sus datos personales, en particular, el derecho al olvido o derecho de supresión (art. 17). O, por fin, las obligaciones de responsables y encargados de su tratamiento, la necesaria supervisión de sus actuaciones, o las sanciones, más severas, que correspondan, en su caso.

A favor de la consolidación a nivel europeo de los derechos de los usuarios en la era de internet, a buen seguro ha tenido un importante papel el pronunciamiento proporcionado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 13 de mayo de 2014²⁹. La existencia de un Reglamento válido en toda la Unión Europea supondrá un importante punto de referencia fundamental por cuanto se

27 Considerando (4)

28 Se permite que los Estados miembros fijen una edad inferior a los 16 años (nunca por debajo de los 13) (V.art. 8).

29 STJUE 13 mayo 2014 (TJCE\2014\85).

En dicha sentencia conocida ya como el (Caso Google), el TJUE resuelve una serie de cuestiones (cuestión prejudicial) que la Audiencia Nacional le eleva a propósito de la reclamación que planteó un sujeto español (el Sr. Costeja González) a la AEPD en 2010, relacionado con un tratamiento de datos personales que afectaba a su intimidad. En efecto, alegaba que cuando un internauta introducía su nombre en el motor de búsqueda de Google, obtenía como resultado unos enlaces a dos páginas del diario La Vanguardia del año 1998, en las que se

va a convertir en el mecanismo fundamental para el reforzamiento de los derechos de los usuarios de internet.

El objetivo de estas líneas no es tanto reflexionar sobre los riesgos que el uso de internet comporta, cuanto, desde una toma de conciencia de los mismos, hacer referencia a los mecanismos jurídicos de nuestro ordenamiento para la protección de los derechos en juego, con especial mención a los menores. Al referirme a mecanismos jurídicos habrá que determinar qué leyes sobre la materia en nuestro panorama nacional (no autonómico) permiten dar respuesta al fenómeno referido (*lege data*) o si, en su caso, valorada la protección proporcionada (¿suficiente?), necesitan adecuarse a los nuevos retos de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (*lege ferenda*).

III. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD, IMAGEN Y PROTECCIÓN DE DATOS EN EL ESCENARIO *ON LINE*.

Respecto a la protección de la vida privada y, en particular, la intimidad, el nuevo escenario de actuación *on line* permite plantear algunas consideraciones sobre la preservación de la misma en el citado ámbito. La doctrina ha evidenciado, con buen criterio, la irresponsabilidad en la autogestión de la intimidad y la necesidad de concienciar mejor a la persona, especialmente a los menores, sobre la custodia y control de su privacidad³⁰. La práctica de la autofoto (*selfie*) que se divulga por

anunciaba una subasta de inmuebles organizada con motivo de un embargo para el cobro de unas cantidades adeudadas por dicho sujeto a la Seguridad Social.

Ante tal estado de cosas, el TJUE se ve obligado a resolver las dudas sobre la interpretación que debía darse a la Directiva 95/46/CE. En su afán de proteger a los usuarios afectados por un tratamiento de datos, afirma la responsabilidad del buscador o motor de búsqueda (Google Inc. y las de su establecimiento Google Spain situados en el Estado miembro respectivo) por el papel decisivo que su actividad tiene en la "difusión global de los datos personales en la medida en que facilita su acceso a todo internauta que lleva a cabo una búsqueda a partir del nombre del interesado, incluidos los internautas que, de no ser así, no habrían encontrado la página web en la que se publican esos mismos datos" (apartado 36). Sin embargo, exonera de responsabilidad al medio de comunicación que divulgaba la información porque el derecho de información se consideró prevalente. De ahí que el interesado pueda exigir al gestor de un motor de búsqueda efectuada a partir de su nombre a vínculos (páginas web), publicadas legalmente por terceros cuando contienen datos que aunque sean verídicos relativos a su persona, pueden perjudicarlo o desee que esos datos o información se "olviden" tras un período de tiempo (apartado 89), siempre que no esté justificada la injerencia en sus derechos fundamentales por inexistencia de un interés preponderante del público en tener acceso a la información de que se trate.

V., en relación a ésta los comentarios, entre otros, de ARENAS RAMIRO, M.: "Unforgettable: A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso *Costeja (Google vs. AEPD)*", *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 34, 2014, pp. 537-558; GUERRERO ZAFLANA, J.: "La sentencia del asunto Google: configuración del derecho al olvido realizada por el TJUE", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2014, Parte Comentario, pp. 1-8; LÓPEZ PORTAS, B.: "La configuración jurídica del derecho al olvido en el Derecho español a tenor de la doctrina del TJUE", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 143-175; MARTÍNEZ OTERO, J.M.: "El derecho al olvido en Internet: Debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja", *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 103-142; MINERO ALEJANDRE, G.: "A vueltas con el "derecho al olvido", cit., pp. 129-155; ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: "El derecho al olvido en Internet", cit., pp. 1-16; o el estudio exhaustivo de SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, primera edición, 2015.

30 V. DE LA TORRE OLID, F/CONDE COLMENERO, P.: "Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo", en AA.VV.: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, 1ª ed., 2015, p. 41.

el propio interesado en el instante en que se toma de manera repetida y continua más que meramente ocasional, o la de compartir videos propios en un red social o con amigos que a su vez los difunden, son ejemplos aislados, que apuntan a un cambio de tendencia inimaginable hace treinta años que, a buen seguro, requiere una reflexión sociológica, consistente en la necesidad dejar de captar lo externo como tradicionalmente se había hecho (imagen o datos de la vida privada de terceros), para hacerlo con lo propio y proceder a su divulgación (imagen, datos, espacios íntimos). En el momento presente y, especialmente, a los menores, “grandes menores” o adolescentes, les importa más divulgar lo íntimo, consciente y voluntariamente con inmediatez respecto al momento en que ha acontecido el hecho, que preservarlo para sí del conocimiento de los demás. De ahí que surjan algunas cuestiones: ¿Podría alegarse tal comportamiento continuado como un motivo para mitigar en algún sentido la protección civil del honor, intimidad e imagen de acuerdo a lo establecido en el vigente artículo 2 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?. O, ¿Hasta qué punto podríamos considerar que cabe moderar la protección civil de los referidos derechos aduciendo que tales prácticas o actos conforman un verdadero uso social tolerado por los usuarios de una red social?³¹. A nuestro entender, resulta delicado dar una respuesta afirmativa a las anteriores cuestiones, pues la complejidad del escenario digital y el tiempo transcurrido desde la promulgación de la Ley Orgánica de 1982, obligan a adoptar respuestas más adecuadas y eficaces a favor del equilibrio y de la adecuada protección de los derechos.

En íntima relación con lo expuesto, cabe referirse a la protección de datos personales, objeto de regulación en la ya citada LOPD de 1999³², cuya interpretación por la jurisprudencia ha llevado a reconocer un derecho de protección de datos, o de autodeterminación informativa delimitándolo del derecho a la intimidad. En este sentido, es de gran interés la STC 30 noviembre 2000³³, por cuanto efectúa una construcción jurisprudencial del derecho a la protección de datos o autodeterminación informativa, como derecho fundamental autónomo que “garantiza a las personas un poder de control respecto al uso y destino de sus datos”³⁴. De otra parte, para alguna opinión doctrinal³⁵, constituye el punto de partida a favor del reconocimiento

31 V. DE LA TORRE OLID, F/CONDE COLMENERO, P.: “Consideraciones críticas”, cit., p. 51.

32 V. ZUNÓN VILLALOBOS, M.: “La garantía civil”, cit., p. 1.

Esta Ley, como expresa el autor certeramente, “articula el control de la actividad de los responsables de los ficheros de datos personales y de los encargados de su tratamiento a través de una autoridad garante de naturaleza administrativa –la Agencia de Protección de Datos- a la que se atribuye importantísimas funciones sancionadoras (Artículos 43 y ss. LOPD) y de tutela de los denominados derechos ARCO (arts. 18 LOPD); pero también (artículo 19 LOPD) ofrece la posibilidad, a los ciudadanos que consideren que han sufrido un perjuicio derivado de una inadecuado tratamiento de su información personal, de acudir a los órganos judiciales para obtener una indemnización por daños ocasionados por la vulneración de su privacidad”.

33 STC 30 noviembre 2000 (RTC 2000, 292).

34 Cfr. SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras las sentencia del TJUE de mayo de 2014*, cit., p. 186.

35 V. SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, cit., pp. 188-189.

del derecho al olvido. Sin ánimo de hacer un estudio exhaustivo de este derecho, conviene señalar que este escenario de toma de conciencia ha propiciado, desde hace ya unos años, el reconocimiento de un derecho subjetivo del ciudadano frente al responsable original de la publicación de los datos y que, a juicio de la Agencia de Protección de Datos desde algunas resoluciones del año 2008, se hacía extensible a los motores de búsqueda de Internet por indexar y ofrecer como resultado de búsqueda informaciones que contienen datos personales sin que existiera un fin legítimo que justifique esa difusión³⁶. A buen seguro, dichas resoluciones han venido conformando en nuestro Derecho argumentos a favor de su reconocimiento en las citadas SSTS 15 octubre 2015³⁷ y 5 abril 2016³⁸.

IV. LOS MENORES DEL SIGLO XXI ANTE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN (TIC'S).

El protagonismo y omnipresencia de las TIC'S en la actualidad ha determinado su incorporación a la vida cotidiana del menor desde edades tempranas. De ahí que también los derechos de éste sean ejercidos en este nuevo ámbito de una manera radicalmente distinta a como se había hecho hasta ahora. Si apostamos por una mayor capacidad del menor (artículo 2 LOPJM), lo cual es indudable en el del siglo XXI y, especialmente, respecto a los "grandes menores", constatamos que el ámbito en el que se ejerce con más fuerza e intensidad dicha capacidad es el virtual. Todo ello con indudables ventajas pero también con sus riesgos³⁹ de los que hay tomar conciencia para hacer efectiva la protección integral del menor y "grandes menores". En buena parte de los supuestos, ellos no son conscientes de la trascendencia que cara al futuro comporta su actuación respecto a la exposición de su intimidad-privacidad en el momento inmediato en que llevan a cabo tales comportamientos dentro del entorno digital⁴⁰. En efecto, sus derechos fundamentales pueden ser lesionados por ellos mismos de manera consciente o inconsciente, o por terceros, muchas veces también menores, cuando no convertirse en la plataforma de comisión de delitos.

La doctrina no se ha mostrado indiferente a este hecho quien se refiere al fenómeno de la realidad virtual, con los riesgos que conlleva, tanto en el ámbito civil,

36 V. SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, cit., p. 63.

37 STS 15 octubre 2015 (RJ 2015, 4417).

38 STS 5 abril 2016 (RJ 2016, 1006).

39 Así, el cyberbullying o acoso virtual, o el acecho de adultos con fines sexuales (grooming), la difusión de contenidos no aptos para niños, niñas o adolescentes; el acceso a actividades que son exclusivas para adultos pero que se pueden acceder *online*, como contenido pornográfico o juegos de azar, abusos de materia de privacidad o intimidad, entre otros.

V. GIL ANTÓN, A. M^ª.: "La privacidad del menor en Internet", *R.E.D.S.* núm. 3 septiembre-diciembre 2013, pp. 87-92; PÁVEZ, M^ª. I.: "Los derechos de la infancia en la era de Internet (América Latina y las nuevas tecnologías)", Naciones Unidas, CEPAL, Serie Políticas Sociales N^º 210, Chile, 2014, p. 37.

40 Cfr. GIL ANTÓN, A. M^ª.: "El menor y la tutela de su entorno virtual", *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, p. 279.

como de tutela ante los ilícitos penales y de las opciones para su protección⁴¹. Hoy se habla de crecimiento virtual, de identidad virtual⁴², o de biografía digital. El menor vive y crece en gran medida en Internet ejercitando su libertad y así se comunica con sus amigos, se socializa, se expresa, escucha música, juega, se educa, forma su conciencia, comparte sus vivencias, su vida personal, sus preferencias, sus fotos. El menor va configurando así su propia identidad digital y hasta su reputación *on line*, lo que les expone a una situación de vulnerabilidad insoslayable⁴³.

V. LA DESATENCIÓN DE LA REFORMA DE 2015 DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA Y DE LA ADOLESCENCIA AL FENÓMENO DE LOS MENORES EN EL ENTORNO VIRTUAL.

El estado de cosas expuesto en las líneas precedentes, resulta contradictorio con la poca atención que el legislador le ha prestado a este fenómeno, máxime cuando ha tenido la oportunidad de ello recientemente con la reforma de 2015 del sistema jurídico de protección del menor⁴⁴.

Después de veinte años de vigencia de la LOPJM y más de treinta de la LOPHII, quizá hubiera sido la reforma de 2015 el momento oportuno (por el tiempo transcurrido) y el lugar idóneo (una Ley Orgánica del Menor), para tomar conciencia de manera concreta y específica de los problemas que plantea el fenómeno virtual para los derechos del menor en el artículo 4 (Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen). Esta Ley resulta, a nuestro entender, el marco jurídico idóneo para contemplar y regular este nuevo estado de cosas de una manera más específica, en consonancia con lo que la propia Exposición de Motivos de la Ley 26/2015, de 28 de julio, expresa⁴⁵. En el momento presente ya se habla de los derechos de la infancia en la era digital y es constatable la preocupación manifestada desde diversas organizaciones para proteger los derechos de los niños en este nuevo

41 V. ESCRIBANO TORTAJADA, P.: "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 AA.VV.: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, 2014, p. 62; GIL ANTÓN, A. M^a: "Privacidad del menor en Internet", cit., p. 60, "Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36/2014, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2014, p. 62, "El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015", *Revista de Derecho UNED*, núm. 16, 2015, p. 275; LORENTE LOPEZ, M^a. C.: "La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2015, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra p. 209.

42 V. LAGE COTELO, M.: "Integración social de los menores a través de internet", en AA.VV.: *Menores e Internet* (dir. por L. BURGUEA AMEAVE, K. PAUL LARRAÑAGA, G. SUAREZ PERTIERRA), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, p. 111; PÁVEZ, M^a. I.: "Los derechos de la infancia en la era de Internet", cit., pp. 34-36.

43 Como bien resume GIL ANTÓN, A. M^a: "El menor y la tutela de su entorno virtual", cit., pp. 277- 278.

44 Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

45 "Sin embargo, transcurridos casi veinte años desde su publicación, se han producido cambios sociales importantes que inciden en la situación de los menores y que demandan una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional mencionadas" (Apartado I).

contexto digital. Especial mención merece la Guía de los Derechos Humanos para los Usuarios de Internet, que también dedica un apartado a los “niños y jóvenes”, relativo a sus derechos como usuarios de Internet.

VI. CARENCIAS DE LA LEGISLACIÓN VIGENTE, NUEVOS INTERROGANTES Y RETOS DEL LEGISLADOR ANTE LAS TIC'S.

Esta falta de regulación del legislador de 2015 choca con la excesiva preocupación que manifestó en el año 1996 (LOPJM) que, en su afán de protegerlo frente a intromisiones ilegítimas en los medios de comunicación, dio lugar a prohibiciones en el art. 4 de la referida Ley que generaron situaciones contradictorias respecto a la regulación de los derechos al honor, la intimidad e imagen en la LOPHII de 1982. Tal situación desconcertante fue paliada en cierta medida por la Instrucción 2/2006 de la Fiscalía General del Estado⁴⁶. Es evidente que hoy los medios de comunicación no conforman la plataforma que entraña mayor peligro respecto a la intromisión los derechos fundamentales del menor; sino la plataforma digital. Es verdad, que las nuevas tecnologías con el desarrollo de Internet han propiciado que la Red, sea “la plaza pública- el ágora- de la comunidad global”⁴⁷.

Ni siquiera la citada LOPHII de 1982, debiera haber dejado tranquilo al legislador habida cuenta de que ya nació con importantes carencias⁴⁸. Sus más de treinta años de vigencia han servido para corroborar su incapacidad a fin de dar respuesta de manera satisfactoria al nacimiento de nuevas cuestiones. Durante este tiempo se han puesto de manifiesto los aciertos y defectos de la misma en su aplicación práctica, al haber dado lugar a un número importante de pronunciamientos en todas las instancias de los órganos civiles, aparte de su presencia en el ámbito constitucional y penal⁴⁹. No es objeto en este lugar hacer tal trabajo, que la doctrina ha llevado a

46 V. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión”, en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 247- 248.

47 N.4.2 del Informe de la Comisión Especial sobre Redes Informáticas aprobado por el Pleno del Senado el 17 de diciembre de 1999 (BOCG, Senado, Serie I, n 812 de 27 de diciembre de 1999).

48 V. YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. REGLERO CAMPOS), vol. 3, parte especial segunda, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008, p. 313.

Entre algunas de ellas, se refiere el autor, a que dicha Ley no separa en su articulado el estudio de cada uno de los derechos objeto de protección. Además, aparte de no sistematizarlos, no fija los límites de éstos con las libertades constitucionales de expresión y de información como habría sido deseable, ni tampoco tiene en cuenta las implicaciones penales, procesales, ni la doctrina civil. Estas deficiencias propiciaron que se haya convertido dicha Ley “en una más de las que regulan responsabilidades civiles especiales, cuando debería ser mucho más”.

49 V. ROVIRA SUEIRO, M^a. E.: “Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2015, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2015, p. 1. Aunque la autora no dedica de manera específica su estudio a los derechos al honor intimidad e imagen de los menores en la ley, algunas de las reflexiones que efectúa, entendemos que se pueden aplicar a los menores.

cabo de manera meritoria al hilo del estudio de los pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la materia⁵⁰. Sí destacar, que suscribimos la opinión doctrinal para la cual en estos más de treinta años de vigencia de la ley hemos asistido a la “resolución satisfactoria de numerosas cuestiones, al nacimiento de otras nuevas y a la falta de respuestas concreta o satisfactoria para otras”⁵¹. Si además del paso del tiempo acontecido, tenemos en cuenta el “carácter contingente, lábil, cambiante y muy permeable de estos derechos a los cambios sociales”, dicha tarea se erige como fundamental⁵². Este estado ha generado una ingente casuística en las decisiones de nuestros Tribunales que, al resolver los diversos supuestos de intromisión ilegítima en los referidos derechos, van adaptando aquella normativa a las nuevas necesidades sociales, con el riesgo que conlleva este proceder de creación judicial del derecho⁵³ y el inconveniente de la inseguridad para el operador jurídico.

1. ¿Sistematización de los supuestos de intromisiones ilegítimas desde el punto de vista civil?

Sin ánimo de exhaustividad, al hilo de lo expuesto se suscitan algunas cuestiones a las que habrá que dar respuesta precisa ante la insuficiencia de la normativa vigente del año 1982. Así, en primer lugar, sería conveniente reflexionar sobre la conveniencia de fijar o sistematizar supuestos de intromisión ilegítima en el ámbito civil para la protección de estos derechos dentro del mundo virtual, en consonancia con lo que viene aconteciendo en el ámbito penal, aunque sea de manera aislada⁵⁴.

2. Requisitos del consentimiento del menor para actuar en el entorno digital. Garantías para su revocación eficaz.

En segundo lugar, aportaría claridad determinar, en su caso, los requisitos en que el consentimiento expreso del menor debe prestarse para actuar en el entorno digital. Consentimiento que se manifestará en diversos ámbitos (para darse de alta en una red social, para facilitar sus datos cuando sean solicitados por empresas....) y que presenta una gran trascendencia jurídica por cuanto es el punto de partida que legitima cualquier actuación en la red para que el interesado ejercite sus derechos o el tratamiento de sus datos. En aplicación de los artículos 2.2 y 3.1 de la LOPHII de

50 V., entre otros, DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los Tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 389-436; YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, cit., pp. 313-444,

51 Ídem nota anterior. V., además, CORDERO CUTILLAS, I./FAYOS GARDÓ, A.: “Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI”, en AA.VV.: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, primera edición, 2015, p. 34, y ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “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”, cit., p. 62.

52 Cfr. ROVIRA SUEIRO, M^a. E.: “Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo”, cit., p. 1.

53 V. CORDERO CUTILLAS, I./ FAYOS GARDÓ, A.: “Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI”, cit., p. 34.

54 V. artículo 197.

1982; y 162.1º del CC, podría colegirse que lo prestarán ellos mismos de acuerdo con sus condiciones de madurez, sin excluir los deberes de vigilancia y cuidado de los padres. Habrá que determinar si, en este sentido, aporta algún dato de mayor concreción la LOPD de 1999. Es verdad, que el artículo 13⁵⁵ del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de aquélla, fija en catorce años la edad para permitir su tratamiento de datos personales si así lo han consentido. Sin embargo, compartimos la opinión doctrinal, según la cual, a pesar de las buenas intenciones en este sentido, no es adecuado que un Reglamento que debe desarrollar el marco legal establecido, se exceda más allá de lo previsto en la LOPD, fijando la edad de 14 años en el citado artículo⁵⁶. De ahí que habría que predicar su nulidad y acudir a los preceptos citados.

De otra parte, debe consignarse que deberían establecerse garantías adecuadas para que en caso de revocación del consentimiento, dicho acto sea plenamente eficaz y se determine su alcance, pues no es lo mismo “desactivar una cuenta” de mínimo impacto, que la “eliminación” completa de un perfil, que reviste mucha más complejidad y que en la práctica puede convertirse en un “hándicap” de tal entidad que imposibilite dicha eliminación o borrado de la información⁵⁷.

3. ¿Aplicación del artículo 9.3 de la LO de 1982 respecto a la presunción de perjuicio?

Una tercera reflexión se plantea respecto a la presunción del perjuicio del art. 9.3 de la referida LOPHII, en cuya virtud, una vez acreditada la existencia de intromisión ilegítima el perjuicio se da por probado. ¿Es fácilmente trasladable al ámbito virtual esta previsión legislativa en el que es práctica habitual que los menores compartan fotos de sus amigos o familiares en una red social muchas veces sin el consentimiento de éstos? Y ¿Sería aplicable el mismo precepto en el supuesto en que los mismos representantes legales del menor, sus padres, a menudo construyen la identidad digital del menor; “cuelgan” o etiquetan fotos de éste en una red social cuyo impacto futuro se desconoce?. O aún más, ¿Serían aquéllos responsables ex artículo 1902 CC frente sus hijos por tal proceder cuando, llegada la mayoría de edad, alegan los daños producidos por la identidad digital creada por aquéllos que afecta a su reputación *on line*?

55 Artículo 13. Consentimiento para el tratamiento de datos de menores de edad.

1. Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores (...).

56 VVÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 29/2012, p. 18.

57 V. ABRIL, PS / PIZARRO MORENO, E.: “La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2014, enero 2014, p. 41.

4. ¿Son aplicables los criterios del artículo 9.4 de la LO de 1982 para fijar la indemnización del daño moral?

En cuarto lugar; cuestionamos si los criterios del legislador de 1982 para fijar la indemnización del daño moral (art. 9.4) en particular; la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido sigue siendo idóneo a tales efectos, pues la que acontece en el mundo virtual a consecuencia de un acto del usuario de internet, ya sea por el mismo interesado o un tercero, trasciende los límites imaginados hace treinta años y en la mayoría de ocasiones no se puede concretar ni controlar. Y aún más, ¿Podría ser este escollo causa para la fijación de cuantías indemnizatorias más elevadas o la adopción de otros criterios de acuerdo a las nuevas formas de vulneración de estos derechos?

5. Conveniencia de la responsabilidad civil del menor en el escenario *on line*.

En quinto lugar; esta manera de actuar en el ámbito digital por los menores, especialmente, “los grandes menores”, permite llamar la atención sobre la necesaria toma de conciencia en la autogestión de la intimidad, su control y custodia por aquéllos, lo que en ningún caso puede suponer un debilitamiento de la protección de la misma por el Derecho.⁵⁸ De ahí que, en consonancia con este planteamiento, quizá el legislador debiera apuntar un cambio de tendencia favorable al reconocimiento de la responsabilidad civil del menor; con suficiente madurez, ex art. 1902 CC por los daños causados en este ámbito, que, en su caso podría concurrir con la de sus padres si no cumplieron sus deberes de vigilancia y cuidado ex artículo 1903 CC. Dicho parecer se cohonestaría con el mayor reconocimiento de su capacidad de obrar en las últimas reformas de 2015⁵⁹. Ello no empece la importante labor de apoyo de sus representantes legales, educadores y autoridades, entre otros. Con razón manifiesta la doctrina, que no pueden ser los progenitores siempre los responsables directos, a modo de “aseguradores” de los daños causados por el menor con suficiente madurez, con amplios derechos y también deberes⁶⁰ (incorporados en la LOPJM, desde la reforma de 2015).

En este ámbito, es menester constatar la necesidad de lograr un adecuado equilibrio entre el respeto de la actuación del menor maduro respecto al ejercicio de sus derechos en el ámbito virtual, de un lado, y los deberes de vigilancia y cuidado de los padres, de otro. Es digna de mención, al respecto, la STS 10 diciembre 2015⁶¹ (Sala de lo Penal), por cuanto estima que el derecho a la intimidad personal de una menor no se ha vulnerado por la madre que, ante la sospecha de que pudiera ser

58 V. DE LA TORRE OLID, F./CONDE COLMENERO, P.: “Consideraciones críticas”, cit., pp. 42-44 y 53.

59 V. MUÑOZ GARCÍA, C.: “Responsabilidad civil de los *Grandes Menores* a la luz de las últimas reformas. Algo falta por hacer”, *Diario la Ley*, (ed. on line), n° 8719, 10 marzo 2016, Sección Doctrina, p. 10.

60 V. MUÑOZ GARCÍA, C.: “Responsabilidad civil de los *Grandes Menores*”, cit., pp. 1-26.

61 STS 10 diciembre 2015 (RJ 2016, 35982)

víctima de un delito, accede a la cuenta abierta por su hija en un red social sin contar con su consentimiento.

6. ¿Prevalece el interés del menor en la arquitectura digital? ¿Cuál es el papel del Ministerio Fiscal al respecto?

En línea con el interrogante planteado, nos preguntamos cómo conseguir en este entramado que conforma la red y en el que se van expandiendo con mucha facilidad los contenidos relativos a la vida privada del menor (fotos, comentarios, videos...), hacer prevalecer de una manera efectiva y no simbólica el interés del menor cuando son ellos mismos los que deciden sobre los hechos o datos relativos a su intimidad que divulgan, es decir, cuando son ellos mismos quienes deciden en atención a su "madurez" cuál es ese interés.

Respecto a la actuación del Ministerio Fiscal en este ámbito, la propia Circular de la Fiscalía 2/2006, ya hizo en aquel año una somera referencia al problema de Internet y los derechos al honor, intimidad e imagen del menor⁶². Además, hace una llamada a su actuación cuando los prestadores de servicios de la sociedad de la información inserten contenidos atentatorios contra los derechos del menor. No olvidemos que la Ley 34/2002 de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, cuando regula las restricciones a la prestación de servicios se refiere expresamente en su artículo 8, a la protección de la juventud y de la infancia como principio digno de protección que en ningún caso puede ser vulnerado por los servicios de la sociedad de la información. También la ley citada en su artículo 11 regula el deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación y por último los artículos 13 a 16, la responsabilidad de los operadores de redes y proveedores de acceso. Normas que en general imponen un deber de colaboración para impedir que determinados servicios o contenidos ilícitos se sigan divulgando. De ahí que en la referida Circular se haga una llamada al Fiscal para que, dentro del ámbito de aplicación de la LSSI, cuando "tengan conocimiento de la existencia de una página web con contenidos que exijan el ejercicio de acciones conforme a lo dispuesto en la LOPJM, en el curso de diligencias que incoen, se dirigirán formalmente al prestador de servicios, comunicándoles los contenidos que se estima antijurídicos y advirtiéndoles de que en caso de no retirar dichos contenidos en el plazo prudencial que se señale, se procederá al ejercicio de las correspondientes acciones en defensa de los derechos del menor. En caso de no atenderse al requerimiento, termina la Circular, la demanda que en su caso se interponga podrá dirigirse contra el autor y titular de la página web en la que se inserten los contenidos atentatorios contra los derechos del menor, contra el prestador del servicio"⁶³.

62 Punto 13, pp. 49 y 50.

63 V. nota anterior.

La responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, ha sido objeto de atención por la jurisprudencia del TS, que ha superado la visión restrictiva de la LSSI, limitando los supuestos en los que se entiende que hay conocimiento efectivo para suprimir enlaces, a favor de la interpretación del Derecho Comunitario proclive al nacimiento de la responsabilidad del intermediario, cuando el prestador de servicios objetivamente tuviera o pudiese tener razonablemente conocimiento del carácter ilícito del enlace o de los contenidos de la página alojada, en el momento de proceder al alojamiento o al enlace⁶⁴. Aunque los supuestos resueltos por el Alto Tribunal no están relacionados con menores, la doctrina contenida en ella, sería igualmente aplicable para estos supuestos.

7. ¿Derecho al olvido digital del menor en las redes sociales?

Asimismo, cuando el menor o adolescente decide darse de alta en una red social y convertirse en usuario de la misma, no siempre tiene conciencia de la difusión dentro de la misma o, más allá, de los contenidos que facilita y comparte. El “nativo digital” dentro de esta arquitectura digital en que se desarrolla, facilita a lo largo de su infancia y adolescencia sus datos personales a numerosas empresas, entidades y organizaciones sin ser verdaderamente consciente de que ello puede afectar a su propia intimidad o a la de su familia. Ello además de los datos relativos a su intimidad (fotos, videos, gustos, vivencias.....) que divulga y comparte.

En relación con lo expuesto se plantea si debe reconocerse un derecho al olvido de los menores que interactúan en las redes sociales. En este ámbito, compartimos el parecer de la doctrina según el cual resulta difícil la consolidación de tal derecho en sentido propio. Es decir, poco tiene que ver con la perennidad de la información de las noticias, resoluciones y notificaciones del pasado y el efecto multiplicador que los motores de búsqueda producen al indexarlos.⁶⁵ En efecto, en el ámbito de las redes sociales los problemas desde la perspectiva de la protección de datos están teñidos de cierta singularidad. Así, el consentimiento de las políticas de uso constituyen un auténtico *take it or leave*, es decir, o se aceptan unas condiciones muchas veces abusivas, o el sujeto se autoexcluye de la posibilidad de relacionarse con terceros⁶⁶. En esta tesitura, sería deseable el establecimiento de normas imperativas que limiten el referido *take it or leave* a favor de la protección de la privacidad (posibilidad de eliminación de los datos personales que se encuentran en la red social, revocación del consentimiento del afectado, certezas respecto a la no utilización de esos datos con fines ilegítimos, prevención y concienciación). Por último, el hecho de que las redes

64 V. LORENTE LÓPEZ, C.: “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente”, en AA.VV.: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, cit., pp. 146 y 147; y PLAZA PENADÉS, J.: “Doctrina del Tribunal Supremo sobre el “conocimiento efectivo” en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 34 /2014, p. 1.

65 V. SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, cit., p. 312.

66 V. SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, cit., p. 311.

sociales tengan su sede matriz o sus servidores en el extranjero, no puede servir para relajar o desatender la protección de la privacidad de los usuarios menores⁶⁷.

En el ámbito europeo, muestra de la preocupación existente y de la tendencia hacia una adecuada armonización legal en el ámbito europeo, es digno de mención el citado Reglamento general de protección de datos, por cuanto consagra el derecho al olvido en el ámbito más específico de la protección de datos, uno de los “temas más delicados y agudos”⁶⁸. En efecto, añadimos nosotros, tema complicado por el objeto, porque el Reglamento afronta con carácter novedoso la regulación del derecho al olvido y por el sujeto, los menores, especialmente vulnerables. Su Considerando 38 se refiere expresamente a los niños cuando expresa que “(...) merecen una protección específica de sus datos personales, ya que pueden ser menos conscientes de los riesgos, consecuencias, garantías y derechos concernientes al tratamiento de datos personales. Dicha protección específica debe aplicarse en particular, a la utilización de datos personales de niños con fines de mercadotecnia o elaboración de perfiles de personalidad o de usuario, y a la obtención de datos personales relativos a niños cuando se utilicen servicios ofrecidos directamente a un niño. El consentimiento del titular de la patria potestad o tutela no debe ser necesario en el contexto de los servicios preventivos o de asesoramiento ofrecidos directamente a los niños”. Con el fin de determinar cuándo se considera que una persona es un niño, el presente Reglamento debe asumir la definición establecida en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño. Asimismo, sus artículos 8,12⁶⁹ y 17.1.f)⁷⁰ regulan el tratamiento de los datos personales relativos a los niños, la transparencia de la información y de la comunicación, y el derecho al olvido, respectivamente.

67 V. nota número 61.

68 Cfr. DÍAZ DÍAZ, E.: “El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2016, parte Estudio, p. 13.

69 Art. 12 relativo a la transparencia de la información, comunicación y modalidades de ejercicio de los derechos de interesado y que se refiere a los requisitos de dicha información cuando va dirigida específicamente a un niño.

70 Artículo 17. Derecho al olvido y a la supresión.

1. El interesado tendrá derecho a obtener sin dilación indebida del responsable del tratamiento la supresión de los datos personales que le conciernen, el cual estará obligado a suprimir sin dilación indebida los datos personales cuando concurra algún de las circunstancias siguientes:

a) los datos personales ya no sean necesarios en relación con los fines para los que fueron recogidos o tratados de otro modo;

b) el interesado retire el consentimiento (...)

c) el interesado se oponga al tratamiento (...).

d) los datos personales hayan sido tratados ilícitamente.

e) los datos personales deban suprimirse para el cumplimiento de una obligación legal (...).

f) los datos personales se hayan obtenido en relación con la oferta de servicios de la sociedad de la información mencionados en el artículo 8, apartado 1. (la cursiva es nuestra)

En concreto, este último apartado se remite al precepto que regula las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información (la licitud del tratamiento exige que el menor tenga 16 años como mínimo para prestar consentimiento).

8. Hacia la concienciación y “acción común” de todos los sujetos intervinientes.

De lo expuesto hasta aquí, resulta necesario extremar las precauciones a la hora de regular el uso que de las redes sociales realizan los menores⁷¹. Precauciones que deben venir de diversos ámbitos e instancias⁷² y que exigen un “acción común de todos”⁷³. Junto a la tareas educativas de padres y tutores como representantes legales en su papel de formación información y vigilancia, o las de los educadores en el ámbito escolar, son imprescindibles otras de diversa índole que proceden de organismos y autoridades competentes sobre la materia, como, por ejemplo, las medidas de la AEPD con sus recomendaciones relativas a las redes sociales dirigidas a los usuarios, o las campañas de concienciación ciudadana o, en fin, redacciones claras y comprensibles de las políticas de privacidad de las redes sociales que no deben quedar en meras declaraciones de buenos principios, sino ser realmente eficaces. Se ha referido la doctrina también a las ventajas de acudir a algún sistema de solución judicial extraelectrónica para obtener rápidamente la respuesta necesaria en la restauración del derecho vulnerado (O.D.R.)⁷⁴ En este ámbito la vertiente previsor del Derecho es fundamental⁷⁵.

VII.A MODO DE CONCLUSIÓN.

Los mecanismos jurídicos que proporciona nuestro ordenamiento para la adecuada protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad, imagen y protección de datos personales, resultan insuficientes, inseguros y poco precisos para dar respuesta a los nuevos interrogantes que se plantean en el escenario *on line*, como hemos tenido oportunidad de consignar. En este nuevo contexto, las lagunas legales conducen a retos del legislador. No obstante, merecen una mención especial y positiva en esta nueva tendencia, las decisiones jurisprudenciales del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), sentencias 15 octubre 2015 y 5 abril 2016, a las que, es previsible, se vayan sumando otras en la misma línea (reconocimiento del derecho al olvido) que, junto a los instrumentos que en el ámbito comunitario empiezan a gestarse (STJUE de 13 de mayo de 2014, y el ya vigente, pero todavía no aplicable Reglamento General de Protección de Datos), contribuirán, sin lugar a dudas, al equilibrio de los derechos e intereses en juego.

71 V. COBACHO LÓPEZ, A.: “Autodeterminación informativa de los menores a través de Internet (y II)”, en AA.VV.: *Menores e Internet*, cit., pp. 11-13.

72 V., por todos, GIL ANTÓN, A. M^º: “Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto”, cit., p. 7; y de la misma autora, “El menor y la tutela de su entorno virtual”, cit., p. 315.

73 V. GIL ANTÓN, A. M^º: “El menor y la tutela de su entorno virtual”, cit., p. 315.

74 V. VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: “Protección de datos personales, redes sociales y menores”, cit., p. 20.

75 V. notas número 53 y 54.

BIBLIOGRAFÍA

ABRIL PS /PIZARRO MORENO, E.: “La intimidad europea frente a la privacidad americana. Una visión comparativa del derecho al olvido”, *Indret, Revista para el Análisis del Derecho*, 1/2014, Barcelona, Enero 2014, pp. 1-62.

ARENAS RAMIRO, M.: “Unforgettable: A propósito de la STJUE de 13 de mayo de 2014. Caso *Costeja (Google vs. AEPD)*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, UNED, núm. 34, 2014, pp. 505-525.

COBACHO LÓPEZ, A.: “Autodeterminación informativa de los menores a través de Internet (y II)”, en AA.VV.: *Menores e Internet*, (dir. por S. PÉREZ ALVAREZ, L. BURGUERA AMEAVE y K. PAUL LARRAÑAGA), Thomson Reuters, Aranzadi, 2013, pp. 343- 356.

CORDERO CUTILLAS, I./FAYOS GARDÓ, A.: “Redefiniendo los derechos de la personalidad en el siglo XXI”, en AA.VV.: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, primera edición, 2015, pp.19-33.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento como causa de exclusión de la ilegitimidad de la intromisión”, en AA.VV.: *Veinticinco años de Aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen* (coord. por J.R. DE VERDA Y BEAMONTE), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 239-253.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los Tribunales?”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, enero-diciembre 2015, pp. 389-436.

DE LA TORRE OLID, F./CONDE COLMENERO, P.: “Consideraciones críticas en torno a la autogestión y preservación de la intimidad en un escenario de riesgo”, en AA.VV.: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, primera edición, 2015, pp. 39-56.

DÍAZ DÍAZ, E.: “El nuevo Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea y sus consecuencias jurídicas para las instituciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 6/2016, parte Estudio, pp. 1-19.

ESCRIBANO TORTAJADA, P.: “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 AA.VV.: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 61-85.

GIL ANTÓN, A. M^a: “El menor y la tutela de su entorno virtual a la luz de la reforma del Código Penal LO 1/2015”, *Revista de Derecho UNED*, número 16, 2015, pp. 275-319.

GIL ANTÓN, A. M^a: “Redes sociales y privacidad del menor: un debate abierto”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36/2014, pp. 143-180.

GIL ANTÓN, A. M^a: “La privacidad del menor en Internet”, *R.E.D.S.*, núm. 3 septiembre-diciembre 2013, pp. 60-96.

GUERRERO ZAPLANA, J.: “La sentencia del asunto Google: configuración del derecho al olvido realizada por el TJUE”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 4/2014, Parte Comentario, pp. 1-8.

LAGE COTELO, M.: “Integración social de los menores a través de internet”, en AA.VV.: *Menores e Internet* (dir. por L. BURGUERA AMEAVE y K. PAUL LARRAÑAGA, G. SUAREZ PERTIERRA), Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2013, pp. 111-135.

LÓPEZ PORTÁS, B.: “La Protección Datos personales en el Universo 3.0: El Derecho al Olvido en la Unión Europea tras la sentencia del TJUE de 13 de mayo de 2014”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 38/2015, pp. 269-296.

LÓPEZ PORTÁS, B.: La configuración jurídica del derecho al olvido en el Derecho español a tenor de la doctrina del TJUE”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 143-175.

LORENTE LÓPEZ, M^a. C.: “La vulneración de los derechos al honor; a la intimidad y a la propia imagen de los menores a través de las Nuevas Tecnologías”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2/2015, pp. 207-222.

LORENTE LÓPEZ, M^a. C.: “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la jurisprudencia más reciente”, en AA.VV.: *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (coord. por A. FAYOS GARDÓ), Dykinson, Madrid, 2014, pp. 131-151.

MARTÍNEZ OTERO, J.M.: “El derecho al olvido en Internet: Debates cerrados y cuestiones abiertas tras la STJUE Google vs AEPD y Mario Costeja”, *Revista de Derecho Político*, UNED, núm. 93, mayo-agosto 2015, pp. 103-142.

MINERO ALEJANDRE, G.: “A vueltas con el “derecho al olvido”. Construcción normativa y jurisprudencial del derecho de protección de datos de carácter personal

en el entorno digital", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 30, junio 2014, pp. 129-155.

MUÑOZ GARCÍA, C.: "Responsabilidad civil de los Grandes Menores a la luz de las últimas reformas. Algo falta por hacer", *Diario la Ley* (ed. on line), nº 8719, 2016, Sección Doctrina.

ORDÓÑEZ SOLÍS, D.: "El derecho al olvido en Internet y la sentencia Google Spain", *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 6/2014, BIB 2014\2257, pp. 1-16.

PÁVEZ, M^a. I.: "Los derechos de la infancia en la era de Internet (América Latina y las nuevas tecnologías)", Naciones Unidas, CEPAL, Serie Políticas Sociales N° 210, Chile, 2014.

PLAZA PENADÉS, J.: "Los derechos fundamentales en Internet", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 36/2014, pp. 1-3.

PLAZA PENADÉS, J.: "Doctrina del Tribunal Supremo sobre el "conocimiento efectivo" en la responsabilidad de los prestadores intermediarios y en el derecho al olvido", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 34/2014, pp.15-19.

ROVIRA SUEIRO, M^a. E.: "Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente?", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 8/2015, pp. 51-96.

SIMÓN CASTELLANO, P.: *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Bosch, Barcelona, 1ª edición, 2015.

VÁZQUEZ DE CASTRO, E.: "Protección de datos personales, redes sociales y menores", *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 29/2012, pp. 21-60.

YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", en AA.VV.: *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. REGLERO CAMPOS), vol. 3, parte especial segunda, Aranzadi, Cizur Menor, Navarra, 2008.

ZUNÓN VILLALOBOS, M.: "La garantía civil de la privacidad", *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9/2013, parte Estudio, pp. 1-16.

CUESTIONES DE
INTERÉS JURÍDICO.



SOBRE EL ALCANCE DEL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR EN LA JURISPRUDENCIA DE ESTRASBURGO

THE SCOPE OF THE PROTECTION OF PRIVATE AND FAMILY LIFE IN THE STRASBOURG JURISPRUDENCE

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 194-207

* Este trabajo forma parte del proyecto de investigación que recibe las "Ayuda a la Investigación 2012" de la Fundación Mapfre en el marco del proyecto "Formación del contrato de seguro en la nueva ley del consumidor chilena y su última modificación del 2011, ley 20.555". También forma parte del proyecto de investigación, financiado por el Estado de Chile, Fondecyt Regular N° 1141220, titulado "El contrato de seguro como contrato de consumo. Examen crítico de su estructura y sistematización después de las reformas de la ley de protección del consumidor y el Código de Comercio." Y, finalmente, el también forma parte del proyecto Anillo-CONICYT, código SOC 1111. El autor desea expresar su agradecimiento más profundo a la colaboración prestada, en la investigación de las fuentes de este trabajo, a las ayudantes alumnas de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile: Adriana Villamizar y Claudia Villablanca.



Sofía
DE SALAS
MURILLO

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de febrero de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: La interpretación que el TEDH da al “derecho al respeto a la vida privada y familiar” del art. 8 CEDH comprende dimensiones diferentes de las que, a la luz del art. 18 de la Constitución española, tendría este concepto para el jurista español, poniendo de manifiesto como, pese a las décadas transcurridas desde su aprobación, el Convenio es un instrumento vivo, adaptable y útil a las desafíos de la sociedad actual.

PALABRAS CLAVE: Respeto a la vida privada y familiar; Tribunal Europeo de Derechos humanos; Convenio europeo de Derechos humanos.

ABSTRACT: The interpretation that the ECHR gives to the right to respect for private and family life of the art. 8 of the European Convention, includes different dimensions of this concept would have for the Spanish jurist, in the light of art. 18 of the Spanish Constitution, showing how, despite the decades since its adoption, the Convention is an adaptable and useful living instrument to the challenges of today's society.

KEY WORDS: Right to respect for private and family life; European Court of Human Rights; European Convention on Human Rights.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. COMPARACIÓN ENTRE EL “RESPETO A LA VIDA PRIVADA” DEL ART. 8 DEL CONVENIO Y EL “DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL” DEL ART. 18 CE. III. COMPARACIÓN ENTRE EL “RESPETO A LA VIDA FAMILIAR” DEL ART. 8 DEL CONVENIO Y EL “DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR” DEL ART. 18 CE. IV. CONSECUENCIAS DE ESTAS DIFERENCIAS EN LA INTENSIDAD Y MECANISMOS DE LA PROTECCIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 8 del Convenio de protección de los derechos humanos y libertades fundamentales (en adelante el Convenio)¹ proclama el derecho al respeto a la vida privada y familiar; en los siguientes términos: “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

En el Derecho interno español se enumeran derechos, en parte próximos y en parte diferentes, como son el “derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, al hilo de la protección que se les da en el art. 18.1 CE, desarrollado por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil de los mismos, y en conexión con ella, la LO de 26 de marzo de 1984, sobre el derecho de rectificación, y la LO 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

En una superficial comparación con el ordenamiento jurídico español, parecería que el ámbito de aplicación del artículo 8 del Convenio es aparentemente más

1 Comúnmente conocido como el «Convenio europeo de derechos humanos», fue abierto a la firma de los Estados miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor el 3 de septiembre de 1953. Ha sido ratificado por los 47 Estados miembros del Consejo de Europa (en el caso de España, por Instrumento de 26 de septiembre de 1979); dicha ratificación es requisito previo para formar parte de la Organización.

• Sofía de Salas Murillo

Estudió Derecho en la Universidad de Zaragoza, donde obtuvo su doctorado con la máxima calificación (1998). Es Profesora Titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza (2001) y ha sido profesora visitante en diversas Universidades europeas. Autora de libros y artículos sobre el sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad, materia en la que es Investigadora principal de Proyectos del Ministerio, así como de estado civil, derecho de daños, derechos reales y las personas jurídicas. Secretaria de la Asociación Española de Derecho Comparado. E-mail sofiasal@unizar.es

reducido que el de aquél, pues solo contempla lo referente a la privacidad individual — con especial consideración a una proyección de ésta, como es la correspondencia— y familiar; con mención especial al respeto al domicilio. Sin embargo, la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos humanos de Estrasburgo (en adelante, TEDH) ha dado a este artículo, le ha dotado de un alcance mucho más amplio en la práctica que el de nuestro texto constitucional, proyectándolo sobre ámbitos más numerosos y diferentes de los que contemplados por los tribunales españoles. Precisamente la dimensión interpretativa de la jurisprudencia de Convenio, que se pone de manifiesto en materias como ésta, es uno de los elementos que más eficazmente ha contribuido a la protección de los derechos humanos.

En efecto, la interpretación de los artículos del Convenio efectuada por el TEDH, aunque carente de efecto obligatorio *erga omnes*, sirve de pauta al conjunto de los Estados Partes en el Convenio; especialmente útiles resultan a tal efecto las conexiones que el Tribunal establece entre las diversas disposiciones del Convenio, como las que hace entre el artículo 8, el derecho al “respeto de la vida privada y familiar”, con los artículos 9, que protege la “libertad de pensamiento, de conciencia y de religión” y el 10, que hace lo propio con la libertad de expresión. Conexiones que hace, por ejemplo, en lo relativo a la cuestión de símbolos y atuendos religiosos en lugares públicos de símbolos y atuendos religiosos; o en campos como la objeción de conciencia al servicio militar o el derecho de los padres de asegurar una educación de sus hijos que sea conforme con sus propias convicciones. Aunque este tipo de demandas suele ser examinado en el terreno del artículo 9, no es infrecuente que lo sea también desde el ángulo de los artículos 8 y 10.

2. COMPARACIÓN ENTRE EL “RESPECTO A LA VIDA PRIVADA” DEL ART. 8 DEL CONVENIO Y EL “DERECHO A LA INTIMIDAD PERSONAL” DEL ART. 18 CE

El “respeto a la vida privada” del art. 8 del Convenio, literalmente interpretado, parece que debería equivaler en principio al “derecho a la intimidad personal” del art. 18 CE, que el TC ha entendido que «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» (STC 2 diciembre 1988²), considerada en su aspecto negativo que se traduce en la posibilidad de excluir cuanto atañe a la propia persona de la acción y conocimiento ajenos³. El derecho a la intimidad en el sistema español incluye tanto la llamada

2 STC 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231)

3 Junto a esa dimensión, es unánime la aceptación de un aspecto positivo del derecho a la intimidad personal, consistente en el control por su titular de los datos e información relativos a la propia persona, que le permiten una cierta capacidad de disposición en relación con su intimidad; cfr. LACRUZ BERDEJO, J.L. et al.: *Elementos de Derecho civil, Parte General I*, vol. segundo (6ª ed. revisada y puesta al día por Jesús Delgado Echeverría), Dykinson, 2010, p. 92.

intimidad corporal (SSTC 15 febrero 1989 y 28 febrero 1994⁴), como los datos económicos o bancarios de la persona (ATC 23 julio 1986, STC 26 abril 1990⁵), aunque en ninguno de los dos casos con carácter absoluto. Evidentemente, este derecho está frecuentemente interconectado con los otros dos a los que alude el art. 18 CE: el honor y la propia imagen: así, por ejemplo, las SSTS de 2 abril 2001 y 1 julio 2004⁶ entienden que la divulgación de datos concernientes a la morosidad del deudor —y en concreto, la actuación de las empresas de cobro de morosos que pretenden transmitir al entorno del afectado su situación de morosidad— aunque sea cierta, implica una acción denigratoria que atenta contra la dignidad humana y vulnera su derecho al honor; pudiéndose apreciar también una invasión de su intimidad.

En contraste, el contenido del derecho al respeto de la vida privada según la interpretación del TEDH es mucho más amplio e incluye, en sistematización de Arzoz Satisteban⁷: a) la integridad física y moral, interrupción del embarazo inclusive; b) el derecho a la propia apariencia externa, la propia imagen y la propia reputación; c) los derechos al nombre, al estatus familiar y al conocimiento del pasado; d) la vinculación y el arraigo en un territorio determinado como ámbito protegido; e) el derecho a ejercer una actividad profesional; f) la protección frente a las agresiones al medio ambiente que afectan a la calidad de la vida privada (ruidos, malos olores, emisiones); g) la vida y orientación sexual; h) la recopilación, conservación, utilización y revelación de datos personales o confidenciales; i) las técnicas y procedimientos de investigación policial; j) la libertad de movimiento; h) el modo de vida de las minorías étnicas, en particular de la comunidad gitana.

Es decir, el derecho a la propia imagen y a la reputación (honor), que en el ordenamiento español se presentan como legalmente diferenciados del derecho a la intimidad⁸, en la interpretación del TEDH no son sino una dimensión más de

4 STC 37/1989, de 15 de febrero (RTC 1989, 37) y STC 57/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 57).

5 ATC 642/1986, de 23 de julio (RTC 1986, 642) y STC 76/1990, de 26 de abril (RTC 1990, 76).

6 STS de 2 abril 2001 (RAJ 2001\3991) y STS 1 julio 2004 (RAJ 2004\4287).

7 ARZOS SANTISTEBAN, X.: en *Convenio Europeo de Derechos humanos. Comentario sistemático* (LASAGABASTER HERRARTE, I., dir.), Thomson-Reuters-Civitas, 2015, p. 338 y ss.

8 Ha de reconocerse sin embargo, que en opinión de la doctrina, también en Derecho español, el derecho a la propia imagen, sobre todo en su aspecto negativo, se encuentra muy próximo al derecho a la intimidad, hasta el punto de que ha sido considerado parte del mismo, y el propio Tribunal Constitucional ha afirmado que la imagen de una persona «constituye el primer elemento configurador de su intimidad y de su esfera personal», como afirma la STC 99/1994, de 11 de abril (RTC 1994, 99). Pero lo cierto es que tanto la CE como la LOPDH han optado por configurarlo legalmente como un derecho autónomo. El Tribunal Constitucional ha reconocido también que el derecho a la propia imagen es un derecho autónomo, aunque esté estrechamente relacionado con los derechos al honor y la intimidad: pueden citarse en este sentido, la STC 81/2001 de 26 de marzo (RTC 2001, 81) y la STC 139/2001, de 18 de junio (RTC 2001, 139). Proximidad similar a la que puede producirse cuando concurren los derechos al honor y la propia imagen, ya que como señala DE VERDA Y BEAMONTE, cabe que la captación, reproducción o publicación de una fotografía sirva para vulnerar el honor de esa persona, cuando se le representa en una actitud vejatoria o degradante: en este sentido, SSTS 9 julio 2004 (RAJ 2004, 5118), 18 octubre 2004 (RAJ 2004, 6076), o 22 febrero 2006 (RAJ 2006, 830). Sobre estas cuestiones, cfr. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R. (coord.), *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Aranzadi, 2007.

la vida privada (así, STEDH 11 enero 2005⁹); lo cual implica que las fotografías o vídeos —con especial importancia en el caso de los conservados en las redes sociales y en internet— en cuanto reflejen la imagen de una persona entran en este ámbito. Del mismo modo, la grabación de la voz de una persona con el fin de analizarla constituye una injerencia en el derecho al respeto de su vida privada (P.G. et J.H. c. Reino Unido, n° 44787/98, sentencia del 25 de septiembre de 2001, §§ 59-60, TEDH 2001\552¹⁰). En este sentido, en el Convenio sí que se explicita el respeto a la privacidad de la correspondencia (lo que incluiría el intercambio de correo postal o electrónico y las conversaciones electrónicas o por otros medios de comunicación).

También llama la atención la inclusión en el ámbito del derecho a la vida privada del derecho a la integridad física y moral de la persona (recordemos que el art. 2 del Convenio contempla el derecho a la vida, pero sin aludir explícitamente a aquéllas). En el ordenamiento jurídico español, en conexión con su consagración específica en el art. 15 CE, estos derechos tienen una consideración autónoma en la clasificación de derechos de la personalidad¹¹. Sin embargo, el cuerpo de una persona concierne precisamente, en opinión del TEDH, el aspecto más íntimo de su vida privada. Así, una intervención médica que no cuente el consentimiento del interesado, aunque sea de importancia menor, constituye una injerencia en el derecho al respeto de la vida privada (STEDH 22 julio 2003¹²). Por eso, el derecho incluye, respecto al adulto en plena posesión de sus facultades mentales y en conexión con el principio de autonomía, el de determinarse por sí mismo frente a su tratamiento médico, incluyendo el derecho a rechazar el tratamiento aun con peligro para su vida (STEDH 10 junio 2010¹³). En el asunto Avilkina y otros c. Russia (STEDH 6 junio 2013)¹⁴, el Tribunal examinó otro aspecto del rechazo a someterse a una transfusión sanguínea y concluyó que el artículo 8 del Convenio había sido violado por el hecho de que las informaciones relativas al rechazo de los demandantes, Testigos de Jehová, de someterse a dicha transfusión “habían sido divulgados por el hospital a la fiscalía del Estado en el marco de una encuesta destinada a proteger la salud pública”. En otro contexto, la STEDH 29 abril 2002 no aprecia sin embargo injerencia de los poderes públicos en el ámbito de intimidad de la demandante al no considerar incluida en el derecho a la vida la posibilidad de suicidio asistido¹⁵.

9 STEDH 11 enero 2005, Sciacca c. Italia, n° 50774/99, § 29 (TEDH 2005,1).

10 STEDH 25 septiembre 2001, P.G. et J.H. c. Reino Unido, n° 44787/98, §§ 59-60 (TEDH 2001,552).

11 Con distintos matices, se plantea la cuestión de la capacidad jurídica de disposición de una persona en relación con su propio cuerpo; si bien la regla general es la de la negación de la existencia de un derecho absoluto a disponer sobre el mismo, se admite un cierto poder de disposición sobre la integridad corporal, en casos y por causas considerados como justificados: básicamente, intervenciones quirúrgicas por razones terapéuticas o estéticas, trasplantes, esterilizaciones y cirugía transexual.

12 STEDH 22 julio 2003, Y.F. c. Turquía, n° 23178/94, § 33, (TEDH 2003\48).

13 STEDH 10 junio 2010, Testigos de Jehová de Moscú y otros c. Rusia, n° 302/02, §§ 137-138 (JUR 2010\190063).

14 STEDH 6 junio 2013, Avilkina y otros c. Russia, n° 1585/09 (JUR 2013\177179).

15 STEDH 29 abril 2002, Pretty c. Reino-Unido, n° 2346/00, § 82 (TEDH 2002\23).

3. COMPARACIÓN ENTRE EL “RESPECTO A LA VIDA FAMILIAR” DEL ART. 8 DEL CONVENIO Y EL “DERECHO A LA INTIMIDAD FAMILIAR” DEL ART. 18 CE

A la ejemplificación no exhaustiva, por supuesto, de algunas diferencias en cuanto al alcance del contenido del derecho a la vida privada que acabo de exponer, hay que añadir la diferencia entre la intimidad familiar a la que se refieren tanto el art. 18 CE como la LOPDH respecto al derecho al respeto a la vida familiar al que se refiere el artículo 8 del Convenio.

Con el primer concepto (intimidad familiar), el legislador español no se refiere a un hipotético derecho a la intimidad correspondiente al grupo familiar, sino a la determinación de un ámbito de intimidad derivado de la especial relación de proximidad que media entre los componentes de la familia, que hace que la esfera de intimidad de cada uno de ellos integre un ámbito común de intimidad, calificado como familiar. En este sentido, la ya citada STC 231/1988, de 2 de diciembre, aclara que «el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarda una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 CE protegen. [...] No cabe dudar de 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».

No es este el concreto ni principal sentido del respeto a la vida familiar en la jurisprudencia del TEDH, que incluye cuestiones como el derecho de los padres a tomar decisiones relativas tanto a la educación de sus hijos, como al tratatamiento médico de estos: «El Convenio, y concretamente su artículo 8, reconoce y protege la vida familiar así entendida, y en particular el derecho de los padres a hacer uso de su autoridad sobre sus hijos habida cuenta de sus correspondientes responsabilidades. El ejercicio de los derechos parentales representa ciertamente un elemento fundamental de la vida familiar» (ver STEDH 28 noviembre 1988¹⁶).

Incluye también el poder decidir en libertad la dirección de la propia vida privada y familiar. En este sentido, Fernández Martínez c. España, n° 56030/2007, sentencia de 12 junio 2014, § 126, TEDH 2014\35¹⁷ que reitera que el artículo 8 también

16 STEDH 28 noviembre 1988, Nielsen c. Dinamarca, n° 10929/84, § 61, (TEDH 1988\24).

17 STEDH 12 junio 2014, Fernández Martínez c. España, n° 56030/2007, § 126, (TEDH 2014\35).

protege el derecho a la plena realización si, en forma de desarrollo personal (ver STEDH 11 julio 2002¹⁸) o desde el punto de vista del derecho a establecer o desarrollar relaciones con otros humanos y en el mundo externo, siendo la noción de autonomía personal un principio importante señalado en la interpretación de las garantías establecidas en esta disposición (ver la ya citada STEDH 29 abril 2002 § 61). “Por tanto, es evidente que el derecho individual a casarse y a hacer pública dicha elección está protegido por el Convenio y en concreto por el artículo 8, a la luz de otros artículos aplicables”, señala el TEDH. En esta misma sentencia se alude a otra dimensión del derecho a la vida privada: la de la utilización de la imagen sin consentimiento del titular. En el caso concreto, y por las circunstancias del mismo se entiende que no ha habido injerencia en este sentido (§ 136).

4. CONSECUENCIAS DE ESTAS DIFERENCIAS EN LA INTENSIDAD Y MECANISMOS DE LA PROTECCIÓN

Cabe preguntarse si estas diferencias en el contenido de lo que deba entenderse por derecho a la vida privada o la intimidad, someramente expuestas, conllevan consecuencias relevantes en cuanto a la intensidad de protección de los derechos.

El interrogante tendría sentido en casos como la diferenciación —en el ámbito interno del ordenamiento jurídico español— entre derechos de la personalidad y derechos fundamentales, puesto que son categorías ligadas directamente a los sistemas de protección de estos derechos que diseña el ordenamiento.

Así, los derechos enunciados en el art. 18 CE de los que aquí nos estamos ocupando se benefician del sistema de protección previsto para los derechos fundamentales —reserva de Ley orgánica, posibilidad de interponer recurso de amparo ante una violación de los mismos por parte de los poderes públicos, tramitación preferente del procedimiento seguido para su defensa ante la jurisdicción civil (arts. 249.1.2º Lec), recurso a los procedimientos especiales contencioso-administrativos dispuestos por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (arts. 114 y ss.)—, pero también del específicamente destinado a ellos en la LO 1/1982. Otros derechos de la personalidad, sin embargo, pese a ser fundamentales y gozar del régimen reforzado de estos, no entran en su ámbito de aplicación de la citada Ley Orgánica, que como acabamos de ver es muy acotado, de modo que frente las hipotéticas violaciones de los mismos entre particulares, sólo tendrían la genérica protección del *neminem laedere*, ex art. 1902 Cc. Otros de estos derechos, por último, ni siquiera tienen la categoría de derechos fundamentales, como el nombre, por lo que solo gozarían de esta última.

18 STEDH 11 julio 2002, *Christine Goodwin c. Reino Unido*, nº 28957/95, § 90, (JUR 2002, 181176).

El que determinados aspectos o facetas del derecho sean incluidos en la interpretación del tenor del artículo 8 del Convenio supone que se beneficien de la protección prevista en el sistema del Convenio Europeo de derechos humanos. Protección que deriva del efecto combinado de la acción del TEDH, que vela por la aplicación efectiva de ésta y de las demás obligaciones suscritas por los Estados partes al Convenio, y la del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en su labor de supervisión de la correcta ejecución de las sentencias del Tribunal. Ello se traduce en que, además de las medidas individuales que el Estado en causa deberá adoptar para borrar las consecuencias de las violaciones sufridas por el demandante individual, deberá en no pocas ocasiones adoptar medidas generales, entre las que destacan la introducción de cambios en su legislación o en sus prácticas judiciales o administrativas, con el fin de evitar violaciones similares en el futuro.

Pero además, la obligación del Estado no se limita a la abstención de todo ataque a los derechos consagrados en el Convenio, sino que puede también exigir una conducta activa por su parte. En efecto, puesto que los derechos garantizados por el Convenio deben ser concretos y efectivos, la jurisprudencia del Tribunal sostiene la existencia de "obligaciones positivas" en virtud de las cuales el Estado debe adoptar determinadas medidas para proteger los derechos de los individuos (ver STEDH 3 mayo 2007¹⁹ y STEDH 15 enero 2013²⁰). Concretamente el Tribunal ha indicado que: "Si bien el artículo 8 tiene por objeto esencial la protección del individuo frente a las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, puede también incluir obligaciones positivas que son inherentes con el respeto efectivo de la vida privada o familiar" (ver STEDH 9 octubre 1979²¹). Así, cuando el adulto no puede ser considerado como perfectamente apto para tomar una decisión relativa al tratamiento médico que se le propone o cuando se trata de un adulto vulnerable ante posibles presiones abusivas con respecto a su estado de salud, el Estado está llamado a intervenir²².

De manera general, la obligación positiva del Estado consiste en dotarse de una legislación interna adecuada suficientemente accesible y clara en materia de derecho al respeto de la vida privada y familiar (ver Vgt Verein gegen Tierfabriken c. Suisse, n° 24699/94, sentencia del 28 de junio del 2001, § 45), como hace nuestro ordenamiento por medio de la LO 1/1982. También pesa esta obligación positiva en la actuación de los tribunales nacionales, llamados a aplicar la norma de manera razonable. El

19 STEDH 3 mayo 2007, 97 miembros de la Congregación de Testigos de Jehová de Gldani y otros cuatro c. Georgia, n° 71156/01, §§ 96-97, 125, (TEDH 2007, 31).

20 STEDH 15 enero 2013, Eweida y otros c. Reino Unido, n° 48420/10, 59842/10, 51671/10 y 36516/10, §§ 84, 91, 95, 108 (TEDH 2013, 12).

21 STEDH 9 octubre 1979, Airey c. Irlanda, n° 6289/73, § 32, serie A n° 32 (TEDH 1979/3).

22 Ver opinión parcialmente disidente del Juez Martens, § 15, en el asunto *Kokkinakis c. Grecia*, n° 14307/88, STEDH 25 mayo 1993 (TEDH 1993, 21); ver STEDH 3 abril 2001, *Keenan c. Reino Unido*, n° 27229/95, §§ 88-101 (TEDH 2001, 242); ver STEDH 14 octubre 1999, *Riera Blume y otros c. España*, n° 37680/97, §§ 31-35 (TEDH 1999, 47). En este asunto los demandantes invocaron inicialmente violación de los artículos 3, 5, 8 y 9 del Convenio, incidiendo en que el proceso de «desprogramación» violaba este último; su demanda no fue sin embargo examinada bajo este ángulo, dado que se comprobó la existencia de una violación en el terreno del artículo 5 del Convenio.

Tribunal de Estrasburgo ha señalado que, en los litigios de orden privado, puede considerarse que hay violación del Convenio europeo de derechos humanos cuando la interpretación hecha por una jurisdicción nacional de un acto jurídico (contrato privado, documento público, norma jurídica o práctica administrativa), se revela no razonable, arbitraria, discriminatoria o, de manera más amplia, en contradicción con los principios en que se sustenta el Convenio²³.

Para determinar si existe una obligación positiva en el terreno del artículo 8, el criterio a seguir, como en el resto del Convenio, es la búsqueda de un justo equilibrio entre el interés general y los intereses del individuo, teniendo en cuenta la situación nacional. La obligación no debe sin embargo ser interpretada de manera que haga recaer sobre las autoridades nacionales una carga insoportable o excesiva²⁴.

Sí que debe advertirse que el artículo 8 que estamos examinando, desde el punto de vista de la intensidad de la protección, no forma parte del “núcleo duro” del Convenio europeo de derechos humanos, esto es, de los artículos calificados de “absolutos” en el sentido de que su suspensión o restricción nunca puede ser justificada²⁵. Ello significa pues que los Estados Partes disponen de un margen de apreciación importante a la hora de establecer excepciones o limitaciones a dicho artículo 8, siempre y cuando respeten, como el mismo artículo dispone, el requisito de la legalidad de la excepción o limitación en un Estado de Derecho y la exigencia de probar su necesidad en una sociedad democrática.

La jurisprudencia de Estrasburgo respeta este margen de apreciación y así, aunque haya desarrollado pistas de interpretación del artículo 8, no ha fijado de modo terminante una relación automática entre el derecho proclamado en este artículo y las posibles excepciones al mismo. Los jueces de Estrasburgo parecen estar más a gusto con la interpretación literal y con el examen de las exigencias procesales que con esos temas sensibles de filosofía política que no dejan de surgir en el momento de valorar las posibles excepciones a los derechos proclamados²⁶.

Aunque el TEDH ha perfilado bastante sus exigencias en materia de legalidad de toda limitación del derecho al respeto de la vida privada y familiar, consiente sin

23 Ver STEDH 16 diciembre 2008, *Khurshid Mustafa et Tarzibachi c. Suecia*, n° 23883/06, § 33 (JUR 2008, 385145), y STEDH 13 julio 2004, *Pla et Puncernau c. Andorra*, n° 69498/01, § 59 (TEDH 2004, 49).

24 Ver en particular STEDH 16 marzo 2000, *Özgür Gündem c. Turquía*, n° 23144/93, § 43 (STEDH 2000, 94); ver también STEDH 6 mayo 2003, *Appleby y otros c. Reino Unido*, n° 44306/98, § 40 (JUR 2004, 73091).

25 Solamente cuatro disposiciones del Convenio entran en la categoría de “artículos absolutos”: el derecho a no ser sometido a tortura o a tratos o penas inhumanos o degradantes (artículo 3); el derecho a no ser sometido a esclavitud o servidumbre (artículo 4, § 1); el derecho a no ser condenado por conducta que, en el momento en que se manifestó, no constituía delito en derecho nacional o internacional (artículo 7, § 1) y el derecho a no ser sometido a condena superior a la existente en el momento en que el delito fue cometido (artículo 7, § 1). En este sentido, GREER, S.: “The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights”, en *Human rights files*, n° 15, Ediciones del Consejo de Europa, Estrasburgo, 1997, nota 1, p. 44-45.

26 GEARTY, C.: “The European Convention on Human Rights and the Protection of Civil Liberties: An Overview”, *Cambridge Law Journal*, n° 52, Cambridge, 1993, p. 52, 89, 98-99, 116; citado por GREER, *op. cit.*, p. 7-8.

embargo un margen de apreciación a los Estados para determinar si dicha limitación es necesaria en una sociedad democrática.

El requisito de legalidad de la injerencia en la perspectiva del Tribunal de Estrasburgo, adquiere perfiles específicos en lo relativo al uso de internet. En efecto, la exigencia de una normativa adecuada (es decir, suficientemente accesible y clara) en materia de derecho al respeto de la vida privada y familiar, se presenta particularmente necesaria en relación a las comunicaciones electrónicas.

Uno de los aspectos especialmente delicados es, por ejemplo, el de la vigilancia ejercida por las empresas sobre sus empleados para evaluar qué utilización hacen de sus conexiones a internet con fines personales; vigilancia ejercida sin que el empleado lo advierta, y que implica a menudo la recogida y conservación de datos (sitios visitados, fecha y duración de las visitas). Esta práctica entra de lleno en el ámbito de aplicación del artículo 8 y, en los supuestos en los que la empresa es estatal, se plantea además directamente la cuestión de la obligación negativa del Estado de no violar la vida privada. Con relación a la legalidad de esta injerencia, el Tribunal ha afirmado que: «(...) según su jurisprudencia constante, la expresión «prevista por la ley» implica – como se desprende del objeto y de la finalidad del artículo 8 – que el derecho interno debe ofrecer cierta protección contra los ataques arbitrarios por parte de los poderes públicos de los derechos garantizados en el § 1.

Esta exigencia es particularmente importante cuando se adoptan medidas de vigilancia, como en el caso que nos ocupa, dada la ausencia de control público y el riesgo de abuso de poder. La expresión «prevista por la ley» no solo impone el respeto del Derecho interno, sino que también se refiere a la calidad de la ley, que debe ajustarse a los principios que caracterizan al Estado de Derecho. Para satisfacer la exigencia de previsibilidad, la ley debe estar redactada en términos suficientemente claros para indicar a todos, de manera suficiente, en qué circunstancias y con qué condiciones autoriza al poder público a tomar esas medidas. (...) [E]n el asunto caso que nos ocupa, dado que en la época de los hechos no existía en derecho interno un texto regulador de las medidas de vigilancia, la injerencia del poder público, no estaba “prevista por la ley” como lo exige el artículo 8 § 2 del Convenio.

El Tribunal no excluye que la vigilancia en el uso que el empleado hace del teléfono, del correo electrónico o de internet en el sitio de trabajo pueda ser considerado «necesario, en una sociedad democrática...en algunos supuestos, siempre y cuando se persiga un objetivo legítimo» (asunto Copland, resuelto por la STEDH 3 abril 2007²⁷).

27 STEDH 3 abril 2007, Copland c. Reino Unido, n° 62617/00, §§ 45-46 y 48 (TEDH 2007, 23).

Teniendo en cuenta la diversidad de planteamientos adoptados por los poderes públicos en este campo, el TEDH ha establecido, como acabamos de ver, que los Estados disponen de cierta flexibilidad, es decir de un margen de apreciación, para determinar las medidas que considere más apropiadas para alcanzar el objetivo legítimo buscado.

En la línea del asunto Copland, para el Tribunal de Estrasburgo, “vigilar al demandante sirviéndose de su GPS y utilizar los datos así obtenidos constituye una injerencia en el ejercicio de su derecho a la vida privada” (Uzun c. R. F. de Alemania, n° 35623/05, sentencia del 2 de septiembre de 2010: en este supuesto, el Estado rebasó su margen de apreciación, JUR 2010\301139²⁸). También va más allá de lo razonable cuando, por ejemplo, da a publicar en los medios de comunicación datos, informaciones o imágenes personales tomados en un lugar público por medio de procedimientos y en una escala que rebasan lo normalmente previsible²⁹.

Incumbe al Estado garantizar el respeto de la vida privada en las relaciones entre individuos, por ejemplo entre el usuario y el proveedor de acceso a un sitio internet, cuando se han proteger a su vez otros derechos e intereses legítimos como la defensa del orden público, o se trata de prevenir infracciones penales (en especial en aras a la protección de la integridad de las personas vulnerables, en particular de los niños y los jóvenes, con respecto a actividades pedófilas en internet) por ejemplo. En este terreno, el Estado dispone de un amplio margen para apreciar el carácter necesario, en una sociedad democrática, de una injerencia determinada en el terreno de la vida privada.

La cuestión adquiere un carácter complejo cuando se trata de la toma y conservación, por parte de los servicios estatales de inteligencia y de seguridad, de datos personales o informaciones de carácter personal en el contexto de la lucha antiterrorista. El Tribunal de Estrasburgo reconoce que las diversas formas de vigilancia llevadas en secreto por el Estado permiten a menudo recabar datos (ver STEDH 4 mayo 2000³⁰); ahora bien, los sistemas de vigilancia secreta deben dotarse de las garantías establecidas por la ley para controlar las actividades llevadas a cabo por los servicios competentes (ver STEDH 1 julio 2008³¹). En algunos asuntos recientes, el TEDH ha evocado la obligación de borrar datos en cuanto dejen de ser necesarios («derecho al olvido»; «derecho del individuo a oponerse al procesamiento ulterior de sus datos personales»³²).

28 STEDH 2 septiembre 2010, Uzun c. R. F. de Alemania, n° 35623/05 (JUR 2010, 301139).

29 STEDH 28 enero 2003, Peck c. Reino Unido, n° 44647/98, §§ 60-63 (JUR 2003\50030).

30 STEDH 4 mayo 2000, Rotaru c. Rumania, n° 28341/95 (TEDH 2000, 130).

31 STEDH 1 julio 2008, Liberty y otros c. Reino Unido, n° 58243/00 (TEDH 2008\45).

32 Ha sido, no obstante, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea el que ha dictado la decisiva sentencia de 13 de mayo de 2014 en el caso *Google Spain S.L. c. Agencia Española de Protección de Datos*, asunto C-131/12, § 26 (TJCE 2014, 85).

Los ejemplos expuestos —solo algunos de los muchos que podrían citarse aquí— ponen de manifiesto la enorme versatilidad que en este caso deriva de la abstracción o incluso indeterminación del amplio concepto de la vida privada y familiar del artículo 8, pues como el propio TEDH dijo en el asunto Airey c. Irlanda citado párrafos atrás (§ 26), el Convenio es “un instrumento vivo” que “debe ser interpretado a la luz de las condiciones actuales y que está diseñado para proteger al individuo de forma real y efectiva en aquellos ámbitos a los que se refiere”.



**EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y EL CONSENTIMIENTO
DE LOS MENORES DE EDAD. ESPECIAL REFERENCIA A LAS
REDES SOCIALES**

**THE RIGHT TO PRIVACY AND THE CONSENT OF THE
UNDERAGE YOUTH. PARTICULAR REFERENCE TO SOCIAL
NETWORKS**

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 208-221



Alejandro
VILLANUEVA
TURNES

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objetivo dar una visión de la relación existente entre el derecho a la intimidad y la prestación del consentimiento por parte de los menores de edad, haciendo una referencia específica de a las nuevas tecnologías y entre ellas, a las redes sociales, que se han transformado en un fenómeno social en nuestros días.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la intimidad; redes sociales; consentimiento.

ABSTRACT: This paper is intended to give a vision of the relationship between the right intimacy and the consent of minors, in particular by making reference to new technologies and also between these to social networks, which are a important social trend nowadays.

KEY WORDS: Righ to intimacy; social networks; consent.

SUMARIO.- I. ASPECTOS BÁSICOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. II. TITULARIDAD. III. CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD. IV. NUEVAS TECNOLOGÍAS. V. CONCLUSIÓN.

I. ASPECTOS BÁSICOS DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad aparece recogido como un derecho fundamental en el artículo 18.1 de la Constitución Española de 1978, que presenta el siguiente tenor literal: «se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen».

Este derecho se vincula con la esfera más privada de las personas, suponiendo la reserva de aquel lado que se mantiene fuera de intromisiones ajenas¹. Al mismo tiempo nos encontramos ante un derecho vinculado de forma inevitable con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad², que encuentran también un fundamento constitucional en el artículo 10.1³.

Atendiendo al precepto constitucional, este derecho se va a reconocer no sólo en cuanto a la esfera personal o dicho en otras palabras, a la intimidad de las personas individualmente consideradas, sino también a lo que la Norma Superior del ordenamiento jurídico ha denominado intimidad familiar; que sería aquella esfera de la intimidad vinculada al núcleo familiar⁴.

1 STC 151/1997, de 29 de septiembre (RTC 1997, 151).

2 Este respeto de la dignidad de la persona a la que hacemos mención, así como el respeto de los derechos que le corresponden a raíz de dicha condición, adquiere una importancia máxima cuando nos referimos a los menores de edad, que deben ser especialmente protegidos dado su proceso de formación.

3 No debe olvidarse la importancia de la dignidad, ya que se ha considerado que ésta aparece en nuestra Carta Magna como un «valor jurídico supremo». FERNÁNDEZ SEGADO, F.: "Filosofía política de la Constitución Española", Revista de Ciencias Sociales, 1991, núm. 4º, p. 50.

4 STC 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991, 197) y 231/1988, de 2 de diciembre (RTC 1988, 231). incluso se ha extendido la protección de este derecho a la protección misma del domicilio frente a agresiones acústicas, tal y como se observa en la STEDH de 9 de diciembre de 1994, Asunto López Ostra (TEDH 1994\13), Sentencia que fue seguida por nuestro propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 199/2001 (RTC 2001, 1999) o en la 16/2004 (RTC 2004, 16).

• Alejandro Villanueva Turnes

Licenciado en Derecho con la especialidad en Derecho Público y Master Universitario en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas en la Universidad de Santiago de Compostela. Actualmente doctorando en Derecho en la misma Universidad. Ha publicado diversos trabajos sobre derechos constitucionales y mecanismos de protección de la Norma Suprema del Ordenamiento Jurídico. Alejandro.villanueva@usc.es

Dicho esto resulta imprescindible conocer cuál va a ser esa esfera privada que va a proteger este derecho fundamental. Así pues, el Tribunal Constitucional ha experimentado un cambio de criterio respecto del alcance de la misma. En un primer momento, el Alto Tribunal vino a determinar que lo protegido por el derecho fundamental se correspondería con lo que, atendiendo al momento y pensamiento social presentes en cada momento, fuese considerado como íntimo⁵. Sin embargo, pronto se da un cambio a este criterio, de tal manera que va a entenderse, con acierto, que lo que puede ser categorizado de íntimo es aquello que una persona no quiere compartir con el resto de individuos⁶. En palabras del propio Tribunal, «lo que el art. 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cuál sea lo contenido en ese espacio. Del precepto constitucional se deduce que el derecho a la intimidad garantiza al individuo un poder jurídico sobre la información relativa a su persona o a la de su familia, pudiendo imponer a terceros su voluntad de no dar a conocer dicha información o prohibiendo su difusión no consentida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos»⁷.

Vamos a poder encontrar, por tanto, dos aspectos relativos a este derecho. En primer lugar la idea de que será el propio titular el que decida lo que va a pertenecer a su esfera privada y así dotarlo de protección, y en segundo lugar, será necesario tener presente que esto no posee un carácter absoluto, ya que dependerá del comportamiento de la propia persona y las circunstancias que rodean cada caso⁸.

Ahora bien, lo que acaba de decirse no puede confundirnos y llevarnos al equívoco de pensar que la intimidad se identifica plenamente con la vida privada, ya que si bien es cierto que la vida privada queda incluida dentro de la esfera relativa a la intimidad, es indudable que esta última tiene un alcance mucho más amplio, llegando, como no puede ser de otra forma, a aquellas situaciones que forman parte de esa intimidad «sin que puedan quedar comprendidas junto a otras de menor trascendencia en la generalidad de lo privado»⁹.

5 De esta forma se utilizaba un criterio material.

6 STC 187/1999, de 25 de octubre (RTC 1999, 187), STC 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115), STC 83/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 83) y STC 196/2004, de 15 de noviembre (RTC 2004, 196).

7 STC 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134). En esta misma línea se ha repetido en diversas sentencias como la 127/2003, de 30 de junio (RTC 2003, 127) o la 89/2006, de 29 de marzo (RTC 2006, 89).

8 Es por ello que puede observarse una dimensión interna del derecho a la intimidad, que coincidiría con el llamado *privacy* del derecho anglosajón, y estaría referido a aquellos actos de consideración privada reservados a la personalidad, y una dimensión externa, que se corresponde con aquello que aun no formando parte de lo íntimo o privado de una persona, es el propio individuo el que decide darle tal consideración.

9 CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 36.

Llegados a este punto es posible conceptualizar la intimidad como aquella opción que tienen las personas de autodeterminarse en el ámbito de la información¹⁰, de tal manera que cada persona pueda decidir la información que desea transmitir a los demás, así como el momento y el medio que quiere emplear para hacerlo¹¹.

Aquí surge la cuestión de si la autodeterminación informativa, o también llamado derecho a la protección de datos, es un derecho independiente del derecho a la intimidad o no. La discusión acerca de si este derecho a la autodeterminación informativa o protección de datos era equivalente al derecho a la intimidad fue recurrente y sus defensores y detractores eran importantes juristas¹². Sin embargo, consideramos que esta duda tiene fácil respuesta en la actualidad, y es que la realidad es que el Tribunal Constitucional Español ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto en su Sentencia 254/1993, de 20 de julio¹³, en donde establece el carácter autónomo del Derecho a la Protección de datos, el cual encuentra su encaje constitucional como derecho fundamental en el artículo 18.4 de la Carta Magna¹⁴.

Con estas pinceladas generales relativas al derecho que nos ocupa, podemos destacar la importancia que presenta para los ciudadanos, aunque eso sí, no se trata de un derecho absoluto, y en algunas ocasiones tendrá que ceder ante otros intereses, siempre que se tenga una justificación en otros derechos o en el interés general que se considere que debe prevalecer como por ejemplo podría ser la investigación de paternidad o maternidad¹⁵ o en materia de controles fiscales¹⁶.

10 Aquí resulta interesante saber que la autodeterminación informativa no es un invento del ordenamiento jurídico español, sino que nace a raíz de una Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en relación con la Ley del Censo.

11 LÓPEZ ORTEGA, J. J.: "Intimidad y Derecho Penal: la protección penal de la intimidad frente a nuevas tecnologías de la información y comunicación", en AA.VV., *Derecho a la Intimidad y nuevas tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales* (dir. C. GÓMEZ MARTÍNEZ), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, p. 111.

12 Entre otros cabe destacar a Pérez Luño como uno de los partidarios a su consideración como derecho autónomo (PÉREZ LUÑO, A. E.: "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en AA.VV., *Libertad informática y leyes de protección de datos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 156), mientras que Ruiz Miguel consideraba que formaba parte del derecho a la intimidad (RUIZ MIGUEL, C.: "En torno a la protección de los datos personales automatizados", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 1994, núm. 84º, pp. 241 – 242).

13 (RTC 1993, 254). Fundamento Jurídico 6.

14 Es conveniente aclarar que con posterioridad a esta resolución, el Tribunal Constitucional se ha preocupado por hacer una serie de diferenciaciones respecto del derecho a la intimidad y el derecho a la protección de datos. Así se ha establecido que si bien es cierto que ambos derechos tienen una finalidad equiparable destinada a la protección de los datos de los individuos, en el caso del derecho a la protección de datos se van a proteger todos los datos, con independencia de que sean categorizados como íntimos y mantenerlos en la esfera privada o no. Esto puede observarse en la Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2001, 292).

15 STC 7/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 7) y la 95/1999, de 31 de mayo (RTC 1999, 95) donde se considera que prevalece el derecho de los hijos recogido en el artículo 39 de la Constitución Española.

16 STC 10/1984, de 26 de noviembre (RTC 1984, 10) donde se considera que debe prevalecer la proporcionalidad impositiva del artículo 31 de la Constitución Española.

II. TITULARIDAD

En lo que respecta a la titularidad de este derecho, nos encontramos con que son titulares del mismo las personas físicas. Podría hacerse una distinción entre las que podríamos llamar personas privadas y aquellas que poseen relevancia pública, y es que en el caso de estas últimas va a existir una obligación de soportar un riesgo más elevado en sus derechos subjetivos de la personalidad, entre los que se incluye el derecho tratado aquí. Estos personajes van a tener que soportar ciertas injerencias en sus derechos¹⁷. Sin embargo, y a pesar de ello, van a contar con una protección constitucional del ámbito que han querido mantener como privado¹⁸. De tal manera, cuando se actúe de forma calumniosa, injuriosa o con información que no sea necesaria o relevante en relación con la profesión o cargo que ocupe o relacionada con aquella información que sea difundida por el personaje público con anterioridad, se podría considerar vulnerado el derecho de que se trate¹⁹.

Por lo que respecta a las personas jurídicas, si bien es cierto que es factible su inclusión como titulares de algún derecho de la personalidad, no es posible atribuirles el derecho a la intimidad tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional en su Auto 257/1985, de 17 de abril²⁰.

Como eje central de nuestro estudio es necesario hacer referencia, dentro de este epígrafe, a los menores como titulares del derecho a la intimidad. Resulta indiscutible que los menores de edad son titulares de este derecho y esta titularidad se fundamenta en un triple motivo²¹, en primer lugar, la capacidad jurídica se adquiere desde el nacimiento, en segundo término se trata de un derecho propio del ser humano que éste tiene debido a esta condición, y finalmente pero no menos importante, ha sido reconocido como tal en distintos textos normativos entre los que se pueden citar la propia Ley Orgánica 1/1996 o la Carta Europea de Derechos del Niño.

Además es imperativo añadir que en la titularidad de los menores se incluye a los hijos de personajes que tengan relevancia pública a los que nos hemos referido, ya que el que se trate de un personaje público, ello no implica que lo sean también sus hijos menores²².

17 STC 112/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 12) 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115), 49/2001, de 26 de febrero (RTC 2001, 49) y 99/2002, de 6 de mayo (RTC 2002, 99).

18 STC 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134), 115/2000, de 5 de mayo (RTC 2000, 115) y 89/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 89).

19 STC 171/1990, de 12 de noviembre (RTC 1990, 171), 197/1991, de 17 de octubre (RTC 1991, 197) y 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134)

20 (RTC 1985, 257).

21 LORENTE LÓPEZ, M. C.: *Los Derechos al honor a la intimidad personal y familiar a la propia imagen del menor*, Aranzadi, Navarra, 2015, p. 90.

22 STC 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134), STS 12 julio 2004 (ECLI:ES:TS:2004:5085).

III. CONSENTIMIENTO DE LOS MENORES DE EDAD

Los derechos de la personalidad se rigen por la regla de las tres “is”, o lo que es lo mismo, se trata de derechos irrenunciables, inalienables e imprescriptibles, tal y como se señala en el artículo 13 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.

Sin embargo y a pesar de dichas características sí que se va a admitir cierta permisibilidad en los mismos mediante la prestación del consentimiento. Ahora bien, atendiendo al artículo 2 de la misma Ley, el consentimiento puede ser revocado. Consideramos aquí señalar lo que acertadamente ha precisado Mari Paz García Rubio al señalar que esta revocación debe limitarse a aquellas situaciones de autorización unilateral, por lo que ante una cesión de tipo contractual, la revocación quedaría excluida²³.

En lo que se refiere al hecho de prestar el consentimiento, se suele exigir, con carácter general, haber alcanzado la mayoría de edad. Ésta se va a ver alcanzada cuando se cumplen los dieciocho años, tal y como se indica en el artículo 12 de la Constitución Española y específicamente también hace referencia a dicha edad el artículo 315 del Código Civil. Por lo tanto, toda persona que no tenga los 18 años se va a considerar como un menor.

Una vez realizada esta precisión es necesario hacer una diferenciación entre distintos tipos de menores de edad. Así pues nos vamos a encontrar con dos grandes categorías que son, por un lado los menores de edad emancipados, y por otro lado los no emancipados.

En relación al consentimiento de menores no emancipados, estos no siempre van a tener vetada la posibilidad de prestar su consentimiento, y es que si acudimos al Código Civil, éste nos habla en su artículo 162.1 que el menor no emancipado podrá realizar por sí mismo actos que sean relativos a los derechos de la personalidad cuando cuente con madurez para ello. Pero, ¿en qué años se sitúa esta madurez?. En la actualidad no existe una norma que determine a que años se adquiere una madurez²⁴. Esto es lógicamente correcto ya que cada individuo madura a una edad diferente, no existiendo un momento estándar para ello²⁵. Sin embargo, como

23 GARCÍA RUBIO, M. P.: “los derechos de la personalidad”, en AA.VV., (dir. M. C. GETE – ALONSO Y CALERA), *Tratado de Derecho de la persona física T. II*, Civitas, Navarra, 2013, pp. 620 – 621.

24 Cabe señalar que el artículo 3 de la Ley 1/1982 no establece ninguna edad que sirva para considerar que no se posee madurez suficiente.

25 Así por ejemplo, en el año 2003, un niño de 12 años fue entrevistado en el hospital tras sufrir una agresión y revelando una situación familiar complicada, entrevistándose posteriormente a la madre. En este supuesto, el Tribunal Supremo consideró que había un consentimiento de la madre y que además, el niño en cuestión poseía una madurez suficiente para prestar su consentimiento. STS 26 marzo 2003 (ECLI:ES:TS:2003:2100). Sumado a eso, nos encontramos el caso de incapaces que pueden ser tanto mayores como menores de edad, y que

punto de partida podemos establecer que la edad para actuar por sí mismo en lo relativo a los derechos de la personalidad debe situarse en los 14 años. Ésta debe ser considerada como una edad acertada ya que puede intuirse de forma indirecta por lo referido a otros negocios jurídicos, así pues puede observarse, por ejemplo, que es la edad fijada para la capacidad de testar, tal y como dispone el artículo 662.1 del Código Civil. De esta manera si se considera que una persona con 14 años dispone de capacidad para realizar este tipo de negocios, también lo será para realizar actos en relación con los derechos de la personalidad²⁶.

Reforzando esta teoría de la fijación de los 14 años como barrera de distinción en la minoría de edad nos encontramos con un añadido que debe hacerse referido a los datos personales, muchos de los cuales están vinculados al derecho a la intimidad. Así, el artículo 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, fija la edad de 14 años para prestar consentimiento en relación con los datos personales. A lo que acaba de decirse hay que sumarle las palabras de la propia Agencia Española de Protección de Datos, la cual ha señalado que resulta «necesario recabar el consentimiento de los menores para la recogida de sus datos, recabándose en caso de mayores de 14 años cuya madurez no garantice la plena compensación de los mismos, del consentimiento prestado, el consentimiento de sus representantes»²⁷.

Una vez que nos hemos ocupado de señalar el supuesto de los menores no emancipados, hay que entrar en el caso de la otra categoría, o lo que es lo mismo, vamos a referirnos ahora a los menores emancipados. Dentro de esta segunda categoría hay que distinguir dos supuestos.

El Código Civil en su artículo 323 establece que «La emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor; pero hasta que llegue a la mayor edad no podrá el emancipado tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus padres y, a falta de ambos, sin el de su curador. El menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio. Lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad».

aun encontrándose en esa situación, es posible que presenten un grado de madurez suficiente para prestar su consentimiento, y así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 208/2013, de 16 de diciembre (RTC 2013, 208).

26 Hay que aclarar que esto se tiene en cuenta con carácter general, siendo posible el considerar que una persona de 14 años no posea la madurez requerida.

27 Informe Jurídico de la Agencia Española de Protección de Datos 2000/0000, sobre el consentimiento otorgado pro menores de edad

Por lo tanto y con carácter general podemos afirmar que, dado que al menor se le va a considerar como mayor cuando esté en situación de emancipación y al no establecerse entre las excepciones a la norma nada relativo a su derecho a la intimidad, el menor emancipado podrá prestar su consentimiento en relación con este derecho. Ahora bien, esto debe ser inmediatamente matizado, y es que si bien es cierto que lo que acaba de decirse es absoluto respecto de los menores que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad judicialmente, no podemos afirmarlo de aquellos que están equiparados a los mayores por razón de una emancipación con consentimiento de los padres, y es que en este caso, el Código Civil establece que ese consentimiento es revocable, y es por ello que debe entenderse que, en el caso en el cual se produzca la revocación por parte de los padres, el menor dejaría de ser considerado como emancipado, teniendo que acudir a lo que se ha dicho de los no emancipados.

Aclaradas las dos categorías de menores a las que nos referíamos al inicio de este epígrafe, vamos a adentrarnos en un aspecto muy interesante que es el siguiente: cuando hablamos de menores, no siempre el consentimiento puede suponer una justificación a una intromisión en el derecho del menor. Así, el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor dice que «se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor; a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor; cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales». Por ello, aunque esté presente un consentimiento, nunca se va a poder perjudicar al menor. Esto recuerda a lo establecido por el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 134/1999, de 15 de julio, en donde se establece que la privacidad del menor impone un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como a la libertad de información, y es que la protección del menor se eleva hasta el punto de considerarse irrelevante que la información difundida sea o no veraz a efectos de considerar lesionado el art. 18.²⁸

Sin embargo, ello no quiere decir que estemos ante un derecho absoluto cuando su titular es un menor, ya que será necesario realizar un juicio de ponderación en cada caso.

Por lo que respecta a la forma que se debe prestar este consentimiento, no existe una forma que sea imperativa en todos los casos, de tal manera que en algunas ocasiones se va a exigir un consentimiento escrito mientras que en otras podrá ser mediante otro medio²⁹.

²⁸ (RTC 1999, 134). Fundamento Jurídico 6.

²⁹ Esto lo observamos por ejemplo en la STS 25 noviembre 2002 (ECLI:ES:TS:2002:7859).

Si acudimos a la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, ésta nos habla de que para el tratamiento de los datos personales, el consentimiento será inequívoco³⁰. La norma no establece por tanto una forma predeterminada como norma general, sino que deja abiertas a todas las posibilidades siempre que se tenga la certeza de la existencia de ese consentimiento³¹.

En relación con esto, es necesario traer a colación dos casos interesantes, uno referido a un consentimiento de adultos y otro referido a un consentimiento de un menor: Así pues el Tribunal Supremo se ha pronunciado en un caso concreto que creemos conveniente traer a colación, en relación con un menor de edad, que tenía 17 años y donde el Tribunal considera que lo importante es que exista un consentimiento expreso, no impone que sea escrito, pero si expreso, lo cual lo entendemos como una garantía equiparable al requisito de inequívoco que hace la Ley, pero considerado en su expresión más garantista, de tal forma que un comportamiento tácito, que comúnmente podría ser considerado de inequívoco, no sería suficiente. Así, este Tribunal determinó literalmente que «contestar las preguntas de una reportera de televisión no puede presuponer el consentimiento expreso a la emisión de la entrevista en un programa televisivo. Y no puede interpretarse que la mera tolerancia o el consentimiento prestado tácitamente por un menor, cuando contesta las preguntas de una entrevista al ser abordado en el gimnasio del hospital en el que se recupera de sus lesiones, pueda ser válidamente aceptado a estos efectos en ningún caso. La no oposición, ni tan siquiera el consentimiento tácito puede sustituir al consentimiento expreso»³².

Por su parte y con anterioridad al caso del Tribunal Supremo que acaba de mencionarse, el Tribunal Constitucional resolvió el supuesto en el que un señor que acude a arreglar un ordenador descubriéndose una carpeta con archivos con contenido de pornografía infantil³³. Al descubrir este contenido se acude a la policía, quien se hace cargo del ordenador verificando el contenido. En este caso, el Tribunal Constitucional considera que no hay vulneración del derecho a la intimidad porque media un consentimiento, y a raíz de esto recuerda que «en lo relativo a la forma de prestación del consentimiento, hemos manifestado que éste no precisa ser expreso, admitiéndose también un consentimiento tácito»³⁴.

30 Artículo 6.1 LOPD.

31 Ahora bien, es necesario aclarar que la norma, en su artículo 7.2, sí que hace una especificación en lo relativo a temas ideológicos, sindicales, religiosos o de creencias, ya que en estos casos si se va a requerir un consentimiento bajo una forma muy determinada, y es que se exige el consentimiento escrito.

32 STS 17 diciembre 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6673).

33 STC 173/2011, de 7 de noviembre (RTC 2011, 173).

34 Fundamento Jurídico 2.

Ello nos lleva a considerar que mientras en el caso de personas mayores de edad se admite una libertad en la prestación del consentimiento, en el caso de los menores se restringe a un consentimiento que en todo caso debe ser expreso, encontrándose esta explicación en el intento de querer establecer una mayor garantía de protección hacia el menor de edad y favorecer al interés superior del menor.

IV. NUEVAS TECNOLOGÍAS

En la actualidad es cada vez más frecuente que los menores de edad empleen aparatos tecnológicos como los ordenadores, smartphones o tablets a la vez que interactúen con las nuevas tecnologías mediante las redes sociales, aplicaciones u otros medios. En estos medios surge la situación de que se despliega una gran cantidad de datos, más o menos reales de las personas, fenómeno que ha llevado a hablar de la "eximidad" como una contraposición a la intimidad³⁵.

Sin embargo, cuando hablamos de menores de edad, las redes sociales pueden suponer un riesgo en cuanto a ese despliegue de datos. Es precisamente la condición de la minoría de edad la que provoca que tengamos que determinar en qué situaciones podrá el menor de edad prestar su propio consentimiento en relación con esos datos sin necesidad de que medie una actuación de sus representantes legales.

Recordemos aquí que el ya mencionado Real Decreto 1720/2007, establece en su artículo 13, una prohibición de recabar datos de menores de 14 años. Respecto a esto consideramos que las redes sociales son muy laxas en cuanto a la protección de los menores, sin establecer un mecanismo efectivo para garantizar que la persona que las utiliza tiene efectivamente la edad que le permite hacerlo. Somos conocedores de que no es fácil para algunos prestadores de estos servicios el establecer estas medidas, sobretodo en el momento en el que empezaban a despuntar las redes sociales, sin embargo en la actualidad existen medidas que podrían ser utilizadas sin demasiada complicación cuando se alguna circunstancia o comportamiento invite a dudar respecto de la edad del menor; como podría ser la utilización del DNI electrónico, por señalar un sistema plenamente efectivo en la identificación de la edad, pero ante posibles dificultades que pueda suponer su utilización por el usuario y por consiguiente la decisión del prestador del servicio de no incluir este requisito, también va a ser imprescindible cierto control parental de

35 JAREÑO LEAL, A.: "intimidad e imagen del menos de edad. Protección penal y civil", en AA.VV., *Menores y nuevas tecnologías* (coord. por I. E. LÁZARO GONZÁLEZ Y N. MORA PRATO), 2012, p. 162.

los equipos informáticos y el establecimiento de filtros adecuados que garanticen la protección de los menores³⁶.

Además de las medidas que se lleven a cabo en un futuro, la Agencia Española de Protección de Datos se ha preocupado por actuar, de tal manera que ha llegado a distintos acuerdos con diversas redes sociales como Facebook, para evitar su uso por menores de 14 años³⁷.

A nivel de la Unión Europea³⁸ es destacable el Dictamen 5/2009, de 12 de junio del Grupo de Trabajo del artículo 29, creado con arreglo al artículo 29 de la Directiva 95/46/CE. En este Dictamen se trata el tema relativo a las redes sociales, estableciendo medidas de cara a los proveedores del Servicio de Red Social. Al mismo tiempo, y ante la problemática de la identificación de la edad a la que ya hemos hecho mención, se propone una estrategia pluridimensional con las siguientes medidas:

- Iniciativas de sensibilización
- Tecnologías que puedan suponer una mejora en la protección del derecho a la intimidad.
- Autorregulación de los propios prestadores del servicio.
- Medidas ad hoc que permitan desincentivar las malas prácticas.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión simplemente recalcar las ideas principales. Así nos encontramos con que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental e imprescindible para garantizar que las personas tengan un espacio reservado para ellas. Sin embargo este derecho puede sufrir intromisiones basadas, entre otras cosas, en el consentimiento del titular del derecho. Este consentimiento se presta con carácter general a los 18 años, pero en el caso de menores de edad se va a situar en los 14 años, siempre y cuando se determine que el menor tiene madurez suficiente para prestar este consentimiento, sabiendo que en caso de que no se posea se requerirá el de los que ostenten la patria potestad.

Finalmente, cuando hablamos de nuevas tecnologías, y entre ellas de las redes sociales en concreto, se presentan distintas dificultades para la identificación de la

36 En este sentido, ARENAS RAMIRO, M.: "El consentimiento en las redes sociales on line", en AA.VV: *Derecho y redes sociales* (coord. por A. RALLO LOMBARDE Y R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ), Civitas, Navarra, 2010, p. 134.

37 Confróntese PIÑAR MAÑAS, J. L.: "El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las redes sociales", AA.VV., *Redes sociales y privacidad del menor* (dir. J. L. PIÑAR MAÑAS), Reus, Madrid, 2011, p. 79.

38 En este punto seguimos a Andreu Martínez. ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: *La protección de datos personales de los menores de edad*, Aranzadi, Navarra, 2013, pp. 43 – 44.

edad, dificultades que deben ser resueltas en un futuro no muy lejano para garantizar la protección de los menores en relación con sus datos personales, siendo una solución factible la solicitud del DNI electrónico cuando existan dudas en relación de la edad del menor.

BIBLIOGRAFÍA

ANDREU MARTÍNEZ, M. B.: *La protección de datos personales de los menores de edad*, Aranzadi, Navarra, 2013.

ARENAS RAMIRO, M.: "El consentimiento en las redes sociales on line", en AA.VV: *Derecho y redes sociales* (coord. por A. RALLO LOMBARDE Y R. MARTÍNEZ MARTÍNEZ), Civitas, Navarra, 2010, pp. 117 – 144.

CABEZUELO ARENAS, A. L.: *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

FERNÁNDEZ SEGADO, F.: "Filosofía política de la Constitución Española", *Revista de Ciencias Sociales*, 1991, núm. 4º.

GARCÍA RUBIO, M. P.: "los derechos de la personalidad", en AA.VV., (dir. M. C. GETE – ALONSO Y CALERA), *Tratado de Derecho de la persona física T. II*, Civitas, Navarra, 2013, pp. 595 – 631.

JAREÑO LEAL, A.: "intimidad e imagen del menor de edad. Protección penal y civil", en AA.VV., *Menores y nuevas tecnologías. Posibilidades y riesgos de la TDT y las redes sociales* (coord. por I. E. LÁZARO GONZÁLEZ; C. SOZANO VOLART Y N. MORA PRATO), Tecnos, Madrid, 2012.

LÓPEZ ORTEGA, J. J.: "Intimidad y Derecho Penal: la protección penal de la intimidad frente a nuevas tecnologías de la información y comunicación", en AA.VV., *Derecho a la Intimidad y nuevas tecnologías* (dir. C. GÓMEZ MARTÍNEZ), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 107 – 142.

LORENTE LÓPEZ, M. C.: *Los Derechos al honor a la intimidad personal y familiar a la propia imagen del menor*, Aranzadi, Navarra, 2015.

PÉREZ LUÑO, A. E.: "Los derechos humanos en la sociedad tecnológica", en AA.VV., *Libertad informática y leyes de protección de datos*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

PIÑAR MAÑAS, J. L.: "El derecho fundamental a la protección de datos y la privacidad de los menores en las redes sociales", AA.VV., *Redes sociales y privacidad del menor* (dir. J. L. PIÑAR MAÑAS), Reus, Madrid, 2011, pp. 61 – 84.

RUIZ MIGUEL, C.: "En torno a la protección de los datos personales automatizados", *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, 1994, núm. 84º, pp. 237 – 264.

**EL DERECHO DE AUTONOMIA DEL PACIENTE MENOR:
VIRTUALIDAD DE LA MEDIACION EN CONFLICTOS
SANITARIOS CON MENORES**

**MINORS' RIGHT TO SELF-DETERMINATION IN MEDICAL
DECISION MAKING: VIRTUALITY OF MEDIATION IN HEALTH
FAMILY CONFLICTS**

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 222-239



Raquel
LUQUIN
BERGARECHE

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de febrero de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 20 de febrero de 2016

RESUMEN: La Ley 41/2002, de 14 de noviembre reconoce el derecho a la autonomía del paciente en el ámbito sanitario, configurado como un derecho subjetivo en el marco de los derechos de la personalidad. Recientemente, las Leyes Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015 de 28 de julio han introducido importantes reformas en la consideración de la madurez de los menores para decidir determinadas actuaciones que afectan a su persona, confiriendo a sus progenitores la facultad de consentir intervenciones sanitarias que puedan suponer grave riesgo para su vida o salud. Regulación ésta que plantea ciertos interrogantes a la hora de ofrecer soluciones a ciertos conflictos familiares y sanitarios que se plantean en la práctica, algunos de los cuales encuentran en la mediación privada, regulada por Ley 5/2012, de 6 de julio, una metodología más eficiente que los métodos heterocompositivos clásicos.

PALABRAS CLAVE:Autonomía del paciente menor. Conflicto sanitario. Mediación.

ABSTRACT: Law 41/2002, of 14 November recognizes the right to self-determination as a subjective right of personality. Recently in Spain laws carried out important reforms concerning to children process of maturity, because their parents are those who must consent medical treatments when were involved serious risk to life or health, but in any case listening and taking into consideration children's opinion. This regulation raises various questions and many conflicts which will be managed better through mediation process regulated by Law 5/2012. Mediation, as an A.D.R, allows to explore interests, needs and expectatives through a communication process managed by a professional mediator. This approach makes it possible to reach agreements and maintaining relationships saving emotional, temporary and economic costs.

KEY WORDS: Children's rights to self-determination. Sanitary conflict. Mediation.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. TRANSFORMACIONES NORMATIVAS EN EL ÁMBITO DE LA SALUD: DEL PROTECCIONISMO ASISTENCIAL A LA AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD.- II. CONFLICTOS SANITARIOS: ¿ES LA MEDIACIÓN UNA METODOLOGÍA EFECTIVA DE GESTIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO? I. La conflictividad en el ámbito sanitario: algunos supuestos.- 2. La metodología de la mediación: concepto, límites y ventajas en el ámbito de los conflictos sanitarios.- III. EL PROCESO DE MEDIACIÓN EN EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO DEL PACIENTE MENOR.- IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN. TRANSFORMACIONES NORMATIVAS EN EL AMBITO DE LA SALUD: DEL PROTECCIONISMO ASISTENCIAL A LA AUTODETERMINACIÓN DEL PACIENTE COMO DERECHO DE LA PERSONALIDAD.

En las últimas décadas, los juristas estamos asistiendo a hondas transformaciones en la evolución de conceptos jurídicos como la salud (art. 43 CE) y al nacimiento de otros como el de la autonomía o autodeterminación del paciente. Prerrogativa jurídica esta última que está reconocida por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre y configurada desde instancias jurisprudenciales como un derecho subjetivo del que es titular todo paciente cuando se trata consentir, o no hacerlo, tras la correspondiente información asistencial, cualquier intervención profesional referente a su salud.

Es patente ya el cambio de actitud que se observa en los mismos pacientes, cada vez más responsables y conscientes de sus derechos, que marca un tránsito desde la óptica asistencial-proteccionista a otra que erige a la persona-paciente en sujeto soberano de decisión en lo que respecta a las intervenciones sobre su vida y salud así como a su proceso de muerte.

• Raquel Luquin Bergareche

Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil de la Universidad Pública de Navarra (acreditada Titular de Universidad) y Vicedecana de la Facultad de Ciencias Jurídicas. Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid (2004) con la calificación de Sobresaliente "cum laude" por unanimidad. Licenciada y Máster en Ciencias Políticas y Sociología por la UNED (2003) y graduada en Mediación Empresarial por el IE Business School (2014). Directora del Curso de Especialización en Negociación y Mediación de la UPNA, forma parte de los cuadros docentes del Máster en Derecho Privado Patrimonial de la Universidad de Salamanca, del Máster de Acceso a la Abogacía de la UPNA y del Programa Doctoral de la Università Ca' Foscari de Venecia (Italia).

Autora de cuatro publicaciones monográficas y de numerosos artículos doctrinales y participaciones en obras colectivas en materia de Derecho privado y ADRs, ha participado en proyectos de investigación relativos al Derecho de Familia y Sucesiones y Derecho de Obligaciones y Contratos (en particular, el crédito al consumo), con ponencias y comunicaciones en Congresos y Seminarios nacionales e internacionales, realizando estancias investigadoras y de docencia en la UNNE (Argentina), Universidad de Coimbra, UNIDROIT (Roma), Universidad Católica de Milán y Universidad Ca' Foscari (Venecia). E-mail: raquel.luquin@unavarra.es.

Por otra parte, nuestro ordenamiento jurídico avanza hacia el reconocimiento de la madurez intelectual y emocional del menor de edad pero mayor de 16 años (es decir, entre 16 y 18 años) como criterio de atribución de la capacidad de obrar en orden a la realización de actos de trascendencia tales como contraer matrimonio o prestar su consentimiento a la realización de intervenciones médicas sobre su salud. Nos encontramos, no hay duda, en el ámbito de los derechos de la personalidad, aunque sean muchas y muy diversas las disciplinas y enfoques (jurídico, ético, médico-sanitario, etc.) que se proyectan sobre esta materia.

Los principios en que se asienta esta nueva concepción de la autonomía personal en el ámbito de la salud en la Ley 41/2002, de 14 noviembre son¹, además de la dignidad de la persona humana y el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad (lo que entronca con los derechos garantizados en los arts. 10 y 18 CE) el derecho al consentimiento previamente informado² como conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades y después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud (ya sea realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación), así como el derecho del paciente o usuario a negarse a un tratamiento o actuación médica³, excepto en los casos determinados en la ley (art. 9.2 LAP).

- 1 Según el art. 2 ("Principios básicos") de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que aplica el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano respecto de las aplicaciones de la biología y la medicina (Convenio sobre los derechos del hombre y la biomedicina) suscrito el día 4 de abril de 1997 y vigente en nuestro país desde el 1 de enero de 2000:
"1. La dignidad de la persona humana, el respeto a la autonomía de su voluntad y a su intimidad orientarán toda la actividad encaminada a obtener, utilizar, archivar, custodiar y transmitir la información y la documentación clínica.
2. Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley.
3. El paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles.
4. Todo paciente o usuario tiene derecho a negarse al tratamiento, excepto en los casos determinados en la Ley. Su negativa al tratamiento constará por escrito. (...)".
- 2 Según el art. 5.1 de la LAP "el titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita". El paciente "será informado, incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal" (art. 5.2) Cuando el paciente, según el criterio del médico que le asiste, carezca de capacidad para entender la información a causa de su estado físico o psíquico "la información se pondrá en conocimiento de las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho" (art. 5.3). Sólo cuando el paciente ha sido informado puede hablarse de la prestación de un consentimiento informado y libre a las intervenciones sanitarias en el ámbito de su salud. Así, el art. 8.1 de la LAP dispone que "Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el art. 4, haya valorado las opciones propias del caso".
- 3 "La renuncia del paciente a recibir información está limitada por el interés de la salud del propio paciente, de terceros, de la colectividad y por las exigencias terapéuticas del caso. Cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documental, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención" (art. 9.1 LAP)

El derecho de los pacientes a la información asistencial comprende el de conocer, con ocasión de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, así como su derecho a no ser informado: “cuando el paciente manifieste expresamente su deseo de no ser informado, se respetará su voluntad haciendo constar su renuncia documentalmente, sin perjuicio de la obtención de su consentimiento previo para la intervención” (art. 9.2 LAP). En cualquier caso, la información debe proporcionarse verbalmente, salvo los supuestos legales (v.gr; intervenciones quirúrgicas), pero dejando constancia de que se ha cumplido esta obligación legal en la historia clínica del paciente (lo cual es trascendental a efectos probatorios) y comprende, como mínimo, la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias⁴. La ley (básica) estatal en España deja claro que esta información debe ser verdadera, y debe comunicarse al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades, es decir, debe ser individualizada, con el objeto de que éste pueda tomar las decisiones referentes a su salud de acuerdo con su libre y propia voluntad. El objetivo de la información es que el paciente pueda decidir de forma consciente y libre sobre las distintas opciones que existan. Muy acertada a nuestro juicio resulta la previsión del núm. 2. del art. 10 LAP relativo a las condiciones de la información y el consentimiento por escrito cuando impone al médico responsable la obligación de “ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

Pues bien: esta regulación sobre la necesidad de información asistencial y de recabar con carácter previo a una intervención sanitaria el consentimiento informado de los pacientes afecta no sólo a personas mayores de edad y plenamente capaces, sino también a los menores y a personas con capacidad modificada, respecto de los cuales pueden plantearse situaciones de enfrentamiento entre las partes que, de no resolverse entre los interesados, pueden originar conflictos jurídicos con trascendencia no sólo sanitaria sino familiar. Conflictos que, a nuestro juicio, pueden ser abordados de forma más eficiente desde una óptica de tipo colaborativo que desde la clásica (la procesal) basada en la confrontación de posiciones demandante-demandado con esquemas rígidos y alto coste económico, temporal y emocional para todas las partes implicadas.

La mediación sanitaria, como metodología de gestión y de resolución de la conflictividad en este ámbito, busca un espacio de encuentro comunicacional entre las partes del conflicto para canalizar el ejercicio de este derecho de la personalidad

4 Establece el art. 10.1 LAP que “el facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:
a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.
b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.
c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.
d) Las contraindicaciones”.

que es la libre autodeterminación del paciente y está orientada al análisis de los intereses, necesidades, expectativas y posibilidades legales de actuación de todos los implicados y en el abordaje, por parte de profesionales, de las cuestiones emocionales subyacentes, pues se trata de conflictos sistémicos que frecuentemente implican, más allá de los pacientes directamente afectados, a sus progenitores y otros familiares y a los mismos profesionales e instituciones sanitarias.

II. CONFLICTOS SANITARIOS: ¿ES LA MEDIACIÓN UNA METODOLOGÍA EFECTIVA DE GESTIÓN EN EL ÁMBITO SANITARIO?

I. La conflictividad en el ámbito sanitario: algunos supuestos.

Las relaciones humanas que se desenvuelven en el ámbito sanitario no son ajenas al surgimiento de múltiples conflictos⁵, algunos de ellos con trascendencia jurídica. De tanto en el ámbito de la sanidad pública como en el de la privada son múltiples los conflictos que surgen entre médicos y pacientes, entre médicos y familiares de enfermos que no se encuentran en condiciones de prestar consentimiento a una intervención, o entre profesionales o distintas unidades organizativas de un centro de salud u hospitalario, los cuales pueden ser abordados recurriendo a los procedimientos administrativos sancionadores o a los procesos penales o civiles de responsabilidad civil (contractual o extracontractual) o bien a través de metodologías ADR como la mediación transformativa⁶. Sin ánimo de exhaustividad, podemos enumerar los siguientes supuestos de conflictividad en el ámbito de las relaciones sanitarias:

- 5 Un conflicto surge cuando hay una real o aparente incompatibilidad de intereses entre dos o más personas o sistemas humanos. Pese a su carga semántica peyorativa en nuestro entorno, el conflicto no puede considerarse un fenómeno negativo, sino que es un hecho inherente a la sociabilidad humana, hasta el punto de poderse afirmar que allí donde hay personas en relación hay conflicto: la ausencia de conflicto no sólo no constituye un indicador positivo de la salud de una organización sistémica, sino que puede llegar a ser disfuncional porque sin conflicto una organización (familiar, social, política, empresarial, etc.) no evoluciona y esta inercia o ausencia de cambio puede conducir a su estancamiento e incluso a su extinción.
- 6 A diferencia de la metodología clásica de la mediación privada, basada en el método Harvard y especialmente adecuado para la gestión y resolución de conflictos empresariales y de naturaleza patrimonial, el denominado modelo transformativo de BUSH y FOLGER parte de los nuevos modelos comunicacionales, prestando mucha atención al aspecto relacional de las controversias. Incorporando elementos de la terapia familiar sistémica, la causalidad es entendida de forma circular: los nuevos paradigmas referentes a la relatividad de la producción causal, según los cuales un mismo resultado puede haber sido originado por causas diferentes están incorporados a este modelo de intervención, que resulta idóneo en conflictos familiares de naturaleza personal y conflictos sanitarios, entre otros. El profesional de la mediación que se sirve de este modelo trabaja fundamentalmente para lograr el reconocimiento de las partes implicadas en el conflicto (*recognition*) como parte del conflicto mismo, es decir, el reconocimiento del co-protagonismo del otro, y por otra parte, el aumento de poder (*empowerment*), es decir, la potenciación de la capacidad del sujeto que le permite erigirse en protagonista de su vida y responsable de sus acciones. Para lograr estos fines se utilizan profusamente las preguntas circulares. La meta del proceso de mediación, bastante intervencionista a diferencia de la escuela clásica, es modificar la relación existente entre las partes, no siendo imprescindible la consecución de un acuerdo total, aunque sea lo deseable. Los partidarios de esta vía no están centrados en la resolución de un conflicto a través del acuerdo sino, ante todo, en la gestión del mismo a través de un trabajo de transformación relacional, por lo que la intervención de profesionales procedentes del campo de la psicología y el trabajo social se considera fundamental como parte del equipo de mediación.

- a. Conflictos por negligencia o mala praxis de los profesionales sanitarios (incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis ad hoc* o del deber de información asistencial que está en la base del consentimiento informado): reclamaciones indemnizatorias, reclamaciones disciplinarias y reclamaciones por defectuosa información al paciente;
- b. Conflictos con entidades aseguradoras: en especial, derivados de daños que dan lugar a la posibilidad de ejercitar la acción directa derivada del art. 76 Ley de Contrato Seguro y acciones de regreso;
- c. Conflictos entre médicos y familiares o personas vinculadas al paciente, en relación con enfermos terminales, en cuanto a las decisiones a tomar en el final de la vida;
- d. Conflictos de interpretación de las voluntades anticipadas expresadas en un documento de instrucciones previas o "testamento vital";
- e. Conflictos entre profesionales sanitarios y familiares del paciente dependiente o en situación terminal relativos a decisiones de hospitalización en centros especializados o atención en el domicilio del enfermo y circunstancias de los mismos (adaptación del domicilio, asistencia especializada domiciliaria, visitas, etc.);
- f. Conflictos de relación entre el paciente y sus familiares en lo que se refiere a la adopción de decisiones que afectan a su salud, especialmente relevante en el caso de segunda opinión facultativa, y conflictos atinentes a pacientes mayores de dieciséis años y personas en situación de dependencia;
- g. Conflictos familiares con ocasión de la enfermedad y proceso de agonía y muerte de las personas;
- h. Conflictos por defectos o déficit de comunicación entre el personal médico y sanitario;
- i. Conflictos éticos y deontológicos en el ámbito sanitario relativos a desajustes entre las creencias y valores de los profesionales médicos y los imperativos normativos;
- j. Conflictos interculturales que afectan a personas inmigrantes con diferentes creencias religiosas, sistemas axiológicos, idiosincrasia y modos de vida;
- k. Conflictos sobre reclamaciones y contingencias de ensayos clínicos y por responsabilidad civil de medicamentos y productos farmacéuticos.

2. La metodología de la mediación: concepto, límites y ventajas en el ámbito de los conflictos sanitarios.

Por múltiples factores, en nuestro país es el ámbito de la sanidad pública el que se presenta como terreno especialmente abonado para el surgimiento de conflictos de diversa índole afectantes tanto a individuos como a las mismas administraciones públicas: además de los conflictos por defectuosa prestación de la asistencia sanitaria pública, son muy frecuentes los derivados de la praxis médica (incumplimiento o defectuoso cumplimiento de la *lex artis*), de daños causados a pacientes por intervenciones de los profesionales de la sanidad, conflictos relacionados con la documentación clínica y en particular con el otorgamiento o falta de otorgamiento del consentimiento informado (art. 4 de la Ley 4/2002 –básica- reguladora de la autonomía del paciente), conflictos internos entre unidades funcionales (médicos y enfermeros) o entre niveles jerárquicos o unidades diferentes en centros, unidades y organizaciones sanitarias, etc.

Pues bien, frente a las vías de resolución clásicas (el proceso judicial, si no se consigue un acuerdo negociado) la mediación, como vía autocompositiva de gestión de conflictos (ADR o *alternative dispute resolution*) se presenta como un método estructurado (en cuanto sigue ciertos criterios propios de planificación estratégica) pero a la vez informal (en cuanto no se fundamenta en principios de preclusión, como los procedimientos administrativos o el proceso judicial), el cual se basa en la intervención de un tercero imparcial y neutral facilitador del diálogo y de la búsqueda de opciones viables satisfactorias para las partes implicadas en los mismos⁷. En él se ponen en juego pautas cooperativas (suma positiva o estrategia “ganar-ganar”) como metodología que se ha demostrado en algunos supuestos más eficiente a la hora de resolver disputas privadas que la basada en dinámicas posicionales competitivas⁸ (dinámica vencedor-vencido, en la que es necesario que uno de los contendientes pierda para que el otro gane).

7 LUQUIN BERGARECHE, R.: *Teoría y práctica de la mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson Civitas, 2007; “Acerca de la necesidad de una ley estatal de mediación familiar en España”, *Revista Jurisprudencia TSJ, AP y otros Tribunales*, Thomson Aranzadi núm. 3, junio 2006; “Alternativas a la judicialización de conflictos: la mediación. Síntesis y valoraciones sistematizadas al cuestionario presentado a los participantes en la experiencia piloto de mediación intrajudicial del Consejo General del Poder Judicial”, *Estudios de Derecho Judicial*. Centro de Documentación Judicial del CGPJ, 2006, pp. 283 a 413; “La mediación civil y penal. Un año de experiencia. Teoría y práctica de la mediación intrajudicial en España: algunos factores de eficacia de la mediación en conflictos familiares”, *Estudios de Derecho Judicial* 2007; pp. 13 a 63; “Los Puntos de Encuentro Familiar como garantía del interés del menor en el ejercicio del *ius vistanti*”, *Revista Actualidad Civil Aranzadi* núm.3, Pamplona, 2012.

8 FISHER, R., URY, W.: *Getting To Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Houghton Mifflin, Boston, 1981, pp. 40 a 56.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que ni todos los conflictos son mediables⁹ ni en todos ellos es aconsejable la intervención de un profesional de la mediación: tampoco en el ámbito sanitario. Pero si bien esto es cierto, no lo es menos que esta nueva metodología está demostrando su operatividad práctica en nuevos campos de actuación¹⁰, más allá de los conflictos familiares y empresariales. El de los conflictos sanitarios es uno de estos ámbitos que implican frecuentemente a distintas partes (pacientes, profesionales de la salud, familiares, ...), integrantes a su vez de organizaciones de diversa naturaleza (las organizaciones sanitarias públicas o privadas y las familias), siendo controversias en las que subyace un importante componente emocional (además de otros factores de naturaleza jurídica, económica o técnica) amén de una complejidad sistémica que los hace especialmente idóneos a esta vía de intervención. Así ocurre cuando el ejercicio del derecho de autonomía que deriva de la facultad de autodeterminación del paciente genere controversias familiares: como cuando, v.gr, a criterio del médico responsable, el menor de dieciséis años posea, pese de su edad biológica, un grado suficiente de madurez intelectual y emocional en orden a la adopción de una decisión afectante a su salud pero sus progenitores se opongan a dicha opinión facultativa¹¹. O cuando, respecto del paciente mayor de dieciséis años (y tras haber sido escuchado), se pretenda adoptar por sus progenitores, en el caso de tratarse de una intervención que conlleve un grave riesgo para su salud, una decisión que resulte contraria a su voluntad manifestada.

La mediación en conflictos privados está hoy regulada a nivel estatal en España por la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en Asuntos Civiles y Mercantiles: las partes exploran por sí mismas con ayuda del mediador/a las opciones de resolución del conflicto a fin de llegar a una solución acordada, que en su caso plasman por escrito (pacto de mediación), acuerdo jurídico privado que está dotado de

9 Un conflicto es mediable si afecta a derechos de carácter disponible para las partes, no en caso contrario, o cuando la asimetría de poder entre las partes es tan profunda que impide la igualdad de poder negociador. En el ámbito sanitario no son susceptibles de mediación aquellos conflictos en los que estén en juego potestades o derechos de carácter imperativo o necesario, o normas jurídicas de *ius cogens*, o cuando deba entrar en juego el *ius puniendi* del Estado por infringirse por parte de pacientes, usuarios, profesionales de la sanidad u otros agentes del sistema sanitario alguna norma tipificada como delito o falta y no ser posible la mediación penal. Igualmente, la actual normativa estatal de mediación se aplica a conflictos de naturaleza privada (sí lo serían los suscitados entre un médico y su paciente cuando media un contrato de servicios), no así a los de naturaleza pública, que aún carecen de normativa reguladora tanto en lo que se refiere a sus principios, estatus del mediador y procedimiento aplicable.

10 SOLETO MUÑOZ, H.: *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2011, pp. 16 a 568.

11 La letra a) del art. 9.3 LAP dispone que "se otorgará el consentimiento por representación a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación (...)". Como se advierte se otorga una importante responsabilidad de valoración de capacidad del menor al médico responsable en función de las circunstancias concurrentes en cada caso. Dado que no está clara la línea que separa la incapacidad o capacidad para consentir de los menores en función de su grado de madurez (emocional, cognitiva, etc...), la doctrina ha creado la denominada "doctrina del menor maduro" ("*Mature Minor Doctrine*") que obliga a considerar circunstancias y criterios como la existencia o inexistencia de protocolos médicos de actuación, el beneficio para el menor o el escaso riesgo derivado de la intervención a la hora de decidir quién debe consentir en cada caso (el menor o sus representantes legales). HICKEY, K.: "Minors' Rights in Medical Decision Making", *Jona's Healthcare Law, Ethics, and Regulation*, V. 9, n° 3, 2007, p. 102.

fuerza vinculante en todo caso (con la misma eficacia *inter partes* que cualquier contrato privado) y de eficacia ejecutiva en el caso de ser elevado, como prevé la ley, a escritura pública notarial. Tanto las intervenciones mediadoras informales¹² como las formales practicadas a través de un proceso estructurado de mediación constituyen una vía colaborativa (no competitiva) y autocompositiva de gestionar conflictos (frente a las heterocompositivas clásicas, como el proceso judicial o el arbitraje), basada en un enfoque que parte de la necesidad de desarrollar estrategias de exploración de los intereses, expectativas y necesidades reales de las partes implicadas en un conflicto, a la vez que trabajar las emociones subyacentes. Todo ello con el fin de superar el enfoque tradicional en el que lo que uno gana-otro pierde que, en campos como éste, se muestra inoperativo y altamente ineficiente por centrarse en rígidas “posiciones” aparentemente incompatibles: se trata de avanzar hacia otra perspectiva negociadora que trata de lograr la acomodación, no de alternativas posicionales, sino de opciones mutuamente aceptadas como viables y realistas por las partes, todo ello a través de un proceso comunicacional de tipo transformativo dirigido por un mediador profesional¹³.

Debemos tener en cuenta que, en el ámbito sanitario, el conflicto entre médico y paciente y el que se suscita entre familia y paciente menor o incapaz de consentir (y aún los pacientes mayores en algunos casos¹⁴), presenta ciertas especificidades innegables: la trascendencia de los bienes jurídicos implicados (“salud”, “integridad física”, “vida”); la relevancia del componente emocional en los procesos terapéuticos y en la muerte; el alto nivel de especialización y de interdependencia de los profesionales de la sanidad; la frecuente presencia del factor fortuito (el impredecible curso causal de los acontecimientos en los procesos naturales) en la producción de efectos sobre la salud y la enfermedad humanas, que escapan de la relación de causalidad lineal. Igualmente, la complejidad creciente de las actuales organizaciones

12 La mediación formal es la que se desarrolla entre las partes bajo la dirección de un profesional de la mediación en el seno de un proceso de gestión alternativo para la resolución de los conflictos mediables. La mediación *informal* es aquella intervención regida por técnicas mediadoras (escucha activa empática, connotación positiva, re-encuadre, parafraseo, circularidad, utilizada por gerentes, jefes de equipo y consultores de organizaciones, que no se atiene a patrones establecidos, ni a la rigurosidad de normas y procedimientos de intervención. NOVEL MARTÍ, G.: “Los Programas Educativos en la resolución de conflictos en el ámbito sanitario. Propuestas de un modelo”. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, UCM, 2008, pp. 16-45.

13 Del mismo modo que ocurre en el campo de las relaciones jurídicas familiares, el proceso judicial clásico no siempre consigue en este ámbito un resultado óptimo para ambas partes del conflicto, dada la trascendencia de juicios y factores médicos de carácter técnico y especializado que escapan al razonamiento jurídico y de un fuerte componente emocional en las partes que no se aborda desde la perspectiva legalista propia de la función jurisdiccional de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado”.

Allá donde el Derecho, a través del proceso judicial, no consigue dar satisfacción a las necesidades sociales o no lo hace de manera idónea o eficiente, deben tenerse en cuenta otros criterios e implementarse otras vías de resolución más acordes con la realidad social y con la naturaleza de los conflictos que ésta genera en cada momento. En muchos casos en el ámbito sanitario, esta vía es la mediación, que muestra una doble vertiente de eficacia: preventiva (*eficacia ex ante*) del ejercicio de la llamada medicina defensiva por parte de profesionales de la sanidad, y reparadora de los daños y perjuicios causados (*eficacia ex post*).

14 GODOY MAGDALENO, A. I., MALLA MORA, R., ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R., y BLANCO, S.: “Los programas de gestión de conflictos como garantía de una asistencia de calidad en el sector sociosanitario”. *Revista de Servicios Sociales Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria*, nº 48, 2010, pp. 25-32.

sanitarias unida a la especialización e interdependencia funcional que son propias de este sector; multiplican exponencialmente la conflictividad en este campo¹⁵.

Por otra parte, máxime en contextos críticos como los actuales, la mediación halla en razones económico-monetarias gran parte de su potencial como ADR (*alternative dispute resolution*)¹⁶ frente a las vías clásicas de gestión y resolución de conflictos: el sanitario constituye un extenso mercado que mueve ingentes cantidades de dinero, circunstancia que hace especialmente útil la implantación de sistemas extrajudiciales de resolución de la conflictividad mucho más baratos, ágiles y que permiten a las partes mantener en todo el momento el control último de sus decisiones¹⁷.

III. EL PROCESO DE MEDIACIÓN TRANSFORMATIVA EN EL OTORGAMIENTO DEL CONSENTIMIENTO POR REPRESENTACION DEL PACIENTE MENOR.

El art. 8 de la vigente ley española reguladora de la autonomía del paciente regula el consentimiento informado en el ámbito sanitario disponiendo que “1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Consentimiento que debe prestarse lógicamente, y como regla general, el mismo paciente. No cabe prestar este consentimiento por representación, en principio, cuando se trate de menores emancipados o mayores de dieciséis años que no se encuentren en los supuestos b) y c) de la norma (art. 9.4). En cambio, si es menor de esta edad, deberá comprobarse si es “capaz intelectual y emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”: si, a criterio del médico responsable, se llega a la conclusión afirmativa, corresponderá (también en principio y como regla general), al menor “maduro” la facultad de otorgar dicho consentimiento. Un supuesto práctico de conflicto sanitario en el que demuestra de forma evidente la virtualidad de la mediación al conferirse especial protagonismo al diálogo comunicacional profundo entre los implicados es el del otorgamiento del consentimiento del paciente menor de edad. La vigente norma jurídica¹⁸ prevé los siguientes supuestos:

15 LUQUIN BERGARECHE, R.: “Los conflictos sanitarios: hacia un nuevo ámbito de la Mediación”, en AA.VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario* (dir. ALENZA GARCÍA, J.F./ARCOS VIEIRA, M.L.), Aranzadi, 2013, pp. 611-628.

16 CAYÓN DE LAS CUEVAS, J.: “Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro”. Ponencia en el I Congreso Internacional de Resolución Alternativa de Disputas Civiles y Mercantiles, Universidad de Cantabria e Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, 18 de septiembre de 2009.

17 CAYÓN DE LAS CUEVAS, J. *ob. cit.*, p. 284.

18 Núm. 3 del art. 9 LAP, en la nueva redacción procedente de la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (B.O.E» 29 julio), vigente desde el 18 agosto de 2015.

a. Que “(el paciente) no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación”: caso en el que, si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán “las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”;

b. Que el paciente menor de edad “no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”¹⁹, en cuyo caso el consentimiento lo otorgará el representante legal del menor; si bien después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos conforme a lo dispuesto en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

Se plantean tras la reforma legal varios interrogantes: en primer lugar: ¿puede un menor prestar el consentimiento al tratamiento médico si tiene suficiente capacidad natural? Debemos tener en cuenta en este sentido que, de acuerdo con lo dispuesto en el Código civil español, exceptúan de la representación legal los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo o hija de acuerdo con su madurez pueda ejercitar por sí mismo. No obstante lo cual, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia (art. 162.1º CC). En virtud de esta previsión normativa: ¿puede considerarse al menor como sujeto intelectual y emocionalmente capaz de comprender el alcance de la intervención médica que se le practique cuando se trata de la prestación del consentimiento a una intervención sobre su salud? Está clara la respuesta cuando de menores de corta edad se trata, pero no resultará fácil para el médico responsable decidir con base a qué criterios debe valorar y ponderar en cada caso haber alcanzado o no dicha capacidad o madurez un niño, niña o joven de 14 o 15 años, inmerso en la adolescencia, periodo vital de transición en el que “adolece” naturalmente de falta de plenitud madurativa a nivel tanto emocional como cognitivo.

La Disposición Final Segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia modifica los apartados 3, 4 y 5 y añade los apartados 6 y 7 al art. 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente, disponiéndose ahora que se otorgará el consentimiento por representación (art. 9.3):

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse

19 Como sabemos, tras las leyes promulgadas en nuestro país en el ámbito de los menores (Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia y Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia) se sustituye el término “juicio” por el de “madurez”, considerando, en todo caso, que los menores alcanzan ya suficiente madurez a los doce años cumplidos y se concreta el concepto jurídico indeterminado “interés superior del menor”, incorporando, tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como los criterios de la Observación general n.º 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor; después de haber escuchado su opinión, conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor.

No obstante, cuando se trate de una actuación en el ámbito de la salud que implique grave riesgo para la vida o salud del menor; según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor; si bien una vez “oída y tenida en cuenta la opinión del mismo” (núm. 4 del art. 9 LAP redactado por la disposición final segunda de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia).

De este modo, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre en su nueva redacción incorpora en este punto los criterios recogidos en la Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave. En estos casos en los que el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho en cualquiera de los supuestos descritos, la decisión, según la normativa vigente, deberá adoptarse “atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente”. Y aquellas decisiones que sean contrarias a dichos intereses jurídicos (vida, salud) deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad.

La prestación del consentimiento por representación “será adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender; siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal” (núm. 7). El paciente, por su parte, “participará en la medida de lo posible en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario”. Si el paciente es una persona con discapacidad “se le ofrecerán las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio del diseño para todos de manera que

resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento”.

Es decir, que tras la modificación de la norma, en los casos en que un menor tenga que decidir sobre una actuación que entrañe grave riesgo para su vida o salud (v.gr; la transfusión de sangre indispensable para la vida), puede considerarse, como regla general, que su autonomía decisoria y, en su caso, su libertad ideológica, religiosa o de conciencia debe “ceder” o posponerse en este caso de conflicto de intereses en favor de su “interés superior”, interpretado en tal supuesto con la protección del derecho a la vida (art. 2.2.a LOPJM). Como dice la doctrina (entre otros, JORQUI²⁰) se trataría de asegurar así las condiciones para que el menor pueda alcanzar la mayoría de edad, y que sea él quien pueda en un futuro adoptar sus propias decisiones y asumir sus consecuencias en plena capacidad (art. 154.I CC).

Sin embargo, un factor de confusión, prontamente discutido por la doctrina, se introduce con el nuevo apdo. 6 del art. 9 de la LAP, según el cual, si la decisión adoptada por el representante legal del paciente menor de edad resultase contraria a la vida o al mayor beneficio del propio paciente, estas decisiones deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o bien a través del Ministerio Fiscal, para que adopte la resolución correspondiente salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar dicha autorización, en cuyo caso se traslada a los profesionales sanitarios la adopción de las medidas necesarias de salvaguarda de la vida o salud del paciente amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad. Con ello, la norma en su nueva redacción opta por judicializar estos casos, ciertamente extremos y excepcionales, en los que surgen conflictos entre el mantenimiento de la vida (aun cuando quizá ésta, a juicio fundado de los facultativos, no reúna las condiciones de dignidad suficiente para ser merecedora de ser vivida) y el respeto a la decisión de la persona.

Sea cual sea la posición doctrinal que adoptemos respecto de esta delicada cuestión, no cabe duda de que, con carácter general, esta restricción normativa de la autonomía del paciente menor va a conducir en muchos casos al planteamiento de un conflicto familiar y/o sanitario cuando el médico responsable, o los titulares de la patria potestad en su caso cuando éstos sean los competentes según la ley,

20 Según JORQUI, M.: “hay quien ha comparado el autonomismo “fuerte”, que considera que una decisión autónoma es siempre, en tanto autónoma, correcta, con el paternalismo “fuerte” que entiende que la protección de la vida del paciente es siempre, del mismo modo, la decisión correcta. Ambas posiciones se equivocan al otorgar, sin atender a la situación concreta, un “valor absoluto” bien a la autonomía de la persona, bien a su vida (...) Si la vida es un valor jurídico fundamental que en determinados casos puede representar el mejor interés o el interés superior del menor ¿Cómo no someter a tratamiento a éste en cumplimiento, a su vez, de dicho deber de velar por él?. Es decir, Si existen razones objetivamente válidas que nos muestran que la vida no representa su mejor interés o interés superior ¿Cómo justificar la imposición del tratamiento apelando a dicho interés que, a su vez, no se correspondería con dicho deber de velar por él...?”. JORQUI, M.: “Jornadas sobre el Menor”, Universidad Pública de Navarra, noviembre 2015.

hayan adoptado decisiones sobre la salud del menor con las que la otra parte implicada pueda no estar de acuerdo, o simplemente cuando el médico responsable haya considerado que un paciente menor de edad conforme a la ley civil tiene la suficiente capacidad para consentir un acto médico por tener la suficiente madurez y la misma sea cuestionada en el caso concreto.

En estos posibles casos de conflicto sería preferible a nuestro juicio evitar la judicialización en la medida de lo posible y optar por fórmulas flexibles e individualizadas de autocomposición de intereses tendentes al logro de decisiones consensuadas, con vistas al entendimiento mutuo de los puntos de vista de todo orden implicados en el conflicto (éticos, deontológicos, médicos, etc.) entre las partes involucradas (médicos, centro de salud, familia, menores), en orden a mantener y preservar las relaciones familiares²¹. Si a ello se le añade el factor de interculturalidad de nuestras sociedades y el incremento del coste de la atención y prestaciones sanitarias y las situaciones de limitación de recursos personales y materiales, la virtualidad de la mediación como vía autocompositiva de conflictos sanitarios cobra aún mayor protagonismo.

Finalmente, no debe olvidarse que, cuando se trata de conflictos afectantes a aspectos íntimamente relacionados con la esfera personal del individuo, la mediación preserva mejor la intimidad de las partes y el carácter privado de las soluciones adoptadas a través de los principios de confidencialidad, cooperación buena fe, lealtad y antiformalismo que rigen esta metodología, frente a la adversarialidad, contradicción y publicidad que son propias del proceso judicial.

IV. CONCLUSIONES.

La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia ha introducido importantes reformas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre Básica reguladora de la Autonomía del Paciente en lo que se refiere a la capacidad de los menores de edad para consentir determinadas intervenciones sanitarias sobre su salud. Ello afecta al ejercicio del derecho a la autonomía o derecho de autodeterminación del paciente en el ámbito sanitario cuando éste no ha alcanzado la mayoría de edad, facultad decisoria que, tanto la doctrina como jurisprudencia, han configurado como un derecho subjetivo encuadrado dentro de los denominados derechos de la personalidad.

Según la normativa actualmente vigente, se traslada a los progenitores del menor la facultad de consentir aquellas intervenciones sanitarias que puedan suponer grave

21 Y, sin duda, por los efectos beneficiosos que ello acarrea para los profesionales médicos, a los que la norma atribuye una responsabilidad muy gravosa cuando se trata de valorar la madurez o inmadurez de los menores en muchos casos.

riesgo para su vida o salud, aunque siempre participando aquél “en la medida de lo posible” en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Con ello se trataría de garantizar las condiciones para que el menor pueda alcanzar la mayoría de edad y ser él quien pueda en un futuro adoptar sus propias decisiones y asumir sus consecuencias con plena capacidad. Sin embargo, el nuevo apartado 6 del art. 9 de la LAP introduce un factor de confusión pues, si la decisión adoptada por el representante legal del paciente menor resultase contraria a la vida o al mayor beneficio del propio paciente, estas decisiones deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, bien directamente o bien a través del Ministerio Fiscal para que adopte la resolución correspondiente salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar dicha autorización, en cuyo caso se traslada a los profesionales sanitarios la adopción de las medidas necesarias de salvaguarda de la vida o salud del paciente.

Puede considerarse así que, como regla general, la autonomía decisoria del menor (su derecho de autodeterminación como paciente) y, en su caso, su libertad ideológica, religiosa o de conciencia debe “ceder” en favor de un “interés superior”, que se interpreta de acuerdo con la protección del derecho a la vida, judicializándose los supuestos en los que la decisión del representante legal del paciente menor resultase contraria a la vida o al mayor beneficio del propio paciente.

Esta regulación, y en general el ejercicio del derecho de autonomía del paciente en el ámbito sanitario, plantea numerosos interrogantes y su aplicación va a dar lugar a no pocos conflictos que encuentran en las vías autocompositivas, como la mediación, regulada en nuestro ordenamiento jurídico privado por Ley 5/2012, de 6 de julio, una vía eficiente y más flexible de resolución de conflictos con trascendencia jurídica que permite, a la vez que incrementar la información necesaria en la toma de decisiones, explorar los intereses, expectativas y deseos de las partes implicadas a través de un proceso de comunicación dirigido a alcanzar decisiones consensuadas e informadas y a mejorar las relaciones futuras. Haciéndolo, y en ello radica su idoneidad, con un menor coste emocional y temporal que redundan en beneficio de las personas directa e indirectamente implicadas a la vez que minimiza los costes sociales y económicos en beneficio de los sistemas familiares y estructuras organizacionales en los que se insertan.

BIBLIOGRAFÍA

BUSH, R.A.B. Y FOLGER, J. P.: *The Promise of Mediation: Responding to Conflict through Empowerment and Recognition*, Granica, Buenos Aires, 1996, pp. 12-16.

CAYÓN DE LAS CUEVAS, J: "Resolución extrajudicial de conflictos sanitarios: manifestaciones jurídico-positivas y posibilidades de futuro", I Congreso Internacional de Resolución Alternativa de Disputas Civiles y Mercantiles, Universidad de Cantabria e Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos, 18 de septiembre de 2009.

GARCÍA VILLALUENGA, L: *Mediación en conflictos familiares. Una construcción desde el Derecho de familia*, Reus, Madrid, 2006, pp. 42-50;

FISHER, R, URY, W. *Getting To Yes: Negotiating Agreement Without Giving In*, Houghton Mifflin, Boston, 1981, pp. 40 a 56.

HICKEY, K. "Minors' Rights in Medical Decision Making", *Jona's Healthcare Law, Ethics, and Regulation*, V. 9, n° 3, Chicago, 2007, p. 102.

JORQUI AZOFRA, M: "El consentimiento el menor en el ámbito sanitario", ponencia invitada, "XIV Jornadas de Estudio: Menor y Derecho de la Universidad Pública de Navarra", 19 de noviembre de 2015.

LUQUIN BERGARECHE, R.: "Los principios de la Mediación", en VV.AA: *La nueva Ley de Mediación Civil y Mercantil* (Dir. HUALDE, T.), La Ley, 2012; "Los conflictos sanitarios: hacia un nuevo ámbito de la mediación" en AA. VV.: *Nuevas perspectivas jurídico-éticas en Derecho sanitario*, ALENZA GARCÍA, J.F. y ARCOS VIEIRA (Dir.), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2013, pp. 611 a 628; *Teoría y Práctica de la Mediación familiar intrajudicial y extrajudicial en España*, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

GODOY MAGDALENO, A. I., MALLA MORA, R., ALZATE SÁEZ DE HEREDIA, R. y BLANCO. s. "Los programas de gestión de conflictos como garantía de una asistencia de calidad en el sector sociosanitario". *Revista de Servicios Sociales Zerbitzuan: Gizarte zerbitzuetarako aldizkaria*, n° 48, 2010, pp. 25-32.

NOVEL MARTÍ, G.: *Los Programas Educativos en la resolución de conflictos en el ámbito sanitario. Propuestas de un modelo*. Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, UCM. 2008.

SOLETO MUÑOZ, H.: *Mediación y resolución de conflictos: técnicas y ámbitos*, Tecnos, 2011.



OPINIÓN PÚBLICA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN

PUBLIC OPINION AND FREEDOM OF EXPRESSION

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 240-261



Jorge Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 28 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: El presente artículo trata sobre la opinión pública y su directa y estrecha relación con la libertad de expresión, el derecho a la información plural, el pluralismo político y la democracia representativa. Como veremos a lo largo del texto, esta institución se ha convertido en la pieza clave para la existencia del sistema democrático.

PALABRAS CLAVE: Democracia, libertad de expresión, libertad de información, opinión pública, pluralismo.

ABSTRACT: This article is about the public opinion and its direct and close relationship with freedom of expression, right to plural information, political pluralism and representative democracy. As we will see throughout the text, this institution has become the keystone for the existence of democracy.

KEY WORDS: Democracy, freedom of expression, freedom of information, public opinion, pluralism.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO GARANTÍA INSTITUCIONAL DE UNA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE.- III. EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN VERAZ Y PLURAL COMO BASE DE LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE.- IV. LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE.- V. LA OPINIÓN PÚBLICA INSTITUCIONAL (O FORMAL) Y LA NO INSTITUCIONAL (O INFORMAL).- VI. CONCLUSIONES.- VII. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Debemos comenzar reconociendo que el análisis de la figura “opinión pública libre” resulta bastante complicado para los juristas, habida cuenta que no nos encontramos ante un concepto de carácter jurídico, sino más bien sociológico, politológico e incluso filosófico, que ha sido juridificado a través de la jurisprudencia¹ y de la doctrina.

Sin embargo, por la importancia que esta figura tiene en la categorización de la libertad de expresión como garantía institucional y como libertad preferente, creemos que merece un estudio más pormenorizado.

¹ Aunque son múltiples las referencias jurisprudenciales que podríamos aportar, nos limitaremos a una de las primeras que dictó el TC al respecto. Se trata del fundamento de Derecho tercero de la STC 12/1982, de 31 marzo 1982 (RTC 1982\12): “El artículo 20.1 de la Constitución dice, como es sabido, que se reconocen y protegen los derechos de ... «expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción». Se ha señalado acertadamente que se trata ante todo de un derecho de libertad, por lo que básicamente significa ausencia de interferencias o de intromisiones de las autoridades estatales en el proceso de comunicación. Sin embargo, en otro plano significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El artículo 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de noticias es necesaria premisa de la opinión pública libre.

Como ha dicho la sentencia de la Sala Segunda de este Tribunal de 16 de marzo de 1981, el artículo 20 de la Constitución, tomado en su conjunto y en sus distintos apartados, constituye una garantía de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de libertad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2, de la Constitución y que es la base de nuestra organización jurídico-política.”

• Jorge Antonio Climent Gallart

Profesor Asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia y Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Su labor investigadora se ha centrado fundamentalmente en el área de los Derechos Humanos y, en particular, los conocidos como derechos y libertades de primera generación, tema este sobre el que ha publicado diversos trabajos. Responsable de la Sección de Derechos Humanos del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: jorge.climent@uv.es

II. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN COMO GARANTÍA INSITUCIONAL DE UNA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE

Resulta incuestionable que la libertad de expresión tiene una doble naturaleza: de derecho de carácter subjetivo² y también de garantía institucional de la opinión pública libre, base misma del pluralismo político y sostén de una democracia representativa.

En este punto, nos centraremos exclusivamente en la segunda. Como recoge LLAMAZARES CALZADILLA, "la libertad de expresión de pensamientos, ideas y opiniones, así como la difusión de las mismas y de las noticias relativas a los asuntos públicos, son premisas necesarias para la formación de la opinión pública".³

El que la libertad de expresión tenga también naturaleza jurídica de garantía institucional ha supuesto que se le otorgue, en el ámbito de los derechos fundamentales, el carácter de libertad preferente. No significa ello que jerárquicamente se sitúe en una posición superior; pero sí que deberá ser tenida muy en cuenta su naturaleza en caso de conflicto con cualquier otro derecho, pues aquella se encuentra en la esencia misma del sistema democrático.⁴

2 El derecho a la libertad de información, como tal, incluye tanto el derecho a emitir informaciones (sobre hechos) veraces, como a recibirlas.

El derecho a la libertad de expresión, en sentido estricto, se refiere exclusivamente al derecho a expresar y recibir libremente pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor. También se la conoce como libertad de opinión.

Sin embargo, bajo el concepto libertad de expresión, en sentido amplio, sin más adjetivación, incluiríamos la libertad de opinión, la libertad de información (dentro de la cual, incluimos la libertad de prensa), la libertad de creación artística o científica, el lenguaje (o discurso) simbólico, la libertad de expresión comercial, la libertad de expresión profesional, la libertad de prensa, la libertad de creación de medios de comunicación, o la llamada libertad de antena.

Así pues, a lo largo del texto, cuando queramos hacer especificar si se trata de libertad de expresión en sentido estricto, así se hará.

3 LLAMAZARES CALZADILLA, M. C.: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid, 1999, p. 44.

4 MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Libertades públicas*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1993, p. 66-68: "la característica de la posición preferente radica en la mayor importancia de determinadas libertades y derechos en el conjunto del sistema de derechos fundamentales (...) Esa mayor importancia se fundamenta en la mayor presencia de los valores constitucionales en tales derechos, lo que acarrea su mayor fundamentalidad en su superior capacidad configuradora del orden político de la comunidad constitucionalmente prescrito. Si determinados derechos gozan de una mayor pretensión de validez se debe a que su importancia en la definición del orden de la comunidad es mayor que la de otros, a que su capacidad de configurar el "orden público" indisponible y vinculante para ciudadanos y poderes públicos es mayor. De ello se sigue:

Primero. La presunción de la exclusión de antijuricidad del ejercicio (...) de los derechos que gozan de esa posición preferente. El ejercicio de tales derechos se conceptúa, en principio, como justificado y, por tanto, plenamente conforme a Derecho. En consecuencia, el recto ejercicio de los mismos no puede ser antijurídico, y por ende, no puede generar responsabilidad administrativa, civil o penal. La afirmación de la ilicitud del ejercicio del derecho debe ser probada, y no podrá serlo fuera de los casos en los que dicho ejercicio sea desviante (...) Tercero. La preponderancia en el "balancing". En caso de concurso entre derechos fundamentales, la posición de los derechos dotados de mayor validez es más fuerte que la de los demás, y, en consecuencia, en igualdad de intereses en conflicto, la decisión debe inclinarse (...) en favor del derecho preferente.

Cuarto. Lo que en buena lógica exige que, para prevalecer los intereses no protegidos por el derecho preferente, los mismos deben tener una presencia más intensa, una posición preponderante en el conflicto de derechos planteado. Los derechos no preferentes solo pueden prevalecer en la ponderación de intereses en el caso de que la presencia de los derechos preferentes sea secundaria, periférica o marginal al conflicto mismo".

Ahora bien, dicho carácter preferente se les reconoce exclusivamente a aquellos actos comunicativos que sirven para la formación de una opinión pública libre. Ello significa que este privilegio solo podrá ser alegado cuando nos encontremos ante temas de interés público (o general), pues solo estos pueden servir para la formación de la opinión pública libre.⁵

Esta no es una cuestión menor, puesto que ello conlleva dejar sin efecto ese carácter privilegiado al ejercicio de la libertad de expresión llevado a cabo por la prensa rosa o amarilla, puesto que, en modo alguno, la información con la que mercadean puede ser considerada de "interés público". No puede ni debe confundirse este concepto, "interés público", con el "interés del público", el cual responde al interés malsano de un sector de la población por las vidas privadas ajenas o por el simple morbo. Ni un tipo de prensa, ni la otra, puede considerarse que sirvan para la formación de la opinión pública, sino más bien justo para todo lo contrario, sirven para su deformación. Este es el motivo por el que se puede entender que el concepto "relevancia pública" sea más adecuado que el de "interés público", puesto que el primero resulta más objetivable que el segundo. De hecho, junto al término "relevancia pública", también encontramos, en ocasiones, el concepto "hecho noticiable". No obstante, se utilizan todos indistintamente.

Además, como indica PLAZA PENADÉS, "Será necesario, además, que ambos derechos se ejerciten dentro de sus límites intrínsecos".⁶ Estos límites intrínsecos son los siguientes: en el caso de la libertad de información, el límite será la veracidad (puesto que se refiere a hechos); y en el caso de la libertad de expresión en sentido estricto (que se refiere a ideas, opiniones o juicios de valor), la manifestación de expresiones injuriosas o vejatorias, pues las mismas resultan innecesarias para la formación de una opinión pública libre.

Por tanto, para seguir manteniendo ese estatuto prevalente, es necesario que la información que se transmita sea veraz, y que las opiniones que se viertan no sean inequívocamente injuriosas o vejatorias, pues la libertad de expresión no puede amparar un pretendido derecho al insulto.

En determinados casos límite, resulta muy complejo determinar cuándo nos encontramos ante una crítica dura e hiriente y cuándo ante una expresión injuriosa. De hecho, los tribunales se ven abocados a analizar todas las circunstancias que se dan en cada caso concreto, puesto que una expresión aisladamente vejatoria, puede

5 PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 22: "si el contenido de la información o divulgación tiene "interés general" para la sociedad (...) el ejercicio del derecho a la libertad de expresión e información cumple una función esencial en todo Estado democrático: la formación (libre y plural) de la opinión pública. Faltando esa circunstancia o condición (el interés general de la información), el ejercicio de la libertad de expresión pierde su carácter prevalente y privilegiado".

6 *Ibidem*.

dejar de serlo, si se pone en relación con aquello que se está comunicando, así como con el contexto en que se produce.

En conclusión, se reconocerá esa "posición preferente" a la libertad de expresión (e información) siempre que la misma se refiera a un tema de interés público (o general), y que la información sea veraz, o la opinión se haya expresado con ausencia de manifestaciones injuriosas o vejatorias. Si no se dan esos requisitos, no cabe hablar de posición preferente, y, por tanto, no gozará de los privilegios derivados de la misma.

III. EL DERECHO A RECIBIR INFORMACIÓN VERAZ Y PLURAL COMO BASE DE LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE

El derecho a recibir información veraz y plural merece un análisis concreto, puesto que participa del carácter de derecho subjetivo, pero además se encuentra en el fundamento mismo de una opinión pública libre.

Debemos partir de una idea, y es que el transmitente tiene derecho a emitir información veraz y el receptor a recibir información veraz y plural. Como libertad negativa, el acto comunicacional debería darse sin cortapisas por parte del Estado. Esta era la concepción liberal. Pero la concepción social (libertad positiva) supone que el Estado deba actuar removiendo todos los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio real y efectivo de este derecho.⁷ Ello significa, en este caso, que el Estado deberá facilitar que al receptor le llegue una pluralidad de fuentes informativas, así como que en los diferentes medios se respete asimismo el principio de pluralismo político, favoreciendo el acceso a los mismos de representantes de todo el espectro político y social que conforma la sociedad civil de un país.

La exigencia de la veracidad y del pluralismo también es exigible tanto a los medios de comunicación social públicos como a los privados. Sobre la veracidad (únicamente exigible respecto a los hechos) simplemente señalar que no debemos

7 MAGDALENO ALEGRIA, A.: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006, pp. 58-59: "Para hacer efectivo el ejercicio de los derechos fundamentales no es suficiente la mera abstención que preconizaba el Estado liberal, ahora se exige una actividad positiva estatal, que asegure unas condiciones existenciales mínimas que cercioren su efectiva realización. Los derechos fundamentales no solo garantizan la libertad del Estado, sino también la libertad en el Estado. Con la transformación del Estado social y democrático de Derecho, los poderes públicos no solo tienen la posibilidad, sino el deber de corregir las circunstancias sociales que impiden el disfrute colectivo de derechos fundamentales (...) En aplicación de lo anterior a las libertades comunicativas, el Estado social debe garantizar que la transmisión de ideas y de las informaciones sea ejercida efectivamente por todos y no solo por unos pocos, es decir, el Estado debe crear las condiciones necesarias para que todos participen efectivamente en el debate público y expongan sus ideas e informaciones ante los demás. Por tanto, el Estado tiene que asegurar la objetividad informativa, el pluralismo tanto interno como externo de los medios de comunicación, puesto que solo reconociendo la autonomía de los medios, no se garantiza el debate abierto tan necesario en democracia".

confundirla con la verdad objetiva, sino que hace referencia al actuar diligente del profesional de la información en la búsqueda de la verdad.⁸

Nos vamos a centrar en la exigencia del pluralismo. Cabe precisar que no viene referido únicamente a hechos, sino también a opiniones, ideas o juicios de valor. Para BASTIDA FREJEDO el pluralismo consiste “de un lado, en la posibilidad de concurrencia del mayor número y diversidad de opiniones e información, lo que redundará en un proceso de libre formación de la opinión pública. De otro, en la posibilidad de que esa concurrencia llegue al mayor número de personas posible”.⁹

Dicho pluralismo se dará, conforme la doctrina liberal, de modo natural, por el libre ejercicio de las libertades individuales. Sin embargo, de acuerdo con la doctrina social, “si ese pluralismo no se produce o es insuficiente, (...) habilita a los poderes públicos para actuar y crear las condiciones que permitan el afloramiento de la diversidad de opiniones y aumente el flujo de información”.¹⁰

La doctrina liberal se revolverá frente a esta posible intervención del Estado. No podemos obviar que para esta concepción, “el Estado está en el origen de las amenazas a la libertad y contra él se defiende concibiendo los derechos fundamentales como derechos de resistencia frente al poder. Lo que se propugna es la abstención del Estado, su no intervención en la vida social y personal.”¹¹

El problema con el que nos encontramos es que solo una minoría dispone de capacidad económica como para poder crear y mantener medios de comunicación privados de masas.¹² Por tanto, el constreñimiento del pluralismo se da, de facto, cuando “unos pocos son los propietarios de la mayoría de los medios periodísticos y editoriales y pueden controlar el mercado de las ideas y de las noticias. Si eso ocurre, el proceso de formación de la voluntad popular deja de ser libre y queda en entredicho el principio democrático. De ahí que la intervención de los poderes públicos para restablecer el pluralismo no tenga porqué concebirse necesariamente como una injerencia en las libertades de expresión e información, sino como una

8 El concepto veracidad no puede ser confundido con el de verdad objetiva y absoluta. De hecho, para dotar de contenido a la misma, la jurisprudencia del TEDH (y también la del TC) ha asumido la doctrina de la malicia real (“actual malice”) asentada por el Tribunal Supremo Norteamericano en la sentencia que resuelve el caso *New York Times v. Sullivan*. De conformidad con la misma, lo importante no es tanto que la noticia sea objetivamente verdadera o falsa, sino la actitud de quien transmite la noticia frente a esa verdad o falsedad. Es decir, no cabrá apreciar la veracidad si quien transmite la noticia lo hace siendo consciente de su falsedad, o con temerario desprecio hacia su certeza o falsedad (“with knowledge of its falsity or with reckless disregard of whether it was false or not”).

9 BASTIDA FREJEDO, J.: “Pluralismo y medios de comunicación audiovisuales”, en AAVV: *Democracia y medios de comunicación* (coord. por J. TORNOS MÁS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 69-70.

10 *Ibidem*, p. 66.

11 *Ibidem*, pp. 66 -67.

12 Resulta imprescindible la lectura de SERRANO, P.: *Traficantes de información. La historia oculta de los grupos de comunicación españoles*, Akal, Madrid, 2010. En esta obra, se describe el entramado corporativo y financiero que se encuentra detrás de los medios de comunicación españoles.

actuación tendente a garantizar las condiciones imprescindibles para que pueda surgir el pluralismo".¹³

Convendremos, consecuentemente en que el Estado estará legitimado para intervenir cuando tenga como finalidad avalar el pluralismo informativo, puesto que solo así se podrá garantizar tanto la formación de una conciencia individual libre, requisito inexcusable para un libre desarrollo de la personalidad, como la formación de una verdadera opinión pública libre.

Consecuentemente, si bien es cierto que entre el haz de derechos derivados de la libertad de expresión se encuentra el relativo a crear medios de comunicación social, también lo es que el bien jurídico con el que trafican, la información, es esencial y se encuentra en la base misma de la democracia.¹⁴ Ello conlleva que, aun cuando se trate de empresas privadas¹⁵ (con lo que ello significa, respecto a intentar obtener el máximo rendimiento económico), deberán adecuar su proceder a los principios democráticos y, en especial, a respetar el pluralismo que se da en la propia sociedad a la que tienen que informar. Esta situación puede provocar tensiones entre la libertad de expresión y los derechos de propiedad y libre empresa.¹⁶ Pero en este posible conflicto, la libertad de expresión tiene un carácter absolutamente preferente, pues la gestión democrática de la información no admite discusión

13 BASTIDA FREJEJEDO, J.: "Pluralismo y medios", cit., p. 67.

14 FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "Acceso a los medios de comunicación social privados y pluralismo informativo", en AA.VV.: *Democracia y medios de comunicación* (coord. por J. TORNOS MÁS), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 161: "La empresa informativa, sin dejar de ser empresa, con su lógica y finalidades propias, no es una empresa cualquiera. Justamente sus específicos objeto y actividad, consistentes en dar información que coadyuva a la formación de la opinión pública, posiblemente aconsejen ir algo más lejos de las estrictas medidas de anticoncentración concretadas en la normativa general sobre prácticas restrictivas de la competencia. La teoría del mercado de las ideas, sustentada en la afirmación de que, de la misma manera que el libre juego del mercado termina ofreciendo a los consumidores los productos de la mejor calidad al mejor precio, la libre circulación y debate de todas las ideas y opiniones y hechos facilitarán la búsqueda y hallazgo de la verdad, necesita de algunas correcciones complementarias".

15 Focalizamos la cuestión de la exigencia del pluralismo en los medios privados, habida cuenta que en los públicos, al menos, teóricamente, es un tema indiscutido. Toda la doctrina acepta (y las leyes que las regulan también lo recogen) que las televisiones públicas deben responder al pluralismo político y social. El problema es que en la práctica ello no ha sido así. Tan solo tenemos que recordar cómo el pluralismo ha sido totalmente inexistente en algunas televisiones públicas autonómicas, sirviendo las mismas como auténticos aparatos de propaganda del partido político que ocupaba en ese momento el gobierno de turno. Aunque desde una visión muy pesimista, pero a la vez realista, merecen ser citadas las palabras de SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 99: "Confiar en que un canal de televisión de titularidad pública resista los embates de quienes autorizan su presupuesto, nombran a sus directivos y orientan la programación es pedir demasiado".

16 SÁNCHEZ FERRI, R.: *El Derecho a la información*, Cosmos, Valencia, 1974, p. 46: "La información, y, por tanto, el derecho a ella, puede peligrar, con la comercialización de la misma, pues surgen con ella intereses económicos que pueden llevar a una programación fácil, al sensacionalismo, etc., que resulte agradable o pegadizo al público, descuidando de este modo la función social, formadora, instructora, que hemos señalado a la actividad informativa. Como, por otra parte, las empresas, periodísticas sobre todo, suelen ser deficitarias, este problema económico las pone en manos de la publicidad, o de grupos financieros".

posible.¹⁷ Como la práctica nos demuestra que no siempre es así,¹⁸ el Estado podría y debería intervenir; precisamente, para corregir estas irregularidades.¹⁹ No obstante, el gran problema que no se nos escapa es el riesgo de que, bajo la excusa de la defensa del pluralismo informativo, la intervención del Estado acabara, de hecho, conllevando una actuación censora o dirigista totalmente reprobable. Reconocemos que aun cuando teóricamente la solución está clara, el modo de llevarla a la práctica es lo que nos plantea serias dudas.

Al pluralismo informativo se puede llegar de dos formas: garantizando la existencia de varios medios de comunicación con líneas editoriales diferentes (este sería el pluralismo externo) o bien, garantizando que en cada medio, con independencia de su orientación ideológica, se dé cabida a toda clase de opiniones (este sería el pluralismo interno).²⁰ Lo ideal sería el cumplimiento simultáneo de ambas formas de pluralismo. Sin embargo, “cada una de estas formas de pluralismo por separado pueden lograr el objetivo perseguido por estos derechos (...) Cuanto más estricta es la observancia de uno, menos necesario es el cumplimiento del otro”.²¹

17 RODRIGUEZ GARCÍA, J.A.: *El control de los medios de comunicación*, Dykinson, Madrid, 1998, p. 17: “La necesidad de control se encuentra, por una parte, en el fenómeno del pluralismo de la sociedad (evitando el monismo informativo y, conciencia de este, el monismo ideológico) lo que supondrá el fortalecimiento del sistema democrático y, por otra, en el derecho a la libertad de información que se configura como parte fundamental (junto al derecho a la educación) del derecho a formar libremente la propia conciencia; así como en la libertad para expresar o manifestar ideas, creencias, convicciones,... y para hacer partícipes de ellas a otros (transmitiéndolas, enseñándolas y propagándolas). Al configurarse este derecho de libertad de conciencia como derecho fundamental y básico del sistema democrático y como presupuesto lógico y ontológico de los demás derechos y libertades fundamentales, los poderes públicos deben crear instrumentos de control que aseguren la consecución efectiva de dicho derecho. Con otras palabras, el objetivo final del control democrático de los medios de comunicación es hacer real y efectivo el libre desarrollo de la personalidad; es decir, garantizar su libre formación y su libre difusión (conformación de una opinión pública libre y plural); de ahí su necesidad como algo vital para cualquier sistema democrático.

En un segundo plano, el control democrático de estos medios supone un elemento impulsor de las libertades y derechos que se ejercen a través de los mismos y un instrumento para impedir que puedan verse amenazados o vulnerados determinados derechos y libertades fundamentales; además este control de los medios de comunicación está directamente relacionado con el principio de participación social que implicará que los ciudadanos o los grupos que se integran intervengan en el control, este hecho provocará que se afiance la legitimidad democrática del sistema, de ahí la absoluta necesidad de que el control de los medios de comunicación sea plural y socialmente participativo.”

18 SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *Los medios de comunicación*, Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 100: “Pero las relaciones de los medios con los grupos de presión y poderes económicos suelen ser más estrechas e intensas. Aquí, a menudo, la dependencia equivale a la subsistencia. Una línea editorial contraria a los intereses de la empresa propietaria del medio es imaginable como argumento dialéctico, pero salvo casos excepcionales es difícil encontrarla en la realidad. Mientras no cambian las circunstancias, el derecho individual de propiedad – del capital- prevalecerá sobre la libertad de expresión individual del periodista y, lo que es peor, sobre el derecho democrático a recibir información”.

19 Una de las experiencias más interesantes al respecto es el de los Consejos Audiovisuales, siendo habituales en los países de nuestro entorno. Teóricamente, se trata de órganos independientes, neutrales y plurales. No obstante, desde su creación en el ámbito autonómico español, han sido objeto de críticas por parte de un sector de la prensa. En todo caso, el estudio en profundidad de los Consejos Audiovisuales autonómicos, y, sobre todo, de su funcionamiento, excedería del presente artículo. Terminamos remitiéndonos, por su evidente interés, a la propuesta de creación de un Consejo de la Comunicación que realiza Rodríguez García, J.A.: *El control*, cit., p. 246-258.

20 LLAMAZARES CALZADILLA, M. C.: *Las libertades de expresión*, cit., p. 146.

21 *Ibidem*, p. 147.

Bajo el amparo de la libertad de mercado y la propiedad privada, se ha producido una de las situaciones que los más ínclitos defensores originarios de la acepción liberal de la libertad de expresión no previeron, cual es la concentración de los medios de comunicación en muy pocas manos. Así pues, las fusiones/absorciones de grupos mediáticos han sido característicos de los últimos años, creándose, de facto, auténticos oligopolios, cuando no directamente duopolios.²² Ello resulta especialmente criticable, dado que la concentración de medios de comunicación “será contraria al pluralismo democrático en la medida en que frene o dificulte la realización de esta noción de pluralismo”.²³ Como consecuencia de esta concentración, además nos encontramos ante lo que se conoce como “efecto ventrílocuo”,²⁴ que se podría resumir del siguiente modo: a pesar de existir diferentes medios de comunicación, todos repiten las mismas noticias.²⁵

Terminamos este epígrafe trayendo a colación las palabras de BASTIDA FREIJEDO, “el pluralismo, el mercado de las ideas propio de una sociedad democrática, implica que la pluralidad numérica de fuentes de expresión e información se corresponda también con la diversidad política y cultural de la sociedad”.²⁶ Si ello no se da de modo natural, el Estado no solo podrá, sino que deberá intervenir para garantizarlo, pues solo una pluralidad informativa garantiza una opinión pública libre.

IV. LA OPINIÓN PÚBLICA LIBRE

Como hemos visto, el concepto nuclear para entender la libertad de expresión (en sentido amplio) como garantía del pluralismo político, consustancial a la democracia, es el de opinión pública. Como indica BUSTOS PUECHE, a la libertad de expresión se le reconoce esa dimensión institucional “en la medida en que contribuye decisivamente a la formación de la opinión pública, presupuesto fáctico de la democracia: solo unos ciudadanos bien informados de las cosas que atañen a la vida pública están en condiciones de formar opinión sobre la res pública, sus gobernantes, los problemas de la sociedad, opinión que les permitirá la participación reflexiva y ponderada en los asuntos de incumbencia general y, señaladamente, la

22 En España, las llamadas televisiones generalistas (privadas) se encuentran principalmente en manos de dos grandes grupos mediáticos: ATRESMEDIA y MEDIASET. Resulta fundamental, para comprender este fenómeno de la concentración, acudir al cuadro de los holdings de los mayores conglomerados de medios de comunicación, que se recoge en el libro de CASTELLS, M.: *Comunicación y poder*, Alianza Editorial, Madrid, 2009, p. 117. En todo caso, la lectura de dicho ensayo resulta imprescindible para comprender la relación entre los conceptos que conforman su título.

23 BASTIDA FREIJEDO, J.: “Pluralismo y medios”, cit., p. 70.

24 *Ibidem*, pág. 79.

25 SARTORI, G.: *Homo videns: La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1998, p. 141: “Las grandes cadenas de televisión se imitan de un modo excesivo (...) De hecho, ocho de cada diez noticias son las mismas en todas las cadenas”.

26 BASTIDA FREIJEDO, J.: “Pluralismo y medios”, cit., p. 81.

elección más acertada de sus gobernantes”.²⁷ La ligazón, por tanto, entre democracia y opinión pública es incuestionable.²⁸

Tras todo el estudio previo, ahora ya estamos en condiciones de llevar a cabo un acercamiento a este concepto. En primer lugar, merece destacarse la difícil definición del nombre “opinión pública”,²⁹ y ello porque no estaríamos rigurosamente ante un concepto jurídico y porque, además, son diversas las ramas del saber que han centrado su estudio en él. De hecho, son múltiples las obras de carácter filosófico, politológico o sociológico que estudian el concepto, antes que jurídicas.

La Real Academia Española de la Lengua define la opinión pública como “sentir o estimación en que coincide la generalidad de las personas acerca de asuntos determinados”.³⁰ En el mismo sentido, pero precisando aún más tanto el objeto como los sujetos de la opinión pública, la define MORA Y ARAUJO como “el estado de las opiniones agregadas de los miembros de una sociedad relativas a todo aquello que, en cada momento, la sociedad define como público”.³¹

El siguiente elemento que debemos analizar es el adjetivo “pública” que acompaña al sustantivo opinión. Conforme indica RODRÍGUEZ URIBES, “puede entenderse, de una parte, como opinión “del público” (sentido subjetivo) y, de otra, como opinión “sobre o acerca de lo público (sentido objetivo)”.³² En el mismo sentido, SARTORI manifiesta que “una opinión se denomina pública no solo porque es del público, sino también porque implica la res pública, la cosa pública, es decir, argumentos de naturaleza pública: los intereses generales, el bien común, los problemas colectivos”.³³ Pero, además, debe indicarse que esa opinión del público sobre temas públicos, se convierte en pública desde el mismo momento en que se transmite a los demás.³⁴

Llegados a este punto, podemos afirmar que por opinión pública entendemos el juicio de valor que efectúa el público, sobre temas de interés público, y manifestadas en el foro público.

27 BUSTOS PUECHE, J.E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008, p. 133-134.

28 CALLEJO, J.: “El instituto sociológico de la opinión pública”, en AA.VV.: *Libertades informativas* (coord. por A. TORRES DEL MORAL), Colex, Madrid, 2009, p. 117: “No hay opinión pública sin democracia, ni democracia sin opinión pública.”

29 RODRÍGUEZ URIBES, J. M.: *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 76. Para este autor, la opinión pública es un “concepto vago y ambiguo donde los haya y en gran medida, “intangibles”.

30 Diccionario de la Real Academia de la Lengua, 23ª edición (en <http://www.rae.es>)

31 MORA Y ARAUJO, M.: *El poder de la conversación. Elementos para una teoría de la opinión pública*, La Crujía Ediciones, Buenos Aires, 2005, p. 61.

32 RODRÍGUEZ URIBES, J.M.: *Opinión pública*, cit., p. 76-77.

33 SARTORI, G.: *Homo videns*, cit., p. 69.

34 MORA Y ARAUJO, M.: *El poder de la conversación*, cit., p. 144: “La opinión pública pertenece, por definición, al ámbito público (...) El ámbito donde las opiniones se gestan, cada una en su propia raíz individual es, por definición, privado; se encuentra en la mente de cada individuo (...) A medida que las opiniones de unos y otros se funden en la marea de las opiniones que se conectan con lo público porque se sienten parte involucrada en la marea de la opinión pública”.

Siguiendo a RODRÍGUEZ URIBES,³⁵ para que se pueda hablar, en puridad, de existencia de opinión pública, es absolutamente imprescindible que exista un régimen que garantice la libertad de expresión, debiéndose poder ejercer la misma en el ámbito público. Debemos recordar que la libertad de expresión, en sentido amplio, no solo garantiza nuestro derecho a comunicar hechos, ideas o juicios de valor, sino también a recibirlos. Sin información previa plural, resultará imposible poder conformar nuestra conciencia y, por extensión, nuestra ideología, respecto a cualquier tema de interés público. Además, esas fuentes informativas plurales, al menos en teoría, nos van a facilitar que la opinión pública sea (o deba ser) el resultado de un proceso racional, que evite, o, al menos, pueda minimizar los apriorismos y los prejuicios.³⁶

Precisamente en la formación de esa opinión pública juegan un papel fundamental los medios de comunicación.³⁷ Los mismos han servido, y siguen sirviendo, como canalizadores de la opinión pública.³⁸ Los mass media tienen, por tanto, una función social,³⁹ que se concretaría, conforme señala MUÑOZ ALONSO, en los siguientes roles: informar, interpretar y explicar las informaciones, contribuir a la formación de la opinión pública, fijar la agenda mediática y controlar al Gobierno y otras instituciones.⁴⁰

35 RODRÍGUEZ URIBES, J.M.: *Opinión pública*, cit., p. 95. Indica este autor que son elementos necesarios para que se pueda dar la opinión pública: libertad de expresión, publicidad y ausencia de prejuicios.

36 Respecto de este último punto, mantenemos nuestras reservas, habida cuenta que la Historia nos demuestra que las opiniones individuales (cuya agregación conformará la opinión pública) pueden responder a multitud de factores. Así, como dice MORA Y ARAUJO, M.: *El poder de la conversación*, cit., p. 59: "La opinión puede estar informada o no, puede ser fundada o infundada, puede o no tener consistencia interna o congruencia con otras opiniones, puede ser sostenida con intensidad (o convicción) o superficialmente u ocasionalmente. El supuesto, en esta acepción, es que las opiniones sobre los asuntos públicos que sostiene cada individuo están relacionadas con atributos relevantes de sí mismo y de su vínculo con la comunidad: sus preferencias, sus compromisos, sus comportamientos".

37 SÁNCHEZ FERRI, R., *El derecho a la información*, cit.: "Un presupuesto ineludible de la organización de la Opinión Pública es una información suficiente, información que, en nuestro días, no puede ser otra que la información de masas, esto es, la facilitada por los llamados "mass-media" (p. 91).

"La sociedad actual necesita, pues, de los medios informativos y de los vínculos que estos crean y, a su vez, tales medios son inherentes y están en función de tal sociedad. Efectivamente, el fenómeno informativo ha venido a sustituir los vínculos de vecindad (actuales en sociedades y comunicaciones de nivel primario); las reuniones, visitas, tertulias de café, etc. son cada vez menos frecuentes y posibles, viéndose suplidas sus funciones en gran parte por los medios de comunicación" (p. 21).

38 MONZÓN, C.: "Manifestación y medida de la opinión pública", en AA.VV.: *Opinión pública y comunicación política*, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990, p. 177: "Desde la Ilustración hasta el momento presente, primero en la prensa y después en la radio y televisión, la opinión pública ha encontrado siempre en los medios de comunicación su mejor medio de expresión".

39 En este mismo sentido, SÁNCHEZ FERRI, R.: *El derecho a la información*, cit., p. 35-38, indica que los medios de comunicación cumplen tres funciones fundamentales: informar, formar y distraer. Así mismo, destaca que, como consecuencia de las anteriores, se daría un (deseable) efecto de integración social.

40 MUÑOZ ALONSO, A.: "El Poder Político ante los medios", en AA.VV.: *Opinión pública y comunicación política*, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990, pp. 334-335:

Informar:

"La primera función de la prensa es facilitar información. En la selección y valoración de esa información intervendrán, necesariamente, criterios subjetivos, pero un informador responsable debe disponer de pautas profesionales que no hagan imposible esa tarea (...) Se trata, en suma, de que los informadores intenten hacer una presentación de lo menos sesgada posible y con una decidida voluntad de imparcialidad. A esa finalidad atienden el principio de que información y opinión deben estar perfectamente diferenciadas, incluso formalmente, para que el lector no pueda, en ningún caso, verse engañado o empujado al equívoco. Este principio según el cual "los hechos son sagrados y las opiniones libres" es, en general, rigurosamente aplicado por la

Podemos concluir resaltando, como lo hace dicho autor, la importancia que, por tanto, tienen los medios en una sociedad democrática, pues “todas estas funciones vienen a significar que los medios juegan en una democracia el papel de un auténtico foro en el que se desarrolla la vida pública. Los medios son, así, el lugar de encuentro de las diversas ofertas políticas que proponen los grupos y los partidos. Al mismo tiempo, es también en los medios donde se exponen las demandas políticas procedentes de los diversos sectores sociales. Los medios actúan así como los notarios que levantan acta de los problemas y los conflictos, prestan tribuna a los que carecen de otras plataformas y potencian la voz de los que ya disponen de ellas. Hasta que un problema no aparece en los medios, propiamente no tiene existencia social o política. Y esto es verdad, en grado superlativo, en el caso de la televisión. De ahí que los medios sean vistos por toda una corriente doctrinal como “constructores de la realidad”.⁴¹

A la vista de la importancia que se le reconoce a los medios de comunicación en la formación de la opinión pública, es obvio que desde sus inicios han sido vistos con recelo por parte del poder;⁴² el cual, de modo directo o indirecto, siempre ha pretendido controlarlos. En este sentido, una de las potestades fundamentales, que ha dado lugar a una mayor literatura, ha sido el de la capacidad de influencia real en la opinión pública. Aquí ya no nos referimos a que el medio de comunicación

prensa anglosajona, especialmente norteamericana, pero no podemos decir lo mismo de la prensa europea, y menos aún, de las televisiones públicas”.

Interpretar y explicar las informaciones:

“Se debe tender a que las informaciones sean comprendidas por los lectores menos expertos. Se discute si es válido el llamado *advocacy journalism*, o “periodismo de defensa de un determinado punto de vista”, que, en todo caso, solo sería aceptable cuando (...) define su sesgo y un análisis de las noticias en ese contexto. Dentro de esta función de interpretar y explicar las informaciones caben una serie muy amplia de géneros periodísticos como los editoriales, los análisis de noticias (*news analysis*) y, en general, las múltiples variantes del columnismo y el comentario. Asimismo, deben incluirse aquí la documentación, cada vez más importante en el trabajo periodístico”.

Contribuir a la formación de la opinión pública:

“Los medios llaman la atención tanto del público como del gobierno acerca del clima de opinión imperante. Supuesto el papel básico de la opinión pública en una sociedad democrática, la función de formar y expresar la opinión pública es, quizá, la más importante y la que sintetiza a las otras”.

La fijación de la agenda política:

“Recientemente se está subrayando esta función que supone, de hecho, una participación en el proceso político al enfocar la atención del público y del gobierno sobre determinados temas. Esta función debe ser vista no solo en su aspecto positivo de atraer la atención sobre ciertos temas, sino también en el negativo, en cuanto los medios actúan como el *gatekeeper* que filtra las informaciones e impide que lleguen al público algunas cuestiones”.

Control del Gobierno y otras instituciones:

“Los medios, al suscitar cuestiones que ponen en entredicho la acción del Gobierno o de otras instituciones públicas (ayuntamientos, organismos de diverso tipo, grandes empresas públicas) e incluso privadas, al sacar a la luz casos de corrupción o escándalos, pone en marcha los mecanismos oficiales de control. Con su investigación, los medios pueden aportar elementos que se han escapado a las comisiones de investigación de las cámaras legislativas”.

41 *Ibidem*, p. 336.

42 *Ibidem*, p. 321: “La historia de las relaciones entre el poder político y los medios de información es la de una secular desconfianza (...) Esta peculiar situación de tensión y desconfianza se deriva del hecho de que la información es un poder y, aunque no figura en el esquema de los poderes constitucionales clásicos, forma parte del sistema de equilibrios, de frenos y contrapesos en que consiste un régimen pluralista de libertades”. En este sentido, para comprender mejor las relaciones entre los medios de comunicación y el poder, en sentido amplio (no solo el político, sino también el económico), resulta imprescindible leer a CURRAN, J: *Medios de comunicación y poder en una sociedad democrática*, Editorial Hacer, Barcelona, 2005.

se limite a reflejar lo que ocurre en la sociedad, sino que el medio a través de la selección de los temas y el enfoque que se le dé a los mismos, pueda, en primer lugar, influir en que la opinión pública le dé una mayor o menor importancia a un asunto, y en segundo lugar, pueda posicionarse en relación a lo que se informa.

Así pues, el establecimiento de lo que se ha dado en llamar "agenda-setting"⁴³ (o fijación de la agenda)⁴⁴ es una de las potestades más importantes que pueden tener los medios. VARONA GÓMEZ lo define como: "el proceso en que los medios, por la selección, presentación e incidencia de sus noticias, determinan los temas acerca de los cuales el público va a hablar. En rasgos macrosociológicos, los medios imponen los temas más discutidos en la sociedad (...) Fijar la agenda de los medios es fijar el calendario de los hechos sociales. Seleccionar lo que es y lo que no es importante (...) La idea principal, por tanto, de la teoría de la agenda-setting es que los medios de comunicación tienen el poder de situar en primer término del debate público un determinado tema, convirtiéndolo así en asunto de interés nacional, y ello con independencia (este es un aspecto clave), de la importancia intrínseca de dicho tema. De esta forma, queda claro que los medios no pueden considerarse un mero reflejo de la realidad, pues en el mismo proceso de selección de las noticias está ya implícito el poder de destacar (y por tanto también de relegar al olvido) determinados sucesos".⁴⁵

Más claro y contundente aún es MORA Y ARAUJO, para el cual "los medios están en posición de definir cuáles son los asuntos sobre los cuales opinar. De ese modo, influyen en alguna medida a través de la construcción de la realidad mediante la selección y presentación de la información cotidiana. Los medios definen la importancia de cada tema sobre los que concentran su atención y contribuyen a que ciertos contenidos sean activados más frecuentemente en la mente de los individuos. Los hechos de la realidad social que la gente cree conocer son, sobre todo, aquellos que los medios instalan como hechos reales; la gente habla de lo que

43 DADER, J.L.: "La canalización o fijación de la "agenda" por los medios", en AA.VV.: *Opinión pública y comunicación política*, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990, p. 294: "la teoría de la "agenda setting" (...) se ha ido convirtiendo en la teoría estelar de explicación de la influencia principal de los medios industriales de comunicación en la formación de la opinión pública y del universo de preocupaciones públicas de los individuos particulares".

VARONA GÓMEZ, D.: "La delincuencia en la agenda mediática: retos para una política criminal racional", en AAVV: *Protección Penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional* (dir. por S. MIR PUIG y M. CORCOY BIDASOLO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, TOL2.527.111: "La teoría del agenda-setting se atribuye a Maxwell McCombs y Donald Shaw en su estudio de 1972 sobre el papel que los medios de comunicación tuvieron en la campaña presidencial de 1968 en Chapel Hill (Carolina del Norte). En dicho trabajo los investigadores comprobaron que los asuntos que los votantes consideraban prioritarios eran justamente aquellos que los medios de comunicación habían previamente seleccionado y sobre los que habían volcado su actividad informadora".

44 DADER, J.L.: "La canalización", cit., p. 294: "Su traducción literal al castellano sería "fijación de la agenda" o "establecimiento de la agenda". Un barbarismo malsonante que salvo las mínimas excepciones ha sido empleado por los autores o traductores que han presentado el tema en castellano. Una traducción menos artificiosa podría ser "establecimiento o fijación de los repertorios temáticos de preocupación". Pero esta alternativa, quizá demasiado larga, no ha tenido cultivadores entre nosotros".

45 VARONA GÓMEZ, D.: "La delincuencia", cit.

la prensa le cuenta, y tal vez en alguna medida piensa, acotada por los estándares que la prensa le propone para juzgar y valorar los hechos”.⁴⁶

Por último, citaremos a DADER, para quien “el efecto “agenda-setting” (...) no es sino la orientación, conducción o canalización que las mentes de los ciudadanos sufren hacia unos repertorios de temas de preocupación pública, en detrimento de otros que no son mencionados o destacados, como consecuencia de la selección previa de asuntos que realizan los “mass media””.⁴⁷

Dicho proceso, siguiendo al mismo autor, se lleva a cabo de tres modos distintos:

“A) Filtro básico entre conocimiento/secreto (“Awareness model”). Cuando la audiencia solo puede conocer un tema si aparece en los medios (...)

B) Establecimiento de jerarquías de prioridades (“Priorities model”). Cuando la influencia en la audiencia solo consistiera en determinar el grado de importancia que se le concede a cada tema.

C) Realce de un ángulo o aspecto particular del tema genérico (“Salience model”). Cuando la influencia consistiera en percibir un tema general desde la percepción de ciertos aspectos con olvido de otros”.⁴⁸

A pesar de la mayúscula importancia que esta cuestión tiene, pues al fin y al cabo determina aquello sobre lo que la ciudadanía principalmente va a opinar (es bien conocido que para la sociedad, en su conjunto, solo existe lo que sale por televisión), también lo es que para una parte de la doctrina no existen evidencias empíricas sobre la verdadera capacidad de los medios en la construcción de una realidad mediática al margen de la realidad social y, mucho menos, que puedan determinar lo que la gente tiene que pensar.⁴⁹ En este sentido, nosotros podríamos concluir reconociendo la indiscutible capacidad que tienen los mass media en cuanto a la elección de las cuestiones que formarán parte del debate público. Sin embargo, aun cuando pueden influir, y mucho, en el modo en que nos posicionamos respecto al tema que nos presentan, lo bien cierto es que no lo pueden determinar, pues en ese

46 MORA Y ARAUJO, M.: *El poder de la conversación*, cit., p. 347.

47 DADER, J.L.: “La canalización”, cit., p. 295.

48 *Ibidem*, p. 304.

49 VARONA GÓMEZ, D.: “La delincuencia”, cit.: “El proceso de agenda-setting, aunque ciertamente implica reconocerle un gran poder a los medios, tampoco debiera ser magnificado: decir que los medios tienen el poder de situar un determinado asunto en primer plano con independencia de la realidad del problema (agenda-setting), no significa que ese poder llegue hasta el punto de que los medios puedan “inventarse” los problemas y que por tanto la preocupación ciudadana sea totalmente ilusoria o injustificada”.

Así mismo, para DADER, J.L.: “La canalización”, cit., p. 313, la doctrina sobre la agenda-setting es naif, metodológicamente primitiva, confundidora, es una metáfora válida, pero no una teoría.

Del mismo modo, para MORA Y ARAUJO, M.: *El poder de la conversación*, cit., p. 348, con independencia del reconocimiento de la capacidad de influencia a los medios, “la capacidad de la prensa de moldear la opinión no está demostrada”.

proceso cognitivo ya influyen muchos más factores (sobre todo, aquellos que tienen que ver con nuestras vivencias personales o conocimientos previos).⁵⁰

Precisamente para advertir de esa posible divergencia entre la opinión pública y lo que reflejan los medios, aparece el término opinión publicada. Con el mismo, lo que se pretende es denunciar la confusión (no en pocas ocasiones interesada) entre la opinión pública y la opinión que expresan los medios, pues esta última no es más que la opinión de sus periodistas, que no tiene por qué coincidir con la del público.⁵¹

Terminaremos este apartado reconociendo que tanto la juridificación de esta institución, la opinión pública, como el papel de los medios en la formación de la misma, han sido objeto de múltiples críticas, debiéndose destacar las llevadas a cabo por TORRES DEL MORAL y por el Maestro SARTORI.⁵²

50 La capacidad de influencia de los medios irá disminuyendo cuanto mayor sea nuestra cercanía respecto de la cuestión informada. Pensemos en un supuesto en que hemos tenido acceso directo a los hechos, por ser testigos presenciales de los mismos. En este caso, la posibilidad de que nos veamos influenciados por lo que informe el correspondiente medio será menor que si hubiésemos tenido conocimiento de dicho acontecimiento única y exclusivamente a través de la información recibida por los medios. En este último supuesto, solo conoceríamos aquello que los medios hubiesen querido que supiésemos y, además desde el ángulo que el periodista de turno habría creído conveniente enfocar. En consecuencia, nuestra capacidad para opinar sobre un determinado acontecimiento del que solo hemos tenido conocimiento a través de los medios, vendrá delimitada por el filtro informativo preestablecido por el correspondiente medio.

Llegados a este punto, podemos destacar que la lejanía respecto de los hechos informados comporta una mayor capacidad de influencia de los medios. La agenda setting adquiere su máxima vigencia respecto de la información que recibimos del resto del mundo. Así pues, cuatro son las agencias de noticias que controlan principalmente la información internacional que luego reproducen los diferentes medios: Reuters, Associated Press, United Press y France Press. Ello significa, por ejemplo, que aquello que nosotros podamos saber sobre la situación política o económica de un determinado país o sobre un determinado conflicto ocurrido allende los mares será lo que estas agencias quieren que sepamos.

Por tanto, en aquellos casos en que nuestro contacto directo con los hechos noticiosos sea inexistente, la capacidad de influencia del medio será mayor, llegando hasta el punto de que la realidad que nosotros podamos percibir será aquella que dicho medio nos haya querido presentar.

51 RODRÍGUEZ URIBES, J.M., *Opinión pública*, cit., p. 78: “Estamos en presencia de este “uso” de la expresión “opinión pública” cuando se presenta a la prensa, y hoy a los medios de comunicación de masas en general, como el canal o la vía a través de la cual se crea y se (con)forma la opinión. Se confunde, de esta manera, la opinión publicada por o en la prensa con la opinión pública (...) Se está identificando “público” (opinante) con periodistas”.

52 TORRES DEL MORAL, A., “El instituto jurídico de la opinión pública libre”, en AA.VV.: *Libertades informativas* (coord. por Antonio Torres del Moral), Colex, Madrid, 2009.

Este autor se muestra especialmente crítico con esta institución, así como con el papel de los medios, en virtud, entre otros, de los siguientes razonamientos:

En primer lugar, porque, podríamos decir que, en la actualidad nos encontramos, más que ante una democracia, ante una mediocracia, y ello porque “los media tienden a ocupar el espacio de los representantes políticos y del Parlamento como órgano de control del Ejecutivo. No se sabe bien cuál es la causa y cuál es el efecto: si el declive del Parlamento el que ha propiciado un mayor control mediático del poder, o si es este ascenso político de los medios de comunicación el que ha hecho retraerse al Parlamento (...) Antes los medios se nutrían de la agenda parlamentaria y ahora es esta la que sigue en parte los dictados de los medios, condicionándose así el sistema parlamentario por un control político mediático poco transparente. Ni es bueno para la democracia (...) que los medios de comunicación estén al servicio de los políticos, pues su contenido es mucho más amplio,

V. LA OPINIÓN PÚBLICA INSTITUCIONAL (O FORMAL) Y LA NO INSTITUCIONAL (O INFORMAL).

Llevando a cabo incluso una mayor labor de exégesis, podemos hablar de dos tipos de opiniones públicas: la institucional y la no institucional (o también llamadas respectivamente formal e informal). La segunda, la conformaría el pueblo, mientras que la primera la conformarían los representantes del mismo en el Parlamento.⁵³

ni –menos aún– que estos se alineen con los medios de comunicación para obtener, de rebote, renovados dividendos políticos” (p. 143)

En segundo lugar, la poca confianza que ofrecen los medios como fuente de información. Así pues, indica que “la escasa fiabilidad de la información e intoxicaciones (...) nos hacen ser sumamente escépticos sobre todo el proceso de comunicación como fuente nutricia de información y, por ende, sobre todo el proceso de formación de la opinión pública” (pp. 145-146).

En tercer lugar, por la excesiva atención que los medios prestan a determinados tipos de asuntos que responden al rendimiento económico de las empresas mediáticas, y que en nada sirven para la formación pública, como ocurre con la prensa rosa. (p. 144).

En cuarto lugar, porque entiende que la lógica aceptada y utilizada por la jurisprudencia es errática, y ello porque, en realidad, el pluralismo político no es consecuencia de una opinión pública libre, sino justo al revés. Así, “es esta pluralidad previamente existente, la que pugna por exteriorizarse públicamente en informaciones y opiniones varias” (p. 150).

En quinto lugar, porque además, el que se añade el adjetivo “libre” a opinión pública, es, según este autor, absolutamente superfluo y desacertado, puesto que “No hay opiniones libres, ni las públicas ni las privadas; tampoco las hay cautivas. Libre o cautivas son las personas, y, por extensión, los pueblos” (p. 153).

SARTORI, G.: *Homo videns*, cit. Este autor, referente mundial del tema que estamos estudiando, es muy crítico con los medios, especialmente con la televisión y su papel como desinformadores de la sociedad. Así indica que “debemos también destacar que la importancia de las informaciones es variable. Numerosas informaciones son solo frívolas, sobre sucesos sin importancia o tienen un puro y simple valor espectacular. Lo que equivale a decir que están desprovistas de valor o relevancia “significativa”. Otras informaciones, por el contrario, son objetivamente importantes porque son las informaciones que constituirán una opinión pública sobre problemas de interés público (...) y cuando hablo de subinformación o de desinformación me refiero a la información de “relevancia pública”. Y es en este sentido (no en el sentido de las noticias deportivas, de crónica rosa o sucesos) en el que la televisión informa poco y mal.

Con esta premisa es útil distinguir entre subinformación y desinformación. Por subinformación entiendo una información totalmente insuficiente que empobrece demasiado la noticia que da, o bien el hecho de no informar; la pura y simple eliminación de nueve de cada diez noticias existentes. Por tanto, subinformación significa reducir en exceso. Por desinformación entiendo una distorsión de la información: dar noticias falseadas que inducen al engaño al que las escucha. Nótese que no he dicho que la manipulación que distorsiona la noticia sea deliberada; con frecuencia refleja una deformación profesional, lo cual la hace menos culpable, pero también más peligrosa” (p. 79-80).

Pero incluso en aquellos casos en que no se produzca dicha desinformación, tampoco aquello que sea objeto de los noticieros televisivos es necesariamente comprendido por los telespectadores. Ello significa que, de la información que la sociedad haya podido consumir, no toda ella será comprendida por todos, con lo cual, de muy poco servirá para la formación de la opinión pública.

“La mayor parte del público no sabe casi nada de los problemas públicos. Cada vez que llega el caso, descubrimos que la base de la información del demos es de una pobreza alarmante, de una pobreza que nunca termina de sorprendernos” (p. 123).

“Distinción entre información y competencia cognoscitiva (...) Cuando hablamos de personas “políticamente educadas” debemos distinguir entre quien está informado de política y quien es cognitivamente competente para resolver los problemas de la política (...) En Occidente, las personas políticamente informadas e interesadas giran entre el 10 y el 25 por ciento del universo, mientras que las competentes alcanzan niveles del 2 ó 3 por ciento” (p. 126).

Y, por último, merece destacarse la crítica afilada que se hace a la televisión, la cual es, para el autor, el peor de los mass-media, habida cuenta que la imagen, en la que se basa, incapacita nuestra capacidad cognitiva.

“La televisión empobrece drásticamente la información y la formación del ciudadano” (p. 127).

“La televisión produce imágenes y anula conceptos, y de este modo atrofia nuestra capacidad de abstracción y con ella nuestra capacidad de entender” (p. 47).

“La palabra siempre produce menos conmoción que la imagen. Así pues, la cultura de la imagen rompe el delicado equilibrio entre pasión y racionalidad. La racionalidad del homo sapiens está retrocediendo; y la política emotivizada, provocada por la imagen, solivianta y agrava los problemas sin proporcionar absolutamente ninguna solución” (p. 115).

53 RODRÍGUEZ URIBES, J.M.: *Opinión pública*, cit., pp. 351-352.

Así pues, todo lo que hemos analizado hasta este momento entraría dentro del tipo informal.

La opinión pública institucional responde al paradigma de la democracia parlamentaria representativa (en contraposición a la democracia directa). Los ciudadanos, cada determinado tiempo, son llamados a las urnas para votar a sus representantes políticos en los distintos Parlamentos. En el momento en que se vota se está expresando la opinión sobre quién debe gobernar y sobre quién se presenta como alternativa a ese gobierno. Ello conlleva, por tanto, que la configuración política de la Cámara responda a la opinión de la gente expresada mediante el voto. Por tanto, esos representantes son el reflejo de la opinión general de la sociedad.⁵⁴

Aquí el problema se da cuando los parlamentarios actúan al margen de la opinión pública no institucional. Es en dicho momento cuando podremos hablar de crisis de legitimidad, puesto que el parecer de la ciudadanía no se verá reflejado en aquellos que teóricamente la representan.

VI. CONCLUSIONES.

De todo lo anteriormente expuesto, podemos concluir que:

1.- La libertad de expresión tiene una doble naturaleza: de derecho subjetivo y de garantía institucional de la opinión pública libre, que se encuentra en la base misma del pluralismo político, sostén de una democracia representativa.

2.- La naturaleza de garantía institucional de la opinión pública libre es lo que la hace merecedora de ser calificada como libertad preferente, en caso de conflicto con cualquier otro derecho fundamental.

4.- Se puede entender por opinión pública, el conjunto de juicios de valor que efectúa el público, sobre temas de interés público, y manifestados en foro público.

5.- Los medios de comunicación de masas tienen un papel fundamental tanto en la determinación de los temas que van a ser objeto de la opinión pública, a través de la llamada agenda-setting, como en el posicionamiento que lleguemos a adoptar los

54 MONZÓN, C.: "Manifestación y medida", cit., pp. 180-181: "la doctrina de la opinión pública surge al amparo de la idea democrática y desde que aparecen los primeros gobiernos de este signo, la opinión pública encontrará en el sufragio una vía de expresión y en el Parlamento, su representación formal. La esfera de lo público (el Estado) y la esfera de lo privado (los ciudadanos) se dan cita en el Parlamento para exponer, discutir y decidir sobre aquellos asuntos que afectan al interés general. Se convierte en el foro público por donde fluye la voluntad popular.

La mayor parte de los autores que escriben sobre la opinión pública a lo largo del siglo XIX destacan la representación y canalización de la misma a través de elecciones, las discusiones parlamentarias y las leyes que aquí se aprueban (...) En las urnas, al ser convocados todos los ciudadanos adultos y ser públicos los resultados, no solo se expresa la voluntad general, sino que quedan patentes todas las corrientes de opinión del momento, al margen de que consigan o no representación".

ciudadanos respecto de dichos temas. Su capacidad de influencia en la formación de nuestra opinión será menor cuanto mayor sea nuestro conocimiento directo sobre el tema, y viceversa.

6.- Únicamente una pluralidad informativa garantiza una opinión pública libre. Ello justifica que el Estado no solo tenga el derecho, sino el deber, de garantizar una pluralidad de fuentes informativas que se corresponda con la diversidad política y cultural de la sociedad. No obstante, existe un serio riesgo de que, bajo la excusa de la defensa del pluralismo informativo, la intervención del Estado puede acabar, de facto, conllevando una actuación censora o dirigista totalmente reprobable. En consecuencia, aun cuando teóricamente la solución está clara, el modo de llevarla a la práctica es lo que nos plantea serias dudas.

7.- Por último, merece destacarse que existen dos tipos de opiniones públicas: la institucional (formal) y la no institucional (no formal). La segunda, la conformaría la ciudadanía, mientras que la primera la constituirían los representantes de la misma en el Parlamento. La opinión pública institucional debe actuar como correa de transmisión de la no institucional. Cuando dicha transmisión se interrumpe, podemos decir que nos encontraríamos ante una crisis de legitimidad.

VII. BIBLIOGRAFÍA

BASTIDA FREIJEDO, J.: "Pluralismo y medios de comunicación audiovisuales", en AAVV: *Democracia y medios de comunicación* (coord. por J. TORNOS MÁs), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

BUSTOS PUECHE, J.E.: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 2008.

CALLEJO, J.: "El instituto sociológico de la opinión pública", en AA.VV.: *Libertades informativas* (coord. por A. TORRES DEL MORAL), Colex, Madrid, 2009.

CASTELLS, M.: *Comunicación y poder*, Alianza Editorial, Madrid, 2009.

CURRAN, J.: *Medios de comunicación y poder en una sociedad democrática*, Editorial Hacer, Barcelona, 2005.

DADER, J. L.: "La canalización o fijación de la "agenda" por los medios", en AA.VV.: *Opinión pública y comunicación política*, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990.

FERNÁNDEZ FARRERES, G.: "Acceso a los medios de comunicación social privados y pluralismo informativo", en AA.VV.: *Democracia y medios de comunicación* (coord. por J. TORNOS MÁs), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

LLAMAZARES CALZADILLA, M. C.: *Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático*, Civitas, Madrid.

MAGDALENO ALEGRÍA, A.: *Los límites de las libertades de expresión e información en el Estado social y democrático de Derecho*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2006.

MARTÍNEZ SOSPEDRA, M., *Libertades públicas*, Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1993.

MONZÓN, C.: "Manifestación y medida de la opinión pública", en AA.VV.: *Opinión pública y comunicación política*, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990.

MORA Y ARAUJO, M.: *El poder de la conversación. Elementos para una teoría de la opinión pública*, La Crujía Ediciones, Buenos Aires, 2005.

MUÑOZ ALONSO, A.: "El Poder Político ante los medios", en AA.VV.: *Opinión pública y comunicación política*, Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid.

PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J.A.: *El control de los medios de comunicación*, Dykinson, Madrid, 1998.

RODRÍGUEZ URIBES, J. M.: *Opinión pública. Concepto y modelos históricos*, Marcial Pons, Madrid, 1999.

SÁNCHEZ FERRI, R.: *El Derecho a la información*, Cosmos, Valencia, 1974.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *Los medios de comunicación y los sistemas democráticos*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, S.: *Los medios de comunicación*, Marcial Pons, Madrid, 1996.

SARTORI, G.: *Homo videns: La sociedad teledirigida*, Taurus, Madrid, 1998.

SERRANO, P.: *Traficantes de información. La historia oculta de los grupos de comunicación españoles*, Akal, Madrid, 2010.

TORRES DEL MORAL, A., "El instituto jurídico de la opinión pública libre", en AA.VV.: *Libertades informativas* (coord. por Antonio Torres del Moral), Colex, Madrid, 2009.

VARONA GÓMEZ, D.: "La delincuencia en la agenda mediática: retos para una política criminal racional", en AA.VV.: *Protección Penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional* (dir. por S. MIR PUIG y M. CORCOY BIDASOLO), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, TOL2.527.111.



PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR DE LAS “VÍCTIMAS”
DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN MEDIANTE EL EJERCICIO
DEL DERECHO DE RECTIFICACIÓN

*MASS MEDIA “VICTIMS” HONOUR’S RIGHT PROTECTION THROUGH
RIGHT OF RECTIFICATION*

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 262-277



Begoña
VIDAL
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 13 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: La velocidad de divulgación de las noticias en la sociedad actual multiplica los efectos perjudiciales que las mismas pueden tener sobre la reputación, fama o imagen de los involucrados, respecto de los cuales la población rápidamente se forma una opinión muy difícilmente modificable, convirtiéndoles de este modo en verdaderas víctimas de los medios de comunicación. ¿Qué defensa tenemos los ciudadanos frente a estas actuaciones que nos perjudican? El ejercicio del derecho de rectificación es un instrumento cuyas características le hacen especialmente útil en estos supuestos de divulgación por los medios de comunicación de hechos perjudiciales que consideramos inexactos. No se trata de controlar la veracidad de las informaciones publicadas sino del derecho de quienes se sienten perjudicados por ellas a dar su versión, lo que ha permitido calificarlo de derecho de acceso por alusiones, o un derecho de réplica o a ofrecer otra versión.

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales, derecho de rectificación, medios de comunicación social.

ABSTRACT: The speed of divulgation of news multiplies nowadays its negative effects on the reputation or the image of those concerned, over which people quickly reach an opinion hard to change. They became, this way, into really mass media's victims. What way of defense do we have as citizens against this harmful behavior? The Right of Rectification is an especially useful tool. This is not to control truthfulness of published information, but the right to give our own version. This feature has driven it to be qualified as a right to access by means of allusions, or the right to offer another version.

KEY WORDS: Fundamental Rights, Right of Rectification, Mass Media.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. VÍAS PROCESALES DE TUTELA DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN FRENTE A SU VULNERACIÓN POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. 1. El proceso penal por injurias y calumnias. 2. Amparo ordinario para la protección de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE. 3. Proceso civil para el ejercicio del derecho de rectificación (LO 2/84. LODR). III. EJERCICIO DEL DERECHO DE RECTIFICACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN FRENTE A SU VULNERACIÓN POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. 1. El objeto de este proceso. 2. Legitimación. 3. Actuación previa preceptiva: Escrito de Rectificación. A) Requisitos. B) Efectos de su remisión. C) Efectos de la publicación y divulgación. 4. Plazo para presentar la demanda, abierta la vía judicial. 5. Órgano competente. 6. Procedimiento. 7. Recursos. 8. Ejecución. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

“Condena a Telecinco por divulgar una noticia atribuyendo erróneamente a un hombre la muerte de su pareja sentimental y del hijo de ambos”¹, “La crisis del pepino provoca pérdidas cuantiosísimas a la agricultura española. Los agricultores españoles calculan las pérdidas en más de seis millones de euros al día”², “El portavoz

- 1 Noticia publicada en el Diario La Ley n° 8560 de 12 de junio de 2015. Se refiere a la STS n° 258/2015, Sala 1ª, de 8 de mayo de 2015 (ROJ: STS 1900/2015). El demandante litigó en defensa de su honor, intimidad y propia imagen por habersele imputado en un informativo de la cadena de televisión Telecinco la muerte violenta de su compañera sentimental, de su hijo y el incendio de la vivienda familiar. El TS declaró “no cabe que el afán de primacía informativa debilite el derecho fundamental al honor, porque la intromisión ilegítima en el mismo puede producirse aun sin intención de perjudicar...”.
- 2 Noticia tomada del diario El País, edición digital, de 30 de mayo de 2011. “El Gobierno español, a través de Rosa Aguilar, ha instado a las autoridades alemanas a presentar sin dilación los resultados de las investigación que están llevando a cabo sobre la contaminación atribuida a pepinos españoles, que ha causado ya 14 muertos y que está hundiendo las exportaciones españolas”... El Diario EL MUNDO, en su versión digital de 31 de mayo de 2015, completa la noticia: “Cinco días después de dar la voz de alarma, las autoridades alemanas han dicho este martes que los pepinos españoles no son el origen de la agresiva cepa de “*Escherichia coli*” que ha matado a 15 personas en el país e intoxicado a varios centenares. Sin embargo los comerciantes del país no piensan empezar a vender la hortaliza procedente de nuestro país. Los agricultores españoles se quejan: el daño ya está hecho. Y un informe presentado por *Media Reputation Intangibles* de la Universidad de Navarra (autores: F. Pujol y E. Gallemí: *El impacto de la irresponsable gestión de las autoridades alemanas en la crisis de E. Coli: cómo acabar con los inocentes pepinos españoles*. 2011) expresa claramente que “el impacto directo de la crisis se puede medir por la “publicidad negativa” generada por las miles de apariciones en prensa acusando de manera errónea de que los pepinos producidos en España eran los causantes de la infección. Aportamos datos que muestran la magnitud del impacto mediático. Este impacto directo es responsable de la caída de la venta de los productos agrícolas españoles a partir de mayo de 2011...” “Los resultados del informe muestran que los periodistas, para ilustrar las noticias sobre la crisis del E. Coli, han mostrado pepinos en una proporción mucho mayor que imágenes de

• Begoña Vidal Fernández

Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valladolid. Ha desarrollado su línea de investigación fundamentalmente en el campo del Derecho Procesal Comunitario y de la Cooperación Judicial civil y penal en la Unión Europea. Es autora de numerosas publicaciones, en revistas nacionales e internacionales, así como de la monografía *Protección Jurisdiccional de los Derechos fundamentales* publicada en 2015. Es miembro de los siguientes institutos, organismos y grupos: Instituto de Estudios Europeos de la UVa, Observatorio de Derechos Humanos de la UVa, Instituto Universitario de Iberoamérica y Portugal y de la Cátedra Brasil-UVa, Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia (IDADFE), Grupo de Investigación Reconocido (GIR) de la Uva: “Protección jurídica de la familia”; Grupo de investigación CAGI (Cooperación Judicial Civil y Penal en la Unión Europea) de la Universidad de Burgos, ReDPE (Red española de Derecho Penal Europeo). Correo electrónico: begvidal@der.uva.es.

del PSOE en la alcaldía de Madrid, Antonio Miguel Carmona, no borró tuits de su cuenta personal como erróneamente informamos hace unas horas"³. "Chuletones, salchichas y embutidos que matan. Nuevas evidencias científicas corroboran la relación entre el abuso de la carne roja y sus derivados como responsables del incremento de patologías coronarias y cáncer"⁴.....

Los políticos, los famosos... pero también personas desconocidas para el gran público así como las empresas pueden resultar perjudicadas por la publicación por los medios de comunicación de noticias inexactas, inveraces o erróneas, o que así lo creen aquellos a quienes perjudica la versión divulgada.

La presión que sufren los medios para ser los primeros en publicar una noticia propicia la divulgación de información que después se manifiesta como errónea o al menos parcial.

La velocidad de divulgación de las noticias en la sociedad actual multiplica los efectos perjudiciales que las mismas pueden tener sobre los involucrados, respecto de los cuales la población rápidamente se forma una opinión muy difícilmente modificable, convirtiéndoles de este modo en verdaderas *víctimas de los medios de comunicación*. El refrán español "cuando el río suena agua lleva" sentencia la reputación del sujeto de la información divulgada.

II VIAS PROCESALES DE TUTELA DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN FRENTE A SU VULNERACIÓN POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.

¿Qué defensa tenemos los ciudadanos (personas públicas o no, personas físicas particulares o empresas...) frente a estas situaciones que nos perjudican? El ejercicio del derecho de rectificación es un instrumento cuyas características

brotos de soja, que eran los culpables reales de la infección... En la mente de los lectores, la crisis sanitaria se asocia a la "crisis de los pepinos" (web: www.unav.edu/centro/intangibles).

- 3 Eldiario.es de 18 de junio de 2015, información de Ignacio Escolar, sección: escolar.net. en aquel momento parecía una buena idea. "En eldiario.es, como en todos los medios de comunicación, trabajamos a velocidad industrial con un material delicado e inflamable: la información. Para evitar que algo explote, tenemos controles y procesos de comprobación. El método periodístico es eficaz pero no perfecto: podemos equivocarnos. Pero nuestra obligación como periodistas es informar a nuestros lectores de los errores cuando los detectamos, más aún cuando afectan a la credibilidad y a la palabra de otras personas. Eldiario.es se ha equivocado y como director -y coautor de la información averiada- quiero disculparme tanto con los lectores como con la persona afectada, Antonio Miguel Carmona, e informar de las causas de este error".
- 4 La razón.es, de 25 de marzo de 2012. Información de Beatriz Muñoz: "Resulta difícil resistirse a un sabroso chuleton, pero lo que supone un placer para el paladar puede convertirse, si ingiere de forma habitual y en grandes cantidades, en el peor enemigo de un buen estado de salud. Al menos, así lo aseguran investigadores del Harvard School of Public Health de Boston (EE UU), quienes advierten de que un consumo de carne roja está asociado a un mayor riesgo mortalidad por enfermedad cardiovascular y cáncer. El estudio, publicado esta semana en la revista «Archives of Internal Medicine», añade más pruebas al riesgo que supone una ingesta descontrolada de este alimento".

le hacen especialmente útil en estos supuestos de divulgación por los medios de comunicación de hechos perjudiciales que consideramos inexactos.

La situación de indefensión en la que pueden colocarnos estas actuaciones puede derivar de 2 fuentes: una actuación delictiva del medio, o bien una actuación no delictiva pero vulneradora de nuestra reputación, fama, imagen... en definitiva de nuestro honor; así como de nuestra intimidad y nuestra imagen, por la mera publicación (errónea o inexacta –o que nosotros consideramos así- o parcial por un equivocado conocimiento de los hechos, bien por falta de tiempo bien por falta de diligencia) de una determinada información.

Los instrumentos de que disponemos son diversos, atendiendo a estas fuentes generadoras del perjuicio así como a la voluntad de perjudicar y a la intensidad del perjuicio ocasionado.

I. El proceso penal por injurias y calumnias.

Cuando está presente una intención o ánimo de perjudicar estamos ante una actuación delictiva del medio, constitutiva de injurias o de calumnias⁵, consecuencia de la cual se ha visto vulnerado nuestro honor; reputación, fama, credibilidad profesional, intimidad (tanto personal como familiar) o nuestra imagen.... En este caso el instrumento es el *proceso penal por injurias y calumnias*⁶. El bien jurídico protegido es el honor, en sentido amplio, y lo que se persigue es una sentencia que condene al vulnerador a reparar mi honor, mediante una indemnización y la adopción de la medida que se haya solicitado del juez, normalmente la publicación de la resolución⁷.

5 Art. 205 CP: Es calumnia la imputación de un delito hecha con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Artículo 206 CP.

Las calumnias serán castigadas con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a 24 meses, si se propagaran con publicidad y, en otro caso, con multa de seis a 12 meses.

Artículo 208 CP.

Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.

Artículo 209 CP.

Las injurias graves hechas con publicidad se castigarán con la pena de multa de seis a catorce meses y, en otro caso, con la de tres a siete meses.

Artículo 211 CP.

La calumnia y la injuria se reputarán hechas con publicidad cuando se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante.

Artículo 212 CP.

En los casos a los que se refiere el artículo anterior, será responsable civil solidaria la persona física o jurídica propietaria del medio informativo a través del cual se haya propagado la calumnia o injuria.

6 Arts. 804 y ss. LECRIM: ha de intentarse previamente conciliación, es necesaria querrela junto con la prueba documental, no se admiten testigos de referencia y es posible el juicio en ausencia del querrellado.

7 Artículo 216 CP: En los delitos de calumnia o injuria se considera que la reparación del daño comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria, a costa del condenado por tales delitos, en el tiempo

2. Amparo ordinario para la protección de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE.

Lo habitual es que el error o la inexactitud en la información divulgada sea involuntarios, bien fruto de falta de seriedad o diligencia a la hora de comprobar lo que se divulga, bien consecuencia de la precipitación que provoca la necesidad de ser el primero en publicarlo, y con la conciencia de subsanar y pedir disculpas en su caso. En este segundo supuesto falta la intención de perjudicar, pero también puede conllevar efectos perjudiciales para la víctima de este modo de actuar. Cuando hay una vulneración del honor, la intimidación o la propia imagen pero no constitutiva de delito, el instrumento para defenderse viene recogido en la llamada ley de protección del derecho al honor (LO 1/1982), que regula un proceso con este objeto específico a través del cual se reclama una indemnización por los perjuicios ocasionados: *amparo ordinario para la protección de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE*⁸. En esta vía está siempre abierta la casación.

3. Proceso civil para el ejercicio del derecho de rectificación (LO 2/84. LODR).

Cuando la vulneración del honor, intimidación o propia imagen, es consecuencia de la información publicada, los efectos iniciales pueden verse rápidamente intensificados por el paso del tiempo. En estas ocasiones el principal interés del perjudicado es evitar con la mayor prontitud posible la extensión de los efectos de dicha información mediante la aclaración inmediata del error, con una rectificación de la información divulgada. Tratándose de la publicación de una información perjudicial y con trascendencia pública, actuación que únicamente puede ser achacable a un medio de comunicación de masas, el instrumento a utilizar es el *proceso civil para el ejercicio del derecho de rectificación (LO 2/84. LODR)*. El llamado "derecho de rectificación" sintéticamente consiste en el derecho a que se divulgue con la misma intensidad y extensión una información que consideramos correcta frente a la que consideramos incorrecta en su día publicada⁹.

y forma que el Juez o Tribunal consideren más adecuado a tal fin, oídas las dos partes.

- 8 Sobre la responsabilidad de los medios de comunicación por vulneración del derecho al honor vid. GARCÍA PÉREZ, C.L.: "La responsabilidad civil de los medios de comunicación por vulneración del derecho al honor", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1, marzo 2015, donde también analiza esta responsabilidad cuando el ataque al honor es constitutivo de delito.
- 9 EITC ha venido a definirlo como: "el derecho que le corresponde a la persona aludida en una información, o sus herederos, que puedan poner en conocimiento público su versión de los hechos que creen infundados y que les perjudiquen, de modo que la rectificación suponga efectivamente un incremento objetivo del contenido de una información previamente facilitada por el medio de comunicación, aportando una versión diferente, o incluso introduciendo nuevos hechos directa y estrechamente vinculados con aquellos que completen, aclaren o sirvan de contraste a los referidos en la noticia, con exclusión de juicios de valor, calificativos o de toda valoración subjetiva" (definición recogida en el Auto de la AP de Madrid, Sección Civil nº 21 BIS, de 14 de junio de 2012, ROJ: AAP M 8518/2012).

III. EJERCICIO DEL DERECHO DE RECTIFICACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN FRENTE A SU VULNERACIÓN POR LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Este derecho no está expresamente mencionado en la CE, no es un Derecho Fundamental¹⁰ pero *tiene su fundamento en el derecho fundamental a comunicar y recibir información veraz por cualquier medio de difusión (art. 20.1-d) CE*), singularmente el en derecho a comunicar. Todas las personas, seamos o no profesionales de la comunicación informativa, tenemos el derecho fundamental a generar este tipo de mensajes informativos. Por ello los tribunales han interpretado que, con las condiciones previstas en la LODR cualquier persona puede convertirse en sujeto emisor de información para ofrecer a la opinión pública una versión distinta de los hechos objeto de una información publicada¹¹, y supone una garantía de una opinión pública libre, ya que el acceso a una versión disidente de los hechos publicados favorece el interés colectivo en la búsqueda de la verdad¹².

En este proceso se actúa la tutela del derecho fundamental al honor frente a vulneraciones a través de la divulgación de hechos que el perjudicado considera inexactos y perjudiciales, que sean imputables exclusivamente a medios de comunicación social, y para cuyo restablecimiento el ofendido pretenda únicamente que el ofensor publique o difunda una versión distinta (la suya) de aquéllos. No se trata de controlar la veracidad absoluta de las informaciones publicadas sino del derecho de quienes se sienten perjudicados por ellas a dar su versión, lo que ha permitido calificarlo de *derecho de acceso por alusiones*¹³, o un derecho de réplica o a ofrecer otra versión¹⁴.

10 “No tiene ni ha tenido naturaleza de derecho fundamental, pero el legislador lo ha tratado de manera singular no por tratarse de un derecho fundamental sino en atención a su carácter instrumental de la protección de éstos en la medida en que su contenido se orienta a obtener la tutela de derechos fundamentales que se han visto lesionados por una actuación externa al proceso (...) El derecho de rectificación no tenía antes ni tiene ahora naturaleza de derecho fundamental” (Auto del TS Sala 1ª, Sección 1ª, de 8 de noviembre, ROJ:ATS 10933/2011, desestimando un recurso de queja que denegaba la preparación del recurso de casación contra sentencia recaída en un juicio en el que se ejercitaba el derecho de rectificación).

11 CUCARELLA GALIANA, L.A.: *Rectificación, Tribunales y Medios de Comunicación*, La Ley, Madrid, 2008, p. 50-51.

12 STC 168/1986, FJ 5º.

13 AP Cantabria, Sección 2ª, Sentencia nº 523/2013, de 9 de octubre (ROJ: SAP S 510/2013): “... la rectificación procede cuando la parte que ejercita dicho derecho entienda que existe inexactitud en los hechos objeto de información y que dicha divulgación puede serle perjudicial, no siendo requisito que lo informado se falso ni siquiera que sea consecuencia de una indagación completa, porque a través de la rectificación no se garantiza la autenticidad de la versión de los hechos de la parte que interesa la rectificación, (...) Lo fundamental no es que la información divulgada sea falsa y que la versión del rectificante sea verdadera, pues el derecho no está conectado con la falsedad o inexactitud de los hechos difundidos. Lo relevante así no es que esos hechos sea inexactos, sino que lo sean para la persona a la que aluden y que acciona ejercitando este derecho, pues el derecho de rectificación se transforma en un derecho de acceso por alusiones”.

14 “...el rectificante no necesita probar la inexactitud de los hechos divulgados, pues el citado precepto no dice “que sean inexactos” sino “que considere inexactos”, en definitiva el derecho de rectificación no es un derecho a hacer prevalecer una información sobre otra, sino algo mucho más simple, un derecho de réplica o un derecho a ofrecer otra versión, a contradecir una información respecto de la cual se disiente” (AP de León, Sección 1ª, Sentencia nº 297/2011, de 29 de julio, ROJ: SAP LE 1001/2011).

I. El objeto de este proceso.

Es obtener un pronunciamiento declarativo de la lesión del derecho fundamental invocado, y la condena al medio de comunicación a publicar o difundir la rectificación pretendida por el ofendido. No tiene por objeto controlar la veracidad de lo informado, no ha sido creado pensando en la comprobación de la veracidad de la información, ni se puede intentar establecer si una información merece ser rectificadas por su carácter difamatorio o por su falsedad, para ello está la vía penal o la vía civil de protección del derecho al honor (LO 1/1982)¹⁵. De hecho "no limita la facultad del medio de ratificarse en la información inicialmente suministrada o, en su caso, de aportar y divulgar todos aquellos datos que la confirmen o avalen"¹⁶. Exclusivamente puede pretenderse la condena a la difusión de un escrito de rectificación. El titular solamente puede solicitar la pura y simple divulgación de un escrito de rectificación elaborado por él a través del medio de comunicación demandado, en el que dé su versión personal de los hechos difundidos por el demandado, que considera inexactos y perjudiciales. Este derecho se agota en la rectificación de las informaciones publicadas ya que opera como complemento de la garantía de la libre formación de la opinión pública¹⁷.

2. Legitimación.

Está legitimado activamente para interponer la demanda el perjudicado *aludido*, o sus herederos o representantes. Toda persona natural o jurídica que pretenda que se rectifique la información divulgada por cualquier medio de comunicación social relativa a hechos que consideren inexactos, cuya publicación pueda causarle perjuicio, y que aludan a ella (es esta alusión personal la que determina la legitimación).

Pasivamente lo está el medio de comunicación social (no lo están particulares) que divulgó la noticia¹⁸. Pero se suscita la duda de a quien concretamente debe ir dirigida la petición de rectificación: ¿al director del medio o a la empresa? ¿A ambos? En el proceso si no se dirige la demanda contra todos los que tienen que estar como demandados deviene inadmisibles por falta de legitimación. La LODR establece que el escrito ha de dirigirse al director del medio, pero después ordena al juez citar a

15 AP León, Sección 1ª, Sentencia nº 297/2001, de 29 de julio (ROJ: SAP LE 1001/2011).

16 Auto de la AP Madrid, Sección Civil nº 21 BIS, de 14 de junio de 2012 (ROJ: AAP M 8518/2012).

17 AP Cantabria, Sección 2ª, sentencia nº 523/2013, de 9 de octubre (ROJ: SAP S 510/2013), Fundamento de Derecho Segundo, *in fine*.

18 Puede ser una persona jurídica a través de su página web de libre e indiscriminado acceso (AP Cantabria, Sección 2ª, Sentencia nº 523/2013, de 9 de octubre (ROJ: SAP S 510/2013): "... como quiera que fue la asociación demandada quien ejercitando su libertad de información, difundió la que le interesaba a través de unas páginas web de libre e indiscriminado acceso por cualquier personal, se concluye que fue la asociación la que quedó sujeta por el derecho de rectificación... razón por la que procede afirmar su legitimación pasiva".

éste “o a sus representantes legales”, por ello lo más adecuado es dirigirla contra todos¹⁹.

El medio no puede ampararse en el fundamento científico o académico de la información que divulga para excusar su responsabilidad. No se excluye la responsabilidad del medio de comunicación que publicita una noticia consistente en la publicación de un estudio realizado por un organismo independiente (un informe de Harvard), “porque la interposición de un tercero, que facilita la información, entre el medio de comunicación y la información misma, no priva a esta del carácter de difundida, de poder ser considerada inexacta por personas afectadas y de su aptitud para poder causar a estas un perjuicio”²⁰.

En este proceso no es preceptiva postulación²¹.

3. Actuación previa preceptiva: escrito de rectificación.

La parte perjudicada por la información inexacta y perjudicial tiene que dirigir al medio de comunicación (al director) donde ha sido publicada o difundida, un “escrito de rectificación”, el cual, si es divulgado debidamente supone la satisfacción del perjudicado y hace innecesario acudir a los tribunales, y en caso contrario abre la vía jurisdiccional adecuada para que la autoridad judicial condene al medio de comunicación a difundir el escrito.

A) Requisitos:

a) El plazo para dirigirlo es de 7 días naturales, siguientes al de la publicación o difusión de la información vulneradora²².

b) La remisión ha de hacerse fehacientemente, de forma que quede constancia de su fecha y de su recepción. Para cumplir esta exigencia puede utilizarse cualquier modalidad en la que concurren estas características: correo certificado con acuse de

19 En el mismo sentido PARDO MUÑOZ, F.J.: “El derecho de rectificación como garantía frente a extralimitaciones en el derecho de información”, *Cuadernos de derecho judicial, (Ejemplar dedicado a: Justicia y medios de comunicación)*, n° 16, 2006, p. 271.

20 AP Madrid, Sección 13ª, Sentencia n° 184/2013, de 6 de mayo de 2013 (ROJ: SAP M 8574/2013), resolviendo el recurso de apelación interpuesto por ANICE (Asociación Nacional de Industrias de la Carne de España) en su pleito contra Francisco Marhuenda (Director del diario La Razón), en relación con el reportaje publicado en el suplemento “A tu salud” del periódico del 18 de marzo de 2012, con el titular: “Chuletones, salchichas y embutidos que matan”. La AP no acoge los argumentos del periódico que se ampara en el fundamento académico de la información divulgada para negar la publicación de la rectificación pedida: “no se acepta que la rectificación sea improcedente porque “La Razón” se limitase a difundir los resultados de un estudio científico y los hechos consistentes en la existencia del estudio y el tenor de sus conclusiones no son contradictorios, de forma que “La Razón” solo se hizo eco de los resultados del estudio y no se le puede imponer ninguna rectificación. Argumento que se rechaza porque la interposición de un tercero, que facilita la información, entre el medio de comunicación y la información misma, no priva a esta del carácter de difundida, de poder ser considerada inexacta por personas afectadas y de su aptitud para poder causar a éstas un perjuicio”.

21 Art.5 LODR.

22 Art. 2.1 LODR.

recibo, burofax, empresas de mensajería con acuse de recibo, fax, entrega en mano, por conducto notarial...

c) El contenido del escrito tiene que limitarse a los hechos de la información que se desea rectificar, porque no puede ser vehículo para acceder a un medio de comunicación y publicar noticias que interesen al demandante.

La rectificación ha de recaer sobre hechos y no sobre juicios valorativos u opiniones difundidas. Pero si una parte del escrito va referido a hechos y otra a opiniones y pueden separarse unos de otros sin alterar con ello el sentido de la rectificación, "la demandante no pierde por un defecto formal su derecho a que la parte de rectificación en la que concurren los requisitos legales sea publicada"²³.

d) La extensión del mismo no puede exceder sustancialmente de la de la información que se desea rectificar, salvo que sea absolutamente necesario.

B) Efectos de su remisión:

Crece en el medio la obligación de proceder a su publicación y divulgación²⁴. No existe esta obligación cuando se trata de información notoria o patentemente veraz, que no plantea discusiones.

El medio tiene obligación de publicar o difundir el escrito GRATUITAMENTE para el perjudicado y REGULARMENTE. Esta *regularidad* comporta la observancia de 4 exigencias:

a) Publicación o divulgación del escrito íntegramente. Ello significa no solamente que no son admisibles resúmenes ni extractos, sino también que la omisión de una sola palabra puede suponer el incumplimiento de esta exigencia²⁵.

b) Dentro de los 3 días siguientes a su recepción. Si no es posible la publicación en el plazo de 3 días por tener la publicación una periodicidad superior (semanal, mensual, trimestral...) la obligación se concreta en el número siguiente de la

23 AP Madrid, Sección 13ª, Sentencia nº 184/2013, de 6 de mayo de 2013 (ROJ: SAP M 8574/2013).

24 Art. 3 LODR.

25 "El texto se corresponde con el remitido para su publicación, salvo que falta la expresión "Comunidad". De tal modo que la identificación de la entidad a la que se refiere la noticia "comunidad cristiana del Espíritu Santo", quedaría reducida en la noticia publicada en El País a la de "cristiana del Espíritu Santo". Con lo cual, es evidente que los lectores podrían tener dificultad a la hora de determinar a qué entidad se está realmente refiriendo la noticia. (...) Así, cuando se trata de un lector que no conozca profundamente el asunto, cuando leyera la rectificación publicada por el diario, no sabría muy bien cuál es la entidad que estaría recabando la rectificación. Puesto que "Cristiana del Espíritu Santo", no tiene por qué identificarse necesariamente con "Comunidad cristiana del Espíritu Santo", máxime cuando la expresión "comunidad" tiene una gran trascendencia, pues queda referida a este tipo de entidades religiosas legales, inscritas en el Registro Público de entidades religiosas. Mientras que con la expresión "Cristiana del Espíritu Santo", esa sola mención puede dificultar el reconocimiento de la entidad religiosa en cuestión, dudando el lector de su posible identificación como una confesión legal" (Auto de la AP de Madrid, Sección Civil nº 21 BIS, de 14 de junio de 2012, ROJ:AAP M 8518/2012).

publicación. Pero si se trata de hechos que aludan a un candidato o dirigente de partido, federación, coalición o una agrupación concurrente a unas elecciones en campaña electoral, el Director del medio de comunicación tiene que hacerlo publicar a su costa y dentro del plazo de los 3 días, en un medio de la zona de similar difusión²⁶.

Si se trata de un medio radiofónico o de televisión y el programa tiene una periodicidad superior a 3 días, puede exigirse su emisión en otro programa de audiencia y relevancia similar y dentro del plazo de 3 días.

c) Dándole una *relevancia* semejante a la de la información que se rectifica. La expresión “relevancia semejante” ha sido definida de diversos modos por las Audiencias Provinciales, dirigiendo su significado bien, en *sentido técnico*, a la repercusión e importancia concedida a la noticia por su ubicación espacial, caracteres tipográficos... etc, o bien, en *sentido sociológico*, atendiendo a la relevancia de la persona afectada, la incidencia de la noticia en su estimación social... etc. Por otra parte puede entenderse referida asimismo al grado en que la información que se considera inexacta afecta al aludido, ya sea de manera sustancial o simplemente accesoria²⁷.

d) Con *neutralidad*: sin introducir comentarios o apostillas²⁸.

C) Efectos de la publicación y divulgación.

Si el escrito es publicado y la versión del rectificante es divulgada *regularmente*, el conflicto termina definitivamente.

En cambio si lo es *irregularmente*, los efectos dependen del motivo de la irregularidad. Puede ser “irregular” bien por haberse procedido a la publicación después del plazo de 3 días (*extemporánea*) o bien por incumplimiento de las exigencias legales (*incumplimiento de la regularidad*).

26 Art. 68-a) LOREG.

27 Vid. En este sentido el Auto del TS, Sala 1ª Sección 1ª, de 20 de enero de 2009 (ROJ: ATS 547/2009), que lamentablemente no resuelve estas divergencias porque inadmite el recurso de casación presentado alegando interés casacional por jurisprudencia contradictoria de las Audiencias. El TS declara inadmisibile el recurso por no contraponer el recurrente dos sentencias de un mismo órgano de apelación a otras dos de otro distinto: “para acreditar el interés casacional basado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, la Sala Primera viene exigiendo que se mencionen dos sentencias de una misma Audiencia o Sección, y otras dos en sentido opuesto, de distinta Audiencia o Sección, de tal modo que si la divergencia se produce entre el tribunal que ha dictado la sentencia, que se pretende recurrir en casación, y otras Audiencias, será preciso citar otra sentencia más en el mismo sentido que la impugnada, a las que deberán contraponerse dos de una Audiencia o Sección distinta”.

28 “Es evidente que la introducción realizada con pretensión aclaratoria por la demandada al publicar la página web antes transcrita, no respetó convenientemente el derecho de la parte actora a que publicara íntegra y acriticamente su rectificación. Al tratar, indebidamente, de aclarar la cuestión, lo que hizo además la actora fue nuevamente atribuir la responsabilidad de la demolición de la casona Barón de Otañes a la demandada, así como su intención de construir viviendas en la parcela” (AP de Cantabria, Sección 2ª, Sentencia nº 523/2013 de 9 de octubre, ROJ: SAP S 510/2013).

En el primer caso, transcurridos los 3 días para la publicación del escrito, el perjudicado puede incoar el proceso de rectificación dentro de los 7 días hábiles siguientes²⁹. Si iniciado el proceso se procede a la publicación, se considera un *allanamiento tácito*, que conlleva sentencia de condena, y si es después de la contestación conlleva además la condena en costas³⁰.

En caso de irregularidad *por incumplimiento de las exigencias* legalmente establecidas queda abierta la vía judicial.

4. Plazo para presentar la demanda, abierta la vía judicial.

Abierta la vía judicial, el plazo para presentar la demanda es de 7 días hábiles a contar desde:

1) El día siguiente a que venza el plazo de 3 días que tiene el Director para difundir el contenido del escrito de rectificación.

2) El día siguiente al de la notificación expresa del medio de comunicación indicando que el escrito de rectificación no será publicado o difundido.

3) El día siguiente al de la publicación defectuosa o indebida (irregular por no cumplir las 4 exigencias de regularidad) del escrito de rectificación.

5. Órgano competente.

Es el juzgado de 1ª instancia del domicilio del demandante o del lugar donde radique la dirección del medio de comunicación³¹. Y si no tiene domicilio en territorio español, el juez del lugar donde se cometió la vulneración del derecho fundamental³².

6. Procedimiento.

De acuerdo con el art. 250.1.9 LEC, se tramitan por el juicio verbal cualquiera que sea la cuantía, las demandas que supongan el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales. Al no ser preceptiva la postulación la demanda puede ser sucinta, cumplimentada mediante impresos normalizados³³,

29 Después de transcurridos los 3 días que tiene de plazo el Director del medio para difundir el escrito.

30 Artículo 395 LEC: "1. Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla, no procederá la imposición de costas salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en el demandado.

Se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera iniciado procedimiento de mediación o dirigido contra él solicitud de conciliación.

2. Si el allanamiento se produjere tras la contestación a la demanda, se aplicará el apartado 1 del artículo anterior" (imposición a quien vea rechazadas todas sus pretensiones).

31 Art. 4 LODR.

32 Aplicación del fuero legal imperativo en pleitos sobre derechos fundamentales del art. 52.1.6ª LEC.

33 Art. 437.2 LEC.

y el demandado puede contestar asimismo mediante impresos normalizados existentes en las sedes de los órganos jurisdiccionales³⁴.

Pero con las siguientes *especialidades*³⁵:

1º) A la demanda ha de acompañar el escrito de rectificación y la justificación de haberlo dirigido en plazo al Director del medio.

2º) El juez puede de oficio no admitir a trámite la demanda si estima la rectificación “manifiestamente improcedente” (porque es inverosímil la información o porque no puede causar perjuicio)³⁶.

3º) El juez puede reclamar de oficio que el demandado presente la información enjuiciada.

4º) En el caso de que el medio demandado sea público no es necesario la reclamación administrativa previa (el escrito de rectificación desempeña este papel).

5º) El juicio se celebra en los 7 días siguientes a la admisión de la demanda. Pero si los hechos divulgados que se consideran perjudiciales afectan a candidatos y dirigentes políticos en campaña electoral, el juicio ha de celebrarse en el cuarto día³⁷. Sólo se admiten las pruebas pertinentes que puedan practicarse en el acto.

6º) La sentencia se dicta el mismo día del juicio o al día siguiente. Se limita a denegar o a ordenar la difusión de la rectificación, cumpliendo las mismas exigencias vistas en relación con el escrito de rectificación: íntegramente y sin apostillas, de tal modo que de no hacerlo así se entiende no cumplida la sentencia³⁸.

34 Art. 438.I, II LEC.

35 Arts. 5 y 6 LODR.

36 “Los órganos judiciales competentes para conocer de las demandas de rectificación no se limitan a dar curso automáticamente de la pretensión formulada por el aludido, sino que ejercen una función de control jurídico de los requisitos legales de la rectificación instada. (...) Lo cual permite al órgano jurisdiccional denegar la rectificación de una información que, en el momento en que se solicita, resulte o bien totalmente inverosímil, o bien a todas luces cierta y evidente, o bien se trate de una información inocua, que en modo alguno pueda causar perjuicio al demandante. La decisión judicial, pese a la sumariedad del proceso, ha de derivar de la previa indagación y control de los presupuestos de derecho, formales y sustantivos, y acompañarse de la explicitación de las razones que motivan la estimación o en su caso la desestimación de la demanda (jurisprudencia constitucional citada en la Sentencia N° 184/2013 de la AP Madrid, Sección 13ª, de 6 de mayo de 2013, ROJ: SAP M 8574/2013).

37 Art. 68-b) LOREG.

38 “Si el periódico publica mucho tiempo después... el texto de la rectificación, pero omite la expresión Comunidad, que hace referencia directa y exacta a la entidad que ejercita ese derecho de rectificación, es evidente que no ha cumplido en su integridad la exigencia impuesta en la sentencia.” (Auto de la AP de Madrid, Sección Civil n° 21 BIS, de 14 de junio de 2012, ROJ:AAP M 8518/2012).

7. Recursos.

Contra la sentencia cabe recurso de apelación en un solo efecto, a presentar en los 5 días siguientes. Contra la que resuelva la apelación cabrá casación si hay interés casacional³⁹, así como recurso extraordinario por infracción procesal⁴⁰.

Estimada una demanda de rectificación en primera instancia, su revocación por el tribunal de apelación tendrá el efecto de facultar al director o medio de comunicación, ahora absueltos, a publicar la sentencia revocatoria en el mismo medio y con relevancia semejante, a costa del demandante inicial⁴¹, si es que fue ejecutada la sentencia de instancia.

8. Ejecución.

¿Qué ocurre si el condenado a rectificar no cumple la sentencia en el plazo en ella fijado?

Se trata de una obligación personalísima, el ejecutante no puede optar por un equivalente pecuniario, por el carácter no fungible de la prestación, sino que lo que puede pedir es que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo (art. 709.I LEC), o apercibimiento al demandado de que de no proceder al cumplimiento de la sentencia en el plazo fijado se procederá sin más al secuestro de los ejemplares correspondientes al quinto día y al espacio geográfico pertinente o del siguiente número, o la suspensión del programa (radiofónico o televisivo) en el espacio horario y geográfico que se estime en la sentencia⁴².

Y en caso de apremio por multas mensuales, de acuerdo con el art. 709.3, éstas se reiteran por el Letrado de la Administración de Justicia trimestralmente hasta

39 "Que las sentencias dictadas en segunda instancia en los procedimientos relativos al derecho de rectificación no tengan acceso a la casación por el cauce ordinal 1º del art. 477.2 LEC se debe a que dicho derecho no tiene el carácter de fundamental, pero ello no significa que tengan cerrada la vía de acceso al recurso en todo caso. Al contrario, (...) al tratarse de un proceso tramitado por razón de la materia litigiosa, la sentencia que le ponga término será recurrible en casación siempre que la resolución del recurso presente interés casacional, (...) en el bien entendido que este cauce de casación es exclusivo y excluyente de cualquier otro" (Auto de la Sala Primera del TS, Sección 1ª, de 8 de noviembre de 2011, ROJ:ATS 10933/2011).

Art. 477.3 LEC: 3. Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo o resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales o aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

40 Tratándose de una resolución dictada en un juicio verbal por razón de la materia, como ocurre con el ejercicio del derecho de rectificación, el recurso por infracción procesal únicamente cabe conjuntamente con el recurso de casación por la vía del ordinal 3º del art. 477.2 LEC, es decir mediante la acreditación de "interés casacional" (Auto de la Sala 1ª del TS, Sección 1ª, de 3 de septiembre de 2013, ROJ:ATS 7691/2013).

41 PARDO MUÑOZ, FJ.: "El derecho de rectificación como garantía frente a extralimitaciones en el derecho de información", cit., p. 287.

42 En este sentido vid. PARDO MUÑOZ, FJ.: "El derecho de rectificación como garantía frente a extralimitaciones en el derecho de información", cit., pp. 27 a 281.

su cumplimiento o hasta que se cumpla 1 año desde el primero. Transcurrido ese tiempo, la ejecución continúa para la adopción de cualquier medida idónea para la satisfacción del ejecutante, a petición de éste y oído el ejecutado. Entre estas medidas podría estar por ejemplo la difusión y publicación de la sentencia a costa del ejecutado en otro medio de comunicación con una audiencia o difusión semejante a la que tiene el ejecutado⁴³. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que en su caso haya podido incurrir el medio de comunicación.

43 CUCARELLA GALIANA, L.A.: *Rectificación, Tribunales y Medios de Comunicación*, cit., p. 232-233.

IV. BIBLIOGRAFÍA.

CUCARELLA GALIANA, L.A.: *Rectificación, Tribunales y Medios de Comunicación*, Madrid, La Ley, 2008.

GARCÍA PEREZ, C.L.: "La responsabilidad civil de los medios de comunicación por vulneración del derecho al honor", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 1, marzo 2015.

PARDO MUÑOZ, F.J.: "El derecho de rectificación como garantía frente a extralimitaciones en el derecho de información", *Cuadernos de derecho judicial*, (Ejemplar dedicado a: Justicia y medios de comunicación), nº 16, 2006, pp. 245 a 288.

PUJOL, F. Y GALLEMÍ, E.: *Informe sobre El impacto de la irresponsable gestión de las autoridades alemanas en la crisis de E. Coli: cómo acabar con los inocentes pepinos españoles*. Media Reputation Intangibles, 2011, web: www.unav.edu/centro/intangibles.

VIDAL FERNÁNDEZ, B.: *Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, Tecnos, 2015.

COMENTARIOS
LEGALES



EL LITISCONSORCIO EN EL PROCESO CIVIL DE
CONOCIMIENTO TRAS EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL
CIVIL BOLIVIANO

*THE INITIAL PLURALITY OF PARTIES IN CIVIL DECLARATIVE
PROCEEDINGS SINCE THE ADOPTION OF THE NEW CIVIL
PROCEDURE CODE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 280-317



Diana
MARCOS
FRANCISCO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto estudiar y analizar el fenómeno procesal del litisconsorcio en el proceso civil de cognición o conocimiento boliviano a la luz de sus normas reguladoras y, especialmente, a la luz del nuevo Código Procesal Civil, aprobado por la Ley núm. 439 de 19/11/2013.

PALABRAS CLAVE: Litisconsorcio, proceso civil de conocimiento.

ABSTRACT: This article explains and analyses the main changes concerning the initial plurality of parties in civil proceedings introduced and established by the new Civil Procedure Code (Law number 439, of 19th November).

KEY WORDS: Initial multiple claimants/defendants, civil declarative procedure.

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. 1. Delimitación del objeto de estudio. 2. El principio de dualidad de posiciones procesales. 3. La pluralidad de partes: su carácter originario y sobrevenido. II. CONCEPTO. III. CLASES. 1. Litisconsorcio necesario. A) Concepto. B) Fundamento. C) Regulación. D) El proceso litisconsorcial: efectos del litisconsorcio necesario sobre el proceso y tratamiento procesal. 2. Litisconsorcio cuasi-necesario: concepto y regulación. 3. Litisconsorcio voluntario o facultativo: concepto, fundamento y regulación.

I. INTRODUCCIÓN.

I. Delimitación del objeto de estudio.

El presente trabajo tiene por objeto estudiar y analizar el fenómeno procesal del litisconsorcio en el proceso civil boliviano de cognición o “de conocimiento” (así se denomina en el Título IV del Libro Segundo –sobre el “desarrollo de los procesos”- del Código Procesal Civil boliviano) a la luz de sus normas reguladoras y, especialmente, a la luz del nuevo Código Procesal Civil, aprobado por la Ley 439 de 19/11/2013. Aunque tal Código data de 2013 y en principio se preveía la plena entrada en vigor de dicho Código (en adelante, CPC) el 6 de febrero de 2014¹, tras las modificaciones operadas por dos leyes posteriores², la misma se pospuso para el 6 de febrero del presente año 2016. Se trata, por tanto, de una normativa de reciente vigencia y aplicación en su plenitud, además requerida de análisis y estudio.

1 Según la originaria redacción de la Disposición Transitoria Primera del CPC, “el presente Código entrará en vigencia plena el 6 de agosto del 2014 y será aplicable a los procesos presentados a partir de la fecha de referencia, salvo lo previsto en las disposiciones siguientes”.

2 Nos referimos exactamente al parágrafo IV de la Disposición Final Tercera del Código Niña, Niño y Adolescente aprobado por Ley 548 de 17/07/2014, y al parágrafo I del artículo 2 de la Ley 719 de 06/08/2015, Ley Modificatoria de Vigencias Plenas.

• Diana Marcos Francisco

Licenciada (premio extraordinario) y doctora en Derecho (premio extraordinario) por la Universitat de València. Es autora de 4 monografías (entre ellas, de un libro en Bolivia, sobre las partes en el proceso civil boliviano) y de numerosos capítulos de libro y artículos en revistas científicas de impacto, habiendo obtenido distintos reconocimientos y premios por su actividad investigadora, centrada en el área del Derecho Procesal así como en las Alternative Dispute Resolution. Fue profesora invitada de la Universidad Autónoma Gabriel René Moreno de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), impartiendo clases sobre Derecho Procesal Boliviano durante la 6ª edición del Máster en Derecho Civil y Procesal Civil, organizado por tal Universidad en cooperación con la Universitat de València (2010). Desde 2010 es profesora de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Valencia “San Vicente Mártir” y en la actualidad ocupa el puesto de Directora del Departamento de Derecho Público de dicha Facultad. Correo electrónico: diana.marcos@ucv.es.

De lo anterior se desprende que en el presente estudio se dejan de lado tanto el “proceso cautelar”³ (regulado en el Título II del Libro Segundo del CPC) como el “proceso de ejecución” (tratado en el Título V de igual Libro), tutelas (la cautelar y la ejecutiva) reconocidas –implícita y expresamente, respectivamente- en el art. 117.3⁴ de la vigente Constitución Española de 1978, así como en el art. 24.1⁵ de igual Carta Magna (STC 238/1992, de 17 de diciembre⁶), y que hay que conectar con el art. 115⁷ de la Constitución Política de la República de Bolivia, promulgada el 7 de febrero de 2009, y el art. 4⁸ CPC.

Recordemos que el anterior Código de Procedimiento Civil de 1976 dedicaba el Título II del Libro Primero, bajo la rúbrica “del proceso en general”, a la regulación “de las partes”. Centrándonos en los Capítulos integrantes del mencionado Título, el Capítulo I regulaba la “intervención y capacidad de las partes”; el Capítulo II, la “representación”; el Capítulo III, la “rebeldía”; el Capítulo IV, la “citación de evicción” y el Capítulo V, el “beneficio de gratuidad”⁹. Por lo que respecta al nuevo CPC, objeto esencial de estudio del presente trabajo, dedica el Título III del Libro Primero (sobre “disposiciones generales”) a regular “las partes”, reservando el Capítulo Primero a tratar unas “generalidades”; el Segundo, la “apoderada o apoderado judicial”; el Tercero, el “litisconsorcio”; el Cuarto, la “intervención de terceros”; y el Quinto, los “deberes y responsabilidades”.

Pues bien, frente a la escasa e inadecuada regulación del anterior y derogado Código de Procedimiento Civil de 1976 en sede de pluralidad de partes en el proceso cognitivo, el nuevo CPC ya regula expresamente los distintos supuestos de pluralidad de partes (litisconsorcio e intervención, en los indicados Capítulos Tercero y Cuarto del Libro III, respectivamente): mientras la regulación en sede

3 Sobre el mismo puede verse BARONA VILAR, S.: “El proceso cautelar en el nuevo Código Procesal Civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos”, *Revista Boliviana de Derecha*, 2015, núm. 19, pp. 16-69.

4 Conforme a esta norma “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

5 Según este precepto, “todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

6 STC 238/1992, de 17 de diciembre (RTC 1992, 238).

7 El tenor literal de este precepto es el siguiente:

“I. Toda persona será protegida oportuna y efectivamente por los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

II. El Estado garantiza el derecho al debido proceso, a la defensa y a una justicia plural, pronta, oportuna, gratuita, transparente y sin dilaciones”.

8 Dispone esta norma que “toda persona tiene derecho a un proceso judicial justo y equitativo, en el que sus derechos se acomoden a lo establecido a disposiciones jurídicas generales aplicables a los que se hallen en una situación similar; comprende el conjunto de requisitos que debe observar toda servidora o servidor judicial en las instancias procesales, conforme a la Constitución Política del Estado, los Tratados y Convenios Internacionales de Derechos Humanos y la Ley”.

9 Un estudio de todos estos Capítulos se realiza en nuestra obra *Las partes en el proceso civil boliviano. Análisis comparativo con el proceso civil español*, Ed. El País, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2010.

de litisconsorcio es analizada en el presente estudio, la regulación en materia de intervención la estudiamos en otra obra¹⁰.

Dada la importancia de realizar estudios de derecho comparado, esta obra hace referencia a toda una serie de semejanzas y diferencias -en sede de litisconsorcio- entre el proceso civil de conocimiento boliviano y el proceso civil declarativo -en terminología del Libro II de la vigente Ley española 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil- español, lo que en ocasiones sirve para colmar lagunas legales y efectuar propuestas *de lege ferenda*.

Asimismo, dada la importancia que en todo país presenta la jurisprudencia en la labor interpretativa de las normas jurídicas, el presente trabajo tiene en cuenta, como no podía ser de otra forma, tanto la jurisprudencia boliviana como la española.

Por último, interesa destacar que igualmente se ha considerado en la elaboración de este estudio, además de lo dispuesto en el abrogado Código de Procedimiento Civil de 1976, la regulación del Anteproyecto de Código del Proceso Civil boliviano de 1997, al que se hace referencia expresa en algunas ocasiones.

2. El principio de dualidad de posiciones procesales.

A modo de introducción, lo primero que hay que apuntar o de lo que hemos de partir es algo fundamental, a saber, el proceso es necesariamente un *actus trium personarum*, esto es, no cabe hablar de la existencia de un proceso sin la concurrencia de, al menos, dos partes enfrentadas frente a un tercero imparcial: el juez competente, que según el art. 3 de la ya derogada Ley de Organización Judicial (Ley Núm. 1455 de 18 de febrero de 1993) podía ser un Ministro de la Corte Suprema de Justicia¹¹, un vocal de las Cortes de Distrito, un juez de partido, de instrucción, de contravenciones y de mínima cuantía; y, según el art. 12 de la nueva Ley del Órgano Judicial (Ley Núm. 025 promulgada el 24 de junio de 2010 -en adelante, LOJ-), “una magistrada o magistrado, una o un vocal, una jueza o un juez, o autoridad indígena originaria campesina”¹².

10 Se trata de “La intervención de terceros en el proceso civil de conocimiento tras el nuevo Código Procesal Civil boliviano”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2016, núm. 19, edición electrónica: www.iustel.com.

11 Téngase en cuenta que este Alto Tribunal ha pasado a denominarse Tribunal Supremo de Justicia tras la Ley del Órgano Judicial.

12 Nótese que, según el art. 31 de la nueva LOJ, bajo la rúbrica de “ejercicio de la jurisdicción ordinaria”, “la jurisdicción ordinaria se ejerce a través de:

1. El Tribunal Supremo de Justicia, máximo tribunal de justicia de la jurisdicción ordinaria, que se extiende a todo el territorio del Estado Plurinacional, con sede de sus funciones en la ciudad de Sucre;
2. Los Tribunales Departamentales de Justicia, tribunales de segunda instancia, con jurisdicción que se extiende en todo el territorio del departamento y con sede en cada una de sus capitales; y
3. Tribunales de Sentencia y jueces con jurisdicción donde ejercen competencia en razón de territorio, naturaleza o materia”.

De ahí que uno de los principios comunes a todos los procesos¹³, junto al de contradicción o audiencia (art. 117.¹⁴ de la Constitución Política de la República de Bolivia) e igualdad (art. 119.¹⁵ de la Constitución Política Boliviana de 2009 y art. 30.13^{o16} LOJ), sea el de dualidad de posiciones, en virtud del cual para que pueda constituirse un verdadero proceso es necesaria la existencia o presencia de dos posiciones enfrentadas (en el proceso civil, demandante y demandado; en el penal, acusador y acusado) o, lo que es lo mismo, de al menos dos partes situadas en posiciones contrapuestas (decimos “al menos” porque en un mismo proceso pueden existir, como veremos, más de dos partes, como por ejemplo ocurriría cuando un socio pretende que se declare la nulidad del acto de constitución de la sociedad, ya que en tal caso ha de demandar a todos y cada uno de los otros socios, siendo cada uno de ellos una parte demandada y pudiendo actuar con su propia defensa).

En este sentido, el art. 50 del anterior CPC (“intervención esencial”), disponía que “las personas que intervienen en el proceso son esencialmente el demandante, el demandado y el juez”. De lo dispuesto en este precepto se desprendía, pues, que en todo proceso civil, como se ha comentado, necesariamente han de existir la/s parte/s demandante/s y la/s parte/s demandada/s y el órgano jurisdiccional¹⁷. El nuevo CPC no contempla un precepto similar; probablemente por considerarse una verdad que, por notoriamente sabida, es necedad o simpleza el decirlo.

3. La pluralidad de partes: su carácter originario y sobrevenido.

Ya sabemos que para que exista un proceso es necesario que existan dos posiciones (una activa y otra pasiva) frente a un tercero imparcial. En cada una de las posiciones puede haber una sola parte (es decir, una sola persona) o puede haber

13 Sobre el particular vid. MONTERO AROCA, J.: “Lección 13^a”, en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L. y BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 23^a Ed., 2015, pp. 247 y ss.

14 Reza este artículo 117 lo siguiente:
“I. Ninguna persona puede ser condenada sin haber sido oída y juzgada previamente en un debido proceso. Nadie sufrirá sanción penal que no haya sido impuesta por autoridad judicial competente en sentencia ejecutoriada.
II. Nadie será procesado ni condenado más de una vez por el mismo hecho. La rehabilitación en sus derechos restringidos será inmediata al cumplimiento de su condena.
III. No se impondrá sanción privativa de libertad por deudas u obligaciones patrimoniales, excepto en los casos establecidos por la ley”.

15 Postula este artículo 119:
“I. Las partes en conflicto gozarán de igualdad de oportunidades para ejercer durante el proceso las facultades y los derechos que les asistan, sea por la vía ordinaria o por la indígena originaria campesina.
II. Toda persona tiene derecho inviolable a la defensa. El Estado proporcionará a las personas denunciadas o imputadas una defensora o un defensor gratuito, en los casos en que éstas no cuenten con los recursos económicos necesarios”.

16 Entre los principios en que se sustenta la jurisdicción ordinaria, el mencionado precepto recoge (punto 13^o) el de “igualdad de las partes ante el juez. Propicia que las partes en un proceso, gocen del ejercicio de sus derechos y garantías procesales, sin discriminación o privilegio de una con relación a la otra”.

17 Fijese la incorrección técnica en que había incurrido el legislador al incluir este precepto dentro del Título II relativo a “las partes”: está claro que el juez no es parte. De ahí que en el nuevo CPC el precepto que da comienzo al Título regulador de las partes (art. 27) pergeñe que “son partes esenciales en el proceso la o el demandante, la o el demandado y terceros en los casos previstos por la Ley”.

varias partes (varias personas), pues pueden existir varias personas legitimadas para intervenir en tal proceso. Pues bien, cuando en la posición activa o pasiva exista más de una parte nos encontraremos ante un supuesto de pluralidad de partes. Fíjese que nos estamos refiriendo al supuesto en que hay una pluralidad de partes en un mismo o único proceso, en el que se sustancia una única pretensión (y, por tanto, habrá una única sentencia que afectará directamente a todas las partes).

Esa pluralidad de partes puede ser: inicial o sobrevenida. Es inicial cuando desde el primer momento, desde que se presenta la demanda, la misma se presenta o se ha de presentar por varias personas conjuntamente o frente a varias personas. Es sobrevenida cuando inicialmente había sólo una parte demandante y una demandada y posteriormente se produce esa pluralidad.

La pluralidad de partes inicial es el supuesto del litisconsorcio, objeto de estudio en la presente obra; mientras que, si es sobrevenida, se trata de los supuestos de intervención¹⁸. Seguidamente analizaremos el concepto de litisconsorcio, las clases que existen (a saber; necesario, cuasi-necesario y voluntario), así como su régimen jurídico.

II. CONCEPTO.

Ya sabemos que el litisconsorcio es el supuesto de pluralidad de partes inicial en el proceso civil. El término litisconsorcio proviene del latín, de la conjunción de los términos “*lis, litis*” (litigio) y “*consortio, consortionis*” (de *cum* y *sors*, que significa comunidad de suerte). No obstante, este concepto general y etimológico de “comunidad de suerte en el litigio”, es susceptible de concretarse y especificarse dependiendo del tipo de litisconsorcio ante el que nos encontremos. Veamos, pues, las tres clases que existen, aunque ya adelantamos que el litisconsorcio voluntario no es un auténtico litisconsorcio por los motivos que luego se expondrán.

III. CLASES.

I. Litisconsorcio necesario.

A) Concepto.

Nos encontramos ante un litisconsorcio necesario cuando la ley concede legitimación pasiva y/o pasiva a varias personas conjuntamente y todas ellas deben ser parte en el proceso *ab initio*. Es decir, que la ley exige que demanden varias

¹⁸ Como ya quedó dicho, al respecto puede verse nuestra obra “La intervención de terceros en el proceso civil de conocimiento tras el nuevo Código Procesal Civil boliviano”, *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2016, núm. 19, edición electrónica: www.iustel.com.

personas conjuntamente (litisconsorcio necesario activo) y/o sean demandadas varias personas conjuntamente (litisconsorcio necesario pasivo), de forma que en este último supuesto no podemos demandar a una sola persona sino que tenemos que demandar a varias conjuntamente.

En términos del Tribunal Supremo de Justicia “el litisconsorcio necesario sea activo o pasivo, importa el interés de dos o más personas respecto a una pretensión común que obliga su participación en el proceso. Cuando existe una pluralidad de sujetos que consideran tener igual derecho para peticionar, nos encontramos frente a un litisconsorcio activo, si por el contrario son varios los concernidos con la acción que se intenta, se trata de litisconsorcio pasivo y si estamos frente a una pluralidad de demandantes y demandados hablamos de un litisconsorcio mixto” (Auto Supremo 57/2012, de 20 de marzo¹⁹).

B) Fundamento.

- En unos casos (en los menos) este litisconsorcio necesario puede venir establecido por la ley, en una norma de forma expresa²⁰.

Centrándonos en Bolivia, cabe citar a modo de ejemplo el art. 189 del Código de Familia boliviano, promulgado el 23 de agosto de 1972²¹, que dentro de la Sección III del Capítulo I (“de los hijos de padre y madre casados entre sí”) del Título II (“del establecimiento de la filiación”) del Libro I (“de la filiación”), que regula las acciones de filiación, como son las de negación y desconocimiento de la paternidad, establece que se ha de demandar necesariamente al hijo y a la madre²². Dispone dicho art. 189, sobre la “proposición de demanda”, que “la acción se propone contra el hijo y contra la madre en todos los casos, pudiendo nombrarse curador, al primero en caso necesario”.

○ también, a modo de ejemplo, si estamos al anterior CPC de 1976, cabe citar el supuesto contemplado en el art. 679, a saber: cuando uno o varios herederos soliciten al juez la división de la herencia, todos los herederos deberán ser parte en el proceso (so pena de nulidad de las actuaciones), es decir, litisconsortes, “máxime si éstos son legales que ingresan con vocación legítima hágase o no testamento como

19 Puede verse también, entre otros, el Auto Supremo 441/2013, de 28 de agosto.

20 Vid. MONTERO AROCA, J.: “Lección 3ª”, en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 23ª Ed., 2015, pp. 90 y 91.

21 Dicho Código de Familia (Decreto Ley Núm. 10426) fue elevado a rango de Ley de la República por la Ley Núm. 996 de 4 de abril de 1988).

22 De forma similar, el art. 766 LEC dispone: “En los procesos a que se refiere este capítulo (es decir, sobre filiación, paternidad y maternidad) serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en ésta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne ésta. Si cualquiera de ellos hubiere fallecido, serán parte demandada sus herederos”.

ocurre con los hijos que concurren a la sucesión de sus progenitores por derecho propio" (Auto de la Corte Suprema de Justicia de 19 de mayo de 2000)²³.

En España, por ejemplo, si bien es cierto que en sede del proceso ejecutivo (y no declarativo), se prevé para el supuesto de la tercería de dominio en el art. 600 de la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (sucesivamente, LEC): en este caso la ley exige que se demande a dos personas necesariamente (ejecutante y ejecutado) cuando el bien sobre el que recaiga la ejecución haya sido designado por el propio ejecutado (aunque el CPC no contemple expresamente este litisconsorcio necesario pasivo en las tercerías de dominio excluyente, debiendo el tercero demandar a ejecutante y ejecutado, dicha solución es la que se ha venido entendiendo en el Derecho boliviano, solución que podía acogerse ex art. 364 del anterior CPC²⁴ y ahora con base en el art. 360.I del actual CPC); o para el caso de las obligaciones indivisibles²⁵ (por ejemplo, la de entregar un caballo, una casa o un retrato) del art. 1139 del Código Civil español (en lo sucesivo, CCE), aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889, cuando la deuda sólo puede hacerse efectiva procediendo contra todos los deudores.

Dice el mencionado art. 600, sobre "legitimación pasiva. Litisconsorcio voluntario²⁶. Intervención del ejecutado no demandado", que "la demanda de tercería se interpondrá frente al acreedor ejecutante y también frente al ejecutado cuando el bien al que se refiera haya sido por él designado.

Aunque no se haya dirigido la demanda de tercería frente al ejecutado, podrá éste intervenir en el procedimiento con los mismos derechos procesales que las partes de la tercería, a cuyo fin se le notificará en todo caso la admisión a trámite de la demanda para que pueda tener la intervención que a su derecho convenga".

23 Decía este art. 679, sobre "totalidad de herederos": "Toda división de herencia deberá comprender a la totalidad de los herederos, bajo pena de nulidad".

24 PARADA MENDÍA, A.: *El tercero en el proceso civil*, El País, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2009, pp. 225 y 226. Pero, como el citado autor añade, la solución más acorde con la finalidad de la tercería de dominio (la solicitud del levantamiento del embargo) parece ser que la tercería sólo se dirija contra el ejecutado si éste indicó que el bien embargado era suyo, tal y como establece la actual LEC (no así la LEC de 1881, similar a la solución boliviana), y sólo cuando el ejecutado haya indicado que el bien embargado era suyo tendría sentido que se despache la ejecución también contra él.

25 Conforme al artículo 1151 del CC español, "se reputarán indivisibles las obligaciones de dar cuerpos ciertos y todas aquellas que no sean susceptibles de cumplimiento parcial.

Las obligaciones de hacer serán divisibles cuando tengan por objeto la prestación de un número de días de trabajo, la ejecución de obras por unidades métricas, u otras cosas análogas que por su naturaleza sean susceptibles de cumplimiento parcial.

En las obligaciones de no hacer, la divisibilidad o indivisibilidad se decidirá por el carácter de la prestación en cada caso particular".

El pago de una cantidad de dinero es una prestación típicamente divisible; puede realizarse parcialmente, sea por una o por muchas personas. Por el contrario, la entrega de una cosa o la ejecución de un hecho que, por su propia naturaleza o por el modo que ha sido considerado por las partes, no admite un cumplimiento por partes, es una prestación que da carácter indivisible a la obligación. Si yo me comprometo a entregar un caballo, deberé hacerlo entero y de una sola vez.

26 A pesar de la terminología legal no se trata de un litisconsorcio voluntario.

Por su parte, el citado art. 1139 reza que “si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos, y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta”.

- En otros casos (serán los casos normales de litisconsorcio necesario), éste viene determinado por la naturaleza de la relación jurídico-material deducida en el proceso.

En relación con las obligaciones indivisibles no dice expresamente el Código Civil boliviano (Decreto Ley Núm. 12760, promulgado el 6 de agosto de 1975) que exista litisconsorcio pasivo necesario, pero se deduce de lo dispuesto en sus arts. 429 y 431. El primero, que regula las obligaciones divisibles, nos dice que en estas obligaciones los acreedores sólo podrán exigir a cada deudor su parte²⁷; mientras que, si, al definir las obligaciones indivisibles (art. 431²⁸), nos dice que por esencia no pueden cumplirse de forma fraccionada o dividida, no podemos sino concluir que el acreedor sólo podrá hacerla efectiva dirigiéndose contra todos los deudores. En definitiva, por pura definición, por la propia naturaleza de este tipo de relaciones jurídicas, todos los deudores deberán ser demandados conjuntamente.

Asimismo, en el supuesto de que un tercero pretenda la nulidad de un matrimonio (art. 74²⁹ del CCE; art. 83³⁰ del Código de Familia boliviano), tendrá que presentar la demanda de nulidad frente a ambos cónyuges; si se pretende la nulidad de un negocio jurídico (pensemos en un contrato de sociedad o un testamento), hay que demandar a todas las partes (en nuestro ejemplo, los socios o herederos); y, si el litigio versa sobre un bien propiedad de varias personas (los cotitulares), todos ellos han de ser demandados.

Ha declarado incorrectamente -a nuestro juicio- la Corte Suprema de Justicia (vid. Auto de 14 de abril de 2000) que no cabe alegar litisconsorcio pasivo necesario y proceder a su integración por el juez (ni durante el proceso en primera instancia ni en fase de recurso) en el caso de que quien considere ser propietario de un bien dirija su demanda de nulidad del contrato de compraventa de dicho bien sólo

27 Postula literalmente el art. 429. I que “en las obligaciones mancomunadas con prestación divisible, cada uno de los acreedores no puede pedir la satisfacción del crédito más que por la parte y porción que le corresponde, y cada uno de los deudores no está reatado a pagar la deuda más que por su parte y porción respectiva”.

28 Conforme al art. 431, que trata la “obligación indivisible”, “la obligación mancomunada es indivisible cuando no puede cumplirse por fracciones sea por razón de su naturaleza o sea por voluntad de las partes”.

29 Conforme al artículo 74, “la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella salvo lo dispuesto en los artículos siguientes”.

30 De acuerdo con el art. 83, sobre la “acción de anulabilidad absoluta”, “la acción para anular el matrimonio, en los casos expresados, es imprescriptible, cuando no se la sujeta a un término de caducidad o el vicio se subsana por sobrevenir alguna circunstancia de hecho. La anulación puede ser demandada por los mismos cónyuges, por sus padres o ascendientes y por todos los que tengan un interés legítimo y actual, así como por el ministerio público”.

contra los compradores y no contra el vendedor; "pues la naturaleza de la acción sobre un derecho real como es el de dominio o propiedad persigue al bien en manos de quien lo detente, máxime si para estos casos los compradores tienen a su cargo la garantía de evicción"³¹, siendo suficiente accionar contra los compradores. Parece olvidar el Auto que la acción ejercitada es la de nulidad del contrato de compraventa y que la propia naturaleza de esta relación jurídica (personal, que no real) exige demandar a todos quienes fueron parte en el negocio jurídico.

Efectivamente, como bien han apuntado resoluciones como el ACSJ núm. 245 de 27 de octubre de 2008, al pretender el tercero a la relación jurídica de compraventa tal nulidad, estaríamos ante un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario (puesto que el vendedor "es parte en la relación material originada en el contrato de compraventa cuya nulidad se pretende") y, como tal, debe ser integrado de oficio por el juez, es decir, que éste debe de oficio mandar al demandante ampliar la demanda y dirigirla también contra el vendedor, estimando que "el actuar del tribunal *ad quem* al haber dispuesto la integración a la *litis* del vendedor Freddy Alberto Jiménez, es correcto por cuanto se ha ceñido estrictamente a lo que dispone el precitado art. 194 del adjetivo civil, toda vez que si la demanda pretende la nulidad de la venta, correspondía que el juez a quo mande integrar a la *litis* a dicho vendedor que figura como tal en el documento de transferencia cuya nulidad se demanda".

C) Regulación.

El litisconsorcio necesario no venía regulado expresamente en el anterior CPC, limitándose éste a regular en su art. 67 el litisconsorcio voluntario (aunque lo cierto es que parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia -vid., por ejemplo, el Auto de 19 de mayo de 2000- se apoyaba en dicho precepto para reconocerlo). Ahora bien, ello no obstaba para que, como es lógico, partiendo del aludido fundamento del litisconsorcio necesario (fundamentalmente la existencia de una relación jurídica plurisubjetiva e inescindible), tal litisconsorcio necesario (tanto activo como pasivo) haya sido reconocido y admitido por la propia jurisprudencia (y,

31 Reza previamente este Auto: "De la revisión de antecedentes que informan esta causa, se desprende que ella busca la nulidad de una transferencia de inmueble en las porciones que la parte actora señala, dirigiendo la demanda en contra de los beneficiarios de dicha venta. Esta es una acción real que persigue recuperar el dominio sobre un inmueble, por lo que, al haberse accionado en contra de los compradores, éstos tienen a su cargo la excepción de evicción en contra del vendedor para provocar, en su caso, la sustitución procesal, tal como enseña el art. 336-5) en concordancia con los arts. 75, 76, 77 y 78 del Cód. Pdto. Civ. En la especie no se ha excepcionado de esta forma prevista en el ordenamiento procesal, por lo que el litis consorcio se estableció plenamente entre la parte actora, la demandada y el juez dentro de los márgenes del art. 50 del mismo Adjetivo, por manera que la sentencia subjetivamente hablando alcanzará a quienes estuvieron en la contienda y a aquellos que resulten sus causahabientes tal como prescribe el art. 194 del mentado Pdto., sin que esté justificada, en el sub-lite, la necesidad de establecer un litisconsorcio necesario, por cuanto la naturaleza del contrato, cuya nulidad se pretende no lo permite ni exige obrar del modo como previene el auto de segundo grado".

como decimos, también apoyándose en el art. 67, aunque no parezca muy oportuno, y en el art. 194³² del derogado CPC).

Como ha aclarado la jurisprudencia, "existe litisconsorcio cuando varias personas tienen el mismo interés en la pretensión única o en la excepción, de modo que su participación se hace necesaria o simplemente facultativa, de ahí las dos modalidades de litisconsorcio. El litisconsorcio necesario precisa que todos los sujetos del derecho o del deber estén presentes en el litigio, para que la sentencia los afecte a todos y sea útil y eficaz. Por ello todos deben ser citados o todos deben accionar. Si no lo hacen, en razón del título, del objeto o de la naturaleza misma de la relación jurídica, el juez debe disponer la integración activa o pasiva de los litisconsortes, de oficio o a instancia de parte" (Auto de la Corte Suprema de Justicia -Sala Civil- de 15 de abril de 1999).

Asimismo, según resoluciones de la Corte Suprema de Justicia de Bolivia como el Auto núm. 293 de 14 de junio de 2007, "de lo expuesto, se infiere que la demanda de resolución de contrato de fs. 13 a 16, ha sido interpuesta únicamente por uno solo de los vendedores y no por la totalidad de éstos, lo que significa que la sentencia que recaiga sobre la demanda interpuesta, afectará indudablemente a los otros vendedores, de ahí que correspondía al juez a quo integrar a la litis a todos los concernidos en caso de una sentencia estimatoria.

En ese orden, el art. 194 del Código de Procedimiento Civil, a tiempo de establecer los 'alcances de la sentencia', prevé que 'Las disposiciones de la sentencia sólo comprenderán a las partes que intervinieren en el proceso y a las que trajeren o derivaren sus derechos de aquellas'³³.

32 Este precepto disponía que "las disposiciones de la sentencia sólo comprenderán a las partes que intervinieren en el proceso y a las que trajeren o derivaren sus derechos de aquellas". En el nuevo CPC el precepto homólogo es el art. 229, que acoge lo dispuesto en el anterior art. 194 en sus dos primeros apartados. Así, pergeña lo siguiente el art. 229, que trata el "alcance de la sentencia":

"I. La cosa juzgada alcanza a las partes y a sus sucesores a título universal.

II. También alcanza los efectos de la sentencia a las personas que trajeren o derivaren sus derechos de aquellas. En ningún caso afectará a terceros adquirentes de buena fe a título oneroso de bienes o derechos y que tengan título inscrito en el registro público correspondiente.

III. Alcanza igualmente a los socios, comuneros o codeudores solidarios e indivisibles conforme a las reglas del Código Civil y a los titulares de derechos sobre la cosa ajena; a estos últimos, cuando se controvierte un desmembramiento que no es el propio respecto del mismo bien".

33 Continúa el Auto diciendo: "CONSIDERANDO: Que, el litisconsorcio sea activo o pasivo, importa el interés de dos o más personas respecto a una pretensión común que obliga su participación en el proceso. Cuando existe una pluralidad de sujetos que consideran tener igual derecho para peticionar, nos encontramos frente a un litisconsorcio activo, si por el contrario son varios los concernidos con la acción que se intenta, se trata de litisconsorcio pasivo y si estamos frente a una pluralidad de demandantes y demandados hablamos de un litisconsorcio mixto.

Que, la integración a la litis se impone a los efectos del precitado art. 194 del Código de Procedimiento Civil, en aplicación de esta norma legal, y tal como se tiene relacionado, correspondía que el juez a quo mande integrar a la litis a los demás vendedores, que figuran como tal en la escritura pública cuya resolución se demanda.

POR TANTO: La Sala Civil de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, ANULA obrados, hasta fs. 16 vta., es decir, hasta que el juez a quo integre a la litis a todos los concernidos en la escritura pública N° 1817/97 de 11 diciembre de 1997. Sin responsabilidad por ser excusable".

De ambas resoluciones se desprende que estamos ante supuestos en que varias personas intervienen en la relación jurídica de la que deriva la controversia y, en tal sentido, todos ellos están interesados en intervenir en dicho proceso como partes, sea demandantes o demandados, pues lo que se resuelva en él les afectará directamente y por igual.

Pues bien, frente al aludido silencio del anterior CPC, el nuevo CPC ha regulado expresamente el litisconsorcio (en el Capítulo Tercero del Título III del Libro Primero), tanto facultativo (art. 47) como necesario (art. 48), precisando el art. 49 las “facultades de la autoridad judicial”.

El tenor del art. 48 es el siguiente:

“I. Cuando por la naturaleza de la relación jurídica substancial, objeto del proceso, no pudiere pronunciarse sentencia, sin la concurrencia o el emplazamiento de todos los interesados, según se trate del litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, todos los litisconsortes activos deberán comparecer y todos los pasivos deberán ser emplazados en forma legal.

II. Los recursos y actuaciones procesales de uno de los litisconsortes favorecerán a los otros. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si fueren consentidos por todos los litisconsortes”.

Como se ve, el legislador boliviano ha dado cabida tanto al litisconsorcio necesario activo como pasivo en el proceso de cognición o conocimiento (declarativo), acogiendo casi literalmente³⁴ la regulación del art. 57 del Anteproyecto de Código del proceso civil boliviano de 1997. Tal precepto, sobre “litisconsorcio necesario”, regulaba expresamente el litisconsorcio necesario, tanto activo como pasivo, en los siguientes términos: “Cuando por la naturaleza de la relación jurídica sustancial, objeto del proceso, no pudiere pronunciarse sentencia útilmente sin la concurrencia o el emplazamiento de todos los interesados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, todos aquéllos deberán comparecer y todos éstos deberán ser emplazados en forma legal”.

En España el litisconsorcio necesario viene regulado en el art. 12.2 de la vigente LEC, aunque la ley española sólo prevé el supuesto del litisconsorcio pasivo necesario, esto es, la exigencia de que varias personas tengan que ser demandadas. A tenor del art. 12.2, “cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa”.

34 El tenor literal es idéntico, excepto el adverbio “útilmente” no recogido en el art. 48 CPC.

Como puede observarse, el art. 12.2 no prevé el supuesto del litisconsorcio activo necesario, no porque se trate de una situación inverosímil (sí que se podría dar y, de hecho, sabemos se prevé en ordenamientos jurídicos como el boliviano), sino porque el legislador español, acogiendo jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo incluso bajo la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria, parte de conceder libertad a los distintos acreedores para ejercitar su derecho³⁵. Es decir, no existe ningún supuesto en la ley en el que el legislador exija que todos los titulares del derecho demanden conjuntamente (basta con que demande uno de ellos en nombre y beneficio del resto), sino que deja libertad a los distintos titulares para ejercitar su derecho, y sólo respecto de los titulares de la obligación se exige en determinados supuestos que sean demandados conjuntamente (aunque la jurisprudencia haya negado el carácter o alcance absoluto de este presupuesto procesal -el litisconsorcio pasivo necesario-³⁶).

35 Como indica la SAP de Pontevedra (Sección 1ª) 11/2006, de 12 de enero, "no existe en nuestro Derecho la figura del litisconsorcio activo necesario sencillamente porque no se puede "compeler" a alguien a demandar y mucho menos hacer recaer sobre ése sujeto las consecuencias de un pleito no deseado. Expresamente el T S ha dicho que la figura del litisconsorcio activo no puede equipararse a la del litisconsorcio pasivo por cuanto, si bien nadie puede ser condenado sin ser oído, nadie puede tampoco ser obligado a litigar ni aislada ni conjuntamente con otros ya que no hay ninguna norma de derecho que imponga a los acreedores, cuando son varios, ponerse de acuerdo para litigar contra el deudor (STS 3 junio 1993, 24 septiembre 2002) y así también expone la STS 11 de Mayo de 2000 que "la jurisprudencia tiende mayoritariamente a rechazarla bajo el argumento de que los supuestos de litisconsorcio activo necesario no son tales sino casos en que lo decisivo es si los demandantes tenían o no legitimación *ad causam* para reclamar (SSTS. 4.Jul.1994, 13.Jul.1995, 14.Jul.1997, 7.May.1999 y 14.Feb.2000)". Continúa dicha resolución declarando que "entendida la legitimación activa como coherencia entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden, como cuestión de derecho que, aunque afecta a los argumentos jurídicos de fondo, puede determinarse con carácter previo a la resolución del mismo, únicamente obliga a establecer si, efectivamente, guarda coherencia la posición subjetiva que se invoca en relación con las peticiones que se deducen (S.T.S. 31.Mar.1997)". Es más en esta línea el tratamiento que la jurisprudencia aplica se sigue la conclusión a que alude la S.T.S. especialmente la de 20 de junio de 1.994 (o la de 10 de noviembre de 1992, la de 1 de mayo de 1999), que en su fundamento de derecho segundo afirmaba: "Pero a este efecto, como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni solo, ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto de la demanda, no puede ejercitarse sino en forma conjunta o mancomunada con otro sujeto, se traducirá en una falta de legitimación activa, que como tal carecería de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación de la inexistente, legal y jurisprudencial, excepción de litisconsorcio activo necesario" (FD 3º). Por tanto, como se desprende de esto último, y reitera el FD 4º de igual Sentencia, "no cabe plantear un defecto litisconsorcial activo necesario", ya que éste "solo "opera" a los efectos de desestimación de la demanda como falta de legitimación activa en aquellos supuestos en que por la relación de los demandantes con la cosa (derechos reales) es preciso que todas litiguen o que uno lo haga en nombre de los demás". También puede verse la STS (Sala de lo Civil) núm. 1002/1993 de 2 de noviembre (RJ 1993, 8564), según la que un solo comunero puede ejercitar acciones en defensa de la comunidad.

36 Según, por ejemplo, la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) núm. 773/2008, de 23 julio (RJ 2008, 4618), "la figura del litisconsorcio pasivo necesario, de creación jurisprudencial, y actualmente incorporada al artículo 12.2 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, se ha definido como la exigencia de traer al proceso a todos los interesados en la relación jurídica litigiosa, con el fin de evitar, por un lado, que puedan ser afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos y vencidos en el juicio, y de impedir, por otro, la posibilidad de sentencias contradictorias (SSTS 8 de marzo [R] 2006, 5701] y 18 de mayo de 2006 [R] 2006, 4724], entre otras). La doctrina jurisprudencial, recogida, entre otras, en la Sentencia de esta Sala de 24 de marzo de 2003 (RJ 2003, 2921), establece que "la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario exige llamar al juicio a todas las personas que, en virtud de disposición legal o por razón de la inescindibilidad de la relación jurídica material, puedan estar interesadas directamente o puedan resultar afectadas en la misma medida por la solución que se dicte en el proceso, por lo que se trata de una exigencia de naturaleza procesal con fundamento en la necesidad de dar cumplimiento al principio de audiencia evitando la indefensión, al tiempo que se robustece la eficacia del proceso mediante la exclusión de resultados procesales prácticamente inútiles por no poder hacerse efectivos contra los que no fueron llamados a juicio y se impiden sentencias contradictorias no solo por diferentes sino

Entendemos que la verdadera razón de que en la LEC sólo se tenga en consideración el litisconsorcio pasivo necesario se debe a que el legislador se ha dejado llevar por la inercia de una jurisprudencia errónea sobre el litisconsorcio activo en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria³⁷, confundiendo este instituto (el litisconsorcio activo necesario) con su tratamiento procesal³⁸. Los puntos más relevantes de dicha jurisprudencia pueden resumirse del siguiente modo:

1) Cualquiera de los comuneros puede plantear una demanda sin contar con ningún otro consorte. Los efectos de la sentencia se extenderán al resto de los comuneros que no presentaron la demanda, siempre y cuando sea en beneficio de la comunidad. En suma, puede decirse que la práctica jurisprudencial, en relación con la comunidad de bienes y la comunidad hereditaria, ha sido la de otorgar legitimación activa a cualquiera de los comuneros que pretendiese ejercitar acciones en beneficio de la comunidad³⁹, siendo el alcance de la sentencia desfavorable no perjudicial para los comuneros que no fueron parte en el procedimiento. Así las cosas, la jurisprudencia ha entendido que la legitimación del comunero viene

además por incompatibles". La sentencia recurrida, al apreciar la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, no da cumplimiento a este doble fundamento de la misma -ser oído y evitar sentencias contradictorias- pues, por un lado, el Sr. Gabino, esposo de D^a Cecilia, estaba presente en el pleito como demandado y, aunque la demanda reconvenional no se dirigió contra él, éste manifestó durante el pleito su conformidad con la acción ejercitada por la mujer y así lo reconoce la sentencia recurrida. También esta posición la manifestó con anterioridad al pleito en el requerimiento notarial efectuado por la optante (folio 82 de las actuaciones). En relación con ello, esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la importancia del litisconsorcio pasivo necesario al decir que su presupuesto procesal no tiene un alcance absoluto, al ser evidentemente innecesario traer al pleito a aquellas personas que, aun estando implicadas en la relación jurídica material, han demostrado de manera fehaciente su aquiescencia a determinados reconocimientos que de ellos se pretendía, aunque la misma hubiere sido prestada antes y fuera del proceso (sentencias de 27 de febrero de 1998 [R] 1998, 968]; 28 de diciembre de 1973 [R] 1973, 4984] y 25 de febrero de 1966 [R] 1966, 851])" (FD 2°).

- 37 LÓPEZ JIMÉNEZ, R.: "Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 12 y 420", *InDret*, núm. 4/2004, disponible en www.indret.com, p. 9.
- 38 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: "Lección 4ª", en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Editorial Colex, Madrid, 3ª Ed., 2003, p. 110.
- 39 En relación con este punto es trascendental que quede claro que el actor actúa en beneficio de una comunidad de bienes o de un pro-indiviso constituido por ambos contratantes y, para que ello sea posible son necesarios, según la jurisprudencia, dos condicionantes, a saber: 1) que se acredite la presencia de dicha comunidad; 2) y que de la lectura del encabezamiento de la demanda y, sobre todo, de su suplico, no se derive que litiga y actúa en su propio nombre, beneficio y derecho, sin referencia alguna a la otra u otras personas que integran la comunidad y que en tal sentido han formado parte del negocio sustantivo que sirve de base y fundamento a la pretensión procesal. Vid., por ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos -Sección 2ª- núm. 186/2009 de 4 mayo (JUR 2009, 283460). En el supuesto en que trae causa esta Sentencia intervienen dos personas en la celebración de un contrato como futuros adquirentes de un inmueble, pero en el ejercicio de las acciones procesales que determinan esta causa solo interviene uno de los otorgantes -FD 1º-. También puede verse la STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) 1366/2007 de 28 diciembre (RJ 2008, 336), según la cual "el actor no estaba facultado por sí, y ni siquiera actuando también en representación de algunos de los vendedores que le habían conferido poder -lo que no se deduce de la formulación de la demanda- para solicitar la resolución o cumplimiento, en su beneficio, del contrato celebrado, pues para ello era necesario que figuraran en el lado activo del proceso como demandantes todos los vendedores en cuanto directamente interesados en su resultado. La falta de legitimación activa "ad causam", presupuesto preliminar del proceso susceptible de examen previo al de la cuestión de fondo que, además, debe apreciarse de oficio, conduce a la desestimación de la demanda" (FD 3º).

determinada por su fundamento en el derecho común ejercitado y el resultado provechoso pretendido (STS 6 de abril de 1993⁴⁰).

En definitiva, aun cuando la demanda debería de ser entablada por todos los copartícipes en conjunto para que esté bien constituida la relación-jurídico material, la práctica jurisprudencial, como decimos, ha sido la de permitir la presentación de la demanda a uno de los comuneros obteniendo los beneficios todos los demás.

2) El Tribunal Supremo ha aclarado en reiteradas ocasiones que “como quiera que nadie puede ser obligado a litigar, ni sólo ni unido con otro, la consideración de que la disponibilidad del sujeto demandante sobre el objeto demandado no puede ejercerse sino de forma conjunta y mancomunada con otro sujeto se traducirá en una falta de legitimación activa, que, como tal, carecerá de un presupuesto preliminar a la consideración del fondo, pero basado en razones jurídico-materiales, lo que debe conducir a una sentencia desestimatoria, pero nunca a una apreciación de la inexistente legal y jurisprudencialmente excepción de litisconsorcio activo necesario” (STS 10 noviembre 1994⁴¹)⁴². Pese a dicho entendimiento jurisprudencial, defendemos que lo lógico habría sido regular expresamente en la LEC el litisconsorcio activo necesario que *de facto* existe en la práctica estableciendo como solución en estos casos en que falta dicho litisconsorcio la de anticipar la sentencia de fondo y dictar, por tanto, sentencia absolutoria, que no impediría que, posteriormente, los verdaderos titulares del derecho ejercitasen la acción contra el o los demandados⁴³.

D) El proceso litisconsorcial: efectos del litisconsorcio necesario sobre el proceso y tratamiento procesal.

D.1) Interesa preguntarse, en primer lugar, qué incidencias conlleva la existencia o concurrencia de este litisconsorcio necesario en el proceso, es decir, cómo afecta al procedimiento la existencia de tal litisconsorcio.

Centrándonos en España⁴⁴, así como en la anterior LEC de 1881 (art. 531⁴⁵) se exigía que todos los litisconsortes actuaran bajo una misma dirección y defensa, es decir, que hubiese un procurador y abogado que los representase y defendiese

40 STS 6 abril 1993 (RAJ 1993, 2792).

41 STS 10 noviembre 1994 (RJA 1994, 8482).

42 Vid. LÓPEZ JIMÉNEZ, R.: “Comentarios prácticos”, cit., esp., pp. 7 a 11.

43 CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: “Lección 4ª”, cit., pp. 111 y 112; siguiéndole, LÓPEZ JIMÉNEZ, R.: “Comentarios prácticos”, cit., p. 10.

44 Sobre el particular, vid. GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración. Parte general*, Colex, Madrid, 3ª Ed., 2010, pp. 161 y 162; MONTERO AROCA, J.: “Lección 3ª”, cit., pp. 91 y 92.

45 Este precepto, sobre “litisconsorcio pasivo”, postulaba lo siguiente:
“En el caso de ser varios los demandados, deberán litigar unidos y bajo una misma dirección, si fueren unas mismas las excepciones de que hicieren uso.
Si fueren distintas, podrán hacerlo separadamente. Pero si de las contestaciones resultare haber hecho uso de unas mismas excepciones, el Juez obligará a los que se hallen en este caso a que en lo sucesivo litiguen unidos y bajo una misma dirección”.

a todos, la vigente LEC 1/2000 deja libertad a los litisconsortes para que cada uno de ellos actúe bajo su propia dirección y defensa o tener cada uno su propio procurador y abogado, de forma que cada uno pueda actuar independientemente, llevar a cabo sus propias alegaciones y proponer los medios de prueba que interesen a su derecho.

Ahora bien, existen determinados actos que tienen que realizar conjuntamente: son los actos de disposición del derecho material (por ejemplo, la transacción, la renuncia o el allanamiento) o del proceso (como es el desistimiento). No son válidos los actos realizados tan sólo por uno de los litisconsortes, sino que es necesaria la actuación conjunta. Así, por ejemplo, no basta con que un litisconsorte desista, se allane o renuncie (en el CPC no se contempla la figura del allanamiento ni la de la renuncia, sino la de la confesión y desistimiento de la pretensión, respectivamente), sino que es necesario que se allanen o renuncien todos para que ese allanamiento o renuncia surta efecto (entre otras, pueden verse las Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1992 y de 11 de noviembre 1996). Pero, salvo esos casos, que son actos de disposición del derecho material o del proceso que determinan la finalización del proceso de forma normal o anticipada, cada uno de los litisconsortes puede realizar sus alegaciones y proponer los medios de prueba que le interese. Y, es más (y esto es fundamental), partiendo de la regla de que los litisconsortes activos o diligentes en el proceso benefician a los inactivos, en el caso de que cualquiera de los litisconsortes decida interponer recurso y el mismo sea estimado, su éxito también beneficiará a los demás.

Pues bien, por lo que respecta al ordenamiento jurídico boliviano, del transcrito art. 48.II CPC (que reproduce literalmente el apartado II del también citado art. 57 del Anteproyecto de Código del Proceso Civil boliviano de 1997) se desprende una solución o respuesta similar a la cuestión planteada sobre la incidencia del litisconsorcio en el proceso. Recordemos que el precepto dice: "Los recursos y actuaciones procesales de uno de los litisconsortes favorecerán a los otros. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si fueren consentidos por todos los litisconsortes".

Por tanto, rige igualmente la regla de que los litisconsortes activos o diligentes en el proceso benefician a los inactivos. En este sentido, los actos de uno de los litisconsortes (por ejemplo, los probatorios) favorecerán al resto de los litisconsortes, aunque su prueba no sea tan contundente.

Ahora bien, en el caso de que alguno de ellos piense en poner fin al proceso de forma anticipada o, lo que es lo mismo, a través de medios extraordinarios de conclusión del proceso⁴⁶ (por ejemplo, transigiendo o conciliándose las posiciones

46 Estos medios se regulan en el nuevo CPC en el Título V del Libro I.

activa y pasiva, confesando el litisconsorte pasivo, desistiendo del proceso o de la pretensión el litisconsorte activo), ello sólo será posible si existe el consentimiento o acuerdo de todos los litisconsortes. En este sentido, el art. 160 CPC dispone que “la confesión de un litisconsorte no perjudicará a los otros” y el art. 296.V establece que “en caso de litisconsorcio necesario, la conciliación deberá llevarse a cabo con la concurrencia o el emplazamiento de todos los litisconsortes”.

Es cierto que el art. 48. II *in fine* se refiere, según su tenor literal, únicamente a actos de disposición del derecho en litigio (lo que tendría lugar en caso de transacción, conciliación o desistimiento de la pretensión) y no del proceso (lo que tendría lugar en caso de desistimiento del proceso). Pero una interpretación teleológica de la norma, conduce a concluir que tampoco será posible que uno o varios litisconsortes activos desistan del proceso sin el consentimiento de todos con la consecuencia de poner fin al proceso (aun sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto).

Llama –por cierto- la atención que la conciliación (que puede ser previa –obligatoria antes de interponer una demanda ex art. 292⁴⁷, en relación con el art. 294⁴⁸ CPC, para los procesos de conocimiento ordinario y extraordinario- o intrajudicial –debe observarla el juez instando a las partes a ella en la audiencia preliminar del proceso ordinario ex art. 234. IV CPC-) se haya configurado por el legislador como un medio extraordinario de conclusión del proceso: el mismo sólo finalizará si hay acuerdo entre las partes⁴⁹; si no, continuará. Pero aún llama más la atención que el CPC nada diga acerca de cómo proceder cuando no se cite y emplaze a todos los litisconsortes ni de los efectos que puede tener para los litisconsortes que comparezcan a la audiencia el hecho de que otro/s litisconsorte/s, citado/s y emplazado/s, no comparezca/n:

1ª) En relación con la primera cuestión, si no se cita y emplaza a todos los litisconsortes necesarios, podría entenderse que, tan pronto se advierta por el conciliador, se debe integrar la *litis* citando y emplazando a los litisconsortes restantes para poder intentar la conciliación o bien que basta con que el conciliador advierta en la audiencia que no se han citado y emplazado a todos los litisconsortes para dar por cumplido el requisito de conciliación previa como *conditio sine qua non* para poder demandar. Dado que ni siquiera es preceptiva la presencia de abogados en la

47 Reza el art. 292 que “se establece con carácter obligatorio la conciliación previa, la que se regirá por las disposiciones del presente Código, por lo que al promoverse demanda principal deberá acompañarse acta expedida y firmada por el conciliador autorizado”.

48 Señala el art. 294 que “en los procesos ejecutivos y otros procesos monitorios, la conciliación previa será optativa para la parte demandante, sin que la o el requerido pueda cuestionar la vía”.

49 De existir “un acuerdo total o parcial, constará en el acta, el cual será suscrito por las partes y el conciliador” y “la autoridad judicial aprobará la conciliación, sin condenación en costas y costos, siempre que verse sobre derechos disponibles, mediante auto definitivo con efecto de sentencia y valor de cosa juzgada, no admitiendo recurso alguno” (art. 296.VI y VII, respectivamente CPC).

audiencia (art. 296. II CPC), difícilmente pueda alegarse por las partes la incorrecta integración de la *litis*.

2ª) Entendemos, en relación con la segunda cuestión, que si no comparece uno o varios, la incomparecencia del litisconsorte necesario citado no puede determinar la "presunción simple en contra de su interés en el proceso que posteriormente fuere formalizado" a que el art. 296.VIII CPC, porque recordemos que "los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si fueren consentidos por todos los litisconsortes" (art. 48. II PC). Cosa distinta es que, citados todos los litisconsortes necesarios, no compareciera ninguno, en cuyo caso sí sería de aplicación lo dispuesto en el art. 296.VIII.

Dicho todo lo anterior, no podemos pasar por alto lo que disponía el art. 65 del anterior CPC sobre la unificación de la representación (y dispone, en similares términos el art. 45 del nuevo CPC)⁵⁰. Es decir, en principio los litisconsortes pueden adoptar la representación y defensa que estimen conveniente, pues gozan de plena autonomía para defender su posición. Ahora bien, dicho principio, plenamente aplicable en el proceso ordinario, no rige en tales términos en el resto de procesos, en los cuales el juez podrá imponer la unificación de la representación por el solo hecho de que "hubiere compatibilidad o que el derecho o fundamento de la demanda fuere el mismo o iguales las defensas" (art. 45.I del nuevo CPC y art. 65.I del anterior CPC)⁵¹.

D.2) En segundo lugar, hemos de examinar cuál es el tratamiento procesal del litisconsorcio necesario. Ya sabemos que nos encontramos ante una falta de litisconsorcio necesario en aquellos supuestos en que no hayan demandado o/y sean demandados todos los litisconsortes. Pues bien, el control se puede llevar a cabo de oficio por el órgano judicial o a instancia de parte. Por lo que respecta al control de oficio, aunque el anterior CPC no lo posibilitaba expresamente, se infería del mismo, como había reconocido reiterada jurisprudencia (vid., por ejemplo, el ACSJ núm. 405 de 18 de diciembre de 2003⁵²). En el nuevo CPC dicho control judicial de oficio ya se proclama expresamente en el art. 49, cuya redacción es la siguiente:

"I. En el caso del litisconsorcio necesario activo, si no comparecieren todos los interesados, la autoridad judicial, no proseguirá la tramitación de la demanda hasta tanto no sean citados. La misma facultad ejercerá tratándose del litisconsorcio

50 Para más detalles vid. el apartado III.2.)C) del Capítulo III de nuestra obra *Las partes en el proceso civil boliviano*, cit.

51 Vid. PARADA MENDÍA, A.: *El tercero*, cit., p. 70, con respecto al anterior CPC.

52 Según tal Auto, "la integración a la *litis* de todos quienes deban ser sometidos al proceso, sea como demandantes o demandados, debe ser tarea no solo de las partes sino obligación del órgano jurisdiccional, el que en su calidad de director del proceso, debe cuidar que el mismo se desarrolle sin vicios de nulidad. Solo así, las decisiones que adopte, serán útiles en derecho a las partes y los efectos de la cosa juzgada alcanzará a las partes y a quienes deriven sus derechos de aquélla, tal como lo imponen los arts. 3-I, 87 y 194 del adjetivo civil".

necesario pasivo, mientras la parte no proporcione en término que fije la autoridad judicial, los datos necesarios para que todos los litisconsortes puedan ser citados y citados.

II. Si después de citada o contestada la demanda se estableciere la existencia de otras personas que pudieren revestir la calidad de litisconsortes necesarios, se suspenderá la tramitación de la causa, hasta que se establezca correctamente la relación procesal conforme al parágrafo anterior”.

El art. 49 viene a acoger, casi literalmente, los términos del art. 58.I y II (bajo la rúbrica “poderes del juez o tribunal”) del Anteproyecto de Código del Proceso Civil boliviano de 1997, que decía lo siguiente:

“I. En el caso del litisconsorcio necesario activo, si no comparecieren todos los interesados, el juez o tribunal no proseguirá la tramitación de la demanda hasta tanto no se integren al proceso. La misma facultad ejercerá tratándose de litisconsorcio pasivo, mientras la parte no proporcione los datos necesarios para que todos los litisconsortes puedan ser emplazados en forma legal.

II. Si de la demanda o de la contestación se estableciesen los datos de las personas y sus domicilios, el juez o tribunal dispondrá sean emplazadas conforme a la ley.

III. Si después de citada o contestada la demanda se estableciere la existencia de otras personas que pudieren revestir la capacidad de litisconsorte, se suspenderá la tramitación de la causa hasta que se establezca correctamente la relación procesal”.

Cabe observar lo siguiente en relación con el ordenamiento jurídico boliviano:

I^a) Por un lado, el órgano judicial puede (y debe) apreciar la falta de litisconsorcio en cualquier momento del proceso, comenzando por la fase de admisión de la demanda. Así, cuando se le plantee una demanda y, a la luz de la misma y de la documentación presentada, entienda que existe un litisconsorcio necesario, activo o pasivo, ordenará al demandante integrar la *litis* (esto es, presentar la demanda conjuntamente junto a los litisconsortes activos; o, en su caso, presentarla dirigida a los litisconsortes pasivos), otorgando el plazo de 3 días para dicha subsanación. Y, en caso de que no se lleve a cabo, el juez tendrá la demanda por no presentada y, por tanto, no podrá admitirla. Así cabría entender se desprende de una interpretación amplia del art. 113.⁵³ CPC, al indicar que “si la demanda no se ajustare a los requisitos

53 En el anterior CPC había que estar al art. 333, sobre “demanda defectuosa”, que decía lo siguiente: “Cuando la demanda no se ajuste a las reglas establecidas podrá el juez ordenar de oficio se subsanen los defectos dentro del plazo prudencial que fije y bajo apercibimiento de que si no se subsanaren se la tendrá por no presentada”. Por su parte, al art. 334, sobre “admisión de la demanda”, que decía lo siguiente: “Presentada la demanda en la forma prescrita, el juez la correrá en traslado al demandado ordenando su citación y emplazamiento en la forma prevista en el Libro I, Título III, Capítulo VI, Sección I, para que comparezca y conteste en el término de ley”.

señalados en el Artículo 110 del presente Código, se dispondrá la subsanación de los defectos en plazo de tres días, bajo apercibimiento, en caso contrario, de tenerse por no presentada aquella” (plazo que –eso sí– podría resultar insuficiente). Es cierto que entre tales requisitos de forma y contenido no se encuentra la falta de litisconsorcio⁵⁴, pero también lo es que el juez podría considerar defectuosa la demanda al no aparecer identificadas en ella como partes (actoras o demandadas) las personas que deben serlo conforme al art. 48.I CPC.

Por otro lado, no creemos sea óbice para este control judicial de oficio el que la falta de litisconsorcio necesario no se encuentre recogida entre las excepciones previas controlables de oficio según el art. 128. II CPC (a saber, la incompetencia, la incapacidad del actor o de su representante, la cosa juzgada y la transacción); podría aplicarse por analogía para permitir el control de este presupuesto procesal y evitar la tramitación de un procedimiento que puede devenir nulo. Y es que fíjese que el legislador boliviano ni siquiera se pronuncia expresamente sobre si cabe el control de oficio de todas las excepciones previas del art. 128: de las once previstas tan sólo indica en el art. 128. II que las mencionadas son controlables de oficio y que la prescripción y la caducidad sólo podrán declararse a instancia de parte, pero nada dice sobre las 5 excepciones restantes.

Y lo que quizá sea más importante, el juez “como director del proceso, debe velar porque se cumplan con todos presupuestos procesales y se observen las garantías del debido proceso para que el mismo se desenvuelva normal y válidamente a fin de que las resoluciones que se emitan sean eficaces en derecho” (Auto Supremo 57/2012, de 20 de marzo⁵⁵).

2ª) Por otro lado, centrándonos en el supuesto de denuncia a instancia de la parte demandada en el proceso de conocimiento (sea el ordinario o el extraordinario,

54 Se trata exactamente de los siguientes requisitos:

“1. La indicación de la autoridad judicial ante quien se interpusiere.

2. Suma o síntesis de la pretensión que se dedujere.

3. El nombre, domicilio y generales de la parte demandante o del representante legal, si se tratare de persona colectiva.

4. El nombre, domicilio y generales de la parte demandada. Si se tratare de persona colectiva, la indicación de su representante legal.

5. El bien demandado designándolo con toda exactitud.

6. La relación precisa de los hechos.

7. La invocación del derecho en que se funda.

8. La cuantía, cuando su estimación fuere posible.

9. La petición formulada en términos claros y positivos.

10. Las firmas de la parte actora o apoderado y de la abogada o abogado”.

55 Igualmente puede verse el Auto Supremo 441/2013, de 28 de agosto, según el cual, “a los efectos de las previsiones de los arts. 3 núm. 1), 87 y 194 del Código de Procedimiento Civil se establece la necesidad de la integración a la litis de todos aquellos que deban ser sometidos al proceso, en función de la naturaleza de la relación o del objeto de la controversia, tarea que no sólo puede ser de las partes (litis consorcio simple o facultativo), sino de la Autoridad judicial de instancia que en su calidad de director del proceso debe cuidar que se desarrolle sin vicios de nulidad, para lo que podrá disponer un litis consorcio de oficio; siendo esa la única manera de asegurar que sus decisiones sean útiles para las partes demandantes, demandadas y otros que se hayan integrado en el proceso, alcanzando a todos ellos los efectos de la cosa juzgada”.

regulados, respectivamente, en los arts. 362 a 368 y 369 a 374 CPC), cabría plantear la –útil- posibilidad de que el demandado alegase en su contestación a la demanda, como excepción previa (art. 125.5 CPC), el litisconsorcio necesario (activo o pasivo). Aunque dicha excepción no se encuentre como tal expresamente entre las posibles excepciones previas recogidas en el art. 128 CPC, podría prosperar dicha excepción con base en el art. 128.5 (“demanda defectuosamente propuesta”) o, más claramente, 128.7 (“emplazamiento de terceros, en los casos que corresponda”). La demanda puede considerarse defectuosa al no aparecer en ella como partes las personas que deben serlo conforme al art. 48.I CPC, aunque somos conscientes de que el concepto de “demanda defectuosa” según el CPC (art. 113. I) limita el carácter defectuoso a la inobservancia de los requisitos de forma y contenido señalados en el art. 110 CPC. Por otro lado, a pesar de que podría pensarse que el art. 128.7 está pensado para los casos de intervención de terceros (y no de litisconsorcio) a instancia del demandado (p. ej., citación previa al garante de evicción, como sucedía al amparo del anterior CPC⁵⁶), estimamos erróneo dicho entendimiento tras la nueva regulación del fenómeno procesal de la intervención forzosa de terceros en el CPC actual⁵⁷. Tras esta nueva regulación, creemos cabe apoyarse en la excepción prevista en el art. 128.7 CPC para solicitar traer al proceso y emplazar al que, siendo tercero por no constar como parte en la demanda, debe tener en el proceso la calidad de parte *ab initio*.

Por lo que respecta al modo de planteamiento de las excepciones⁵⁸ o, mejor, al modo de sustanciarlas y resolverlas, en el proceso ordinario “las excepciones previas serán corridas en traslado al demandante para que las conteste en quince días, salvo que mediare reconvencción, en cuyo caso el plazo será el previsto para la contestación a la reconvencción” (art. 129. I CPC) y “serán resueltas en la audiencia preliminar a tiempo del saneamiento del proceso” (art. 129. II CPC)⁵⁹. En el concentrado proceso extraordinario, “el proceso extraordinario se sustancia en una sola audiencia en la que se concentra todo el trámite y el pronunciamiento de la sentencia sobre el fondo de la pretensión jurídica sustentada en la demanda, así como sobre la defensa y las excepciones opuestas por la contraparte” (art. 369. I CPC).

Sin embargo, las cosas no son tan sencillas en el proceso de conocimiento de estructura monitoria (arts. 375 y ss. CPC), al lamentablemente no preverse expresamente ninguna excepción en que pueda tener cabida la falta de litisconsorcio necesario⁶⁰.

56 Esta excepción se encontraba contemplada en el art. 336.5 del anterior CPC.

57 Sobre el particular puede verse nuestra obra “La intervención de terceros”, cit.

58 El art. 129 CPC se refiere al “modo de plantearlas”, rúbrica muy poco afortunada porque al modo de planteamiento se refiere previamente el art. 125.5 CPC.

59 En relación con el proceso ordinario, vid. también los arts. 363.V y 366. I. 4 CPC.

60 Con respecto al proceso ejecutivo, vid. arts. 381 a 383 CPC y, en relación con los otros procesos monitorios, vid. el art. 394 CPC. Fijese que, a pesar de que el art. 375. II CPC indica que “con la demanda y la sentencia será

3ª) Y todo ello por supuesto sin perjuicio de que el demandante podrá solicitar una ampliación de la demanda desde el punto de vista subjetivo, esto es, dirigirla a nuevos demandados (litisconsortes) siempre que lo haga antes de haberse contestado a la misma, tal y como se desprende del art. 115.I del actual CPC⁶¹ (vid., por ejemplo, el Auto núm. 76 de la Corte Suprema de Justicia de 25 de febrero de 2002⁶²). Dice este precepto que “la demanda podrá ser ampliada o modificada hasta antes de la contestación. En tal caso, la ampliación o modificación deberán citarse a la parte demandada, con los mismos efectos de la citación con la demanda original”.

En España, tenemos que distinguir según nos encontremos en un juicio ordinario (similar al proceso ordinario boliviano) o un juicio verbal (parecido al proceso extraordinario boliviano):

1º.) En el supuesto del juicio ordinario, hay que estar a lo dispuesto en los arts. 416.1.3^{o63} y, especialmente, 420 LEC, que regula la “posible integración voluntaria de la litis. Resolución en casos controvertidos de litisconsorcio necesario”, en los siguientes términos:

“1. Cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio, podrá el actor, en la audiencia, presentar, con las copias correspondientes, escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes y el tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así, ordenando emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia.

citada la parte demandada para que pueda oponer excepciones en el plazo de diez días”, los arts. 381. II y 394. II recogen toda una serie de excepciones (tanto procesales como materiales o sustantivas) que nada tienen que ver con la incorrecta integración de la litis.

- 61 Y se desprendía del art. 332 del anterior CPC (sobre “modificación y ampliación de la demanda”), a cuyo tenor literal “el demandante podrá modificar o ampliar la demanda únicamente hasta antes de la contestación, caso en el cual el plazo para éste se computará desde que se notificare la modificación o ampliación”.
- 62 Reza dicho Auto que tanto “la acumulación objetiva como la ampliación subjetiva de una demanda, puede darse ab-initio (originaria), o en un momento procesal posterior; tal como disponen los arts. 328 y 332 del Adjetivo Civ. Este último permite al actor “modificar o ampliar” su demanda hasta antes que ésta sea contestada que es el límite, y esta ampliación puede comprender ambos aspectos señalados: objetivo (exclusión o incorporación de pretensiones) y subjetivo (integración de otro u otros sujetos procesales en calidad de demandados-litis consorcio necesario)”.
- 63 Señala el art. 416, que regula el “examen y resolución de cuestiones procesales, con exclusión de las relativas a jurisdicción y competencia”, lo siguiente:
 - “1. Descartado el acuerdo entre las partes, el tribunal resolverá, del modo previsto en los artículos siguientes, sobre cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo y, en especial, sobre las siguientes:
 - 1.ª Falta de capacidad de los litigantes o de representación en sus diversas clases;
 - 2.ª Cosa juzgada o litispendencia;
 - 3.ª Falta del debido litisconsorcio;
 - 4.ª Inadecuación del procedimiento;
 - 5.ª Defecto legal en el modo de proponer la demanda o, en su caso, la reconvencción, por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca.
 2. En la audiencia, el demandado no podrá impugnar la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, que hubo de proponer en forma de declinatoria según lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes de esta Ley. Lo dispuesto en el párrafo anterior se entiende sin perjuicio de lo previsto en la ley sobre apreciación por el tribunal, de oficio, de su falta de jurisdicción o de competencia”.

El demandante, al dirigir la demanda a los litisconsortes, sólo podrá añadir a las alegaciones de la demanda inicial aquellas otras imprescindibles para justificar las pretensiones contra los nuevos demandados, sin alterar sustancialmente la causa de pedir:

2. Si el actor se opusiere a la falta de litisconsorcio, aducida por el demandado, el tribunal oirá a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto que deberá dictar en el plazo de cinco días siguientes a la audiencia. En todo caso, ésta deberá proseguir para sus restantes finalidades.

3. Si el tribunal entendiere procedente el litisconsorcio, concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo, que no podrá ser inferior a diez días. Los nuevos demandados podrán contestar a la demanda dentro del plazo establecido en el artículo 404, quedando entre tanto en suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones.

4. Transcurrido el plazo otorgado al actor para constituir el litisconsorcio sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a nuevos demandados, se pondrá fin al proceso por medio de auto y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones⁶⁴.

Así, la falta de litisconsorcio se alegará en la contestación a la demanda, es decir, el demandado, al contestar a la demanda, alegará -como excepción procesal- que no se ha demandado a alguno/s de los litisconsortes; y se examinará y en principio resolverá en la audiencia previa. Entonces, ante esta alegación por parte del demandado de falta de litisconsorcio, el demandante puede adoptar dos posturas: estar de acuerdo con la falta de litisconsorcio o bien oponerse. Es decir -repetimos el íter procesal-, se presenta la demanda, se admite por el secretario judicial⁶⁵ o, mejor, letrado de la Administración de Justicia, dando traslado de la misma al demandado emplazándole para que conteste en el plazo de 20 días, y éste, en la contestación a la demanda alega falta de litisconsorcio. Dentro del tercer día desde la contestación a la demanda, dicha contestación se remite por el aludido letrado al demandante y ya se fija fecha para la audiencia previa (que ha de celebrarse en el plazo de 20 días desde la convocatoria). Pues bien, el demandante, al ver que en la contestación se ha alegado falta de litisconsorcio, puede ser que esté de acuerdo en que realmente no ha demandado a un litisconsorte o bien puede oponerse:

64 Este último apartado ha sido modificado por la Ley 13/2009, de 4 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial; aunque su modificación se ha limitado a añadir y precisar que se pondrá fin al proceso "por medio de auto", sobre lo que guardaba silencio anteriormente la LEC.

65 Adviértase que, a pesar de que muchas leyes españolas sigan refiriéndose al secretario o secretarios judiciales, no se puede olvidar que dichas alusiones debe el lector entenderlas hechas al letrado o letrados de la Administración de Justicia, sustitución de términos operada por la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

1) En el supuesto de que esté de acuerdo en la falta de litisconsorcio, llevará a la audiencia previa escrito dirigiendo la demanda a aquellos sujetos a los que el demandado considera litisconsortes. Entonces, en esa audiencia previa el órgano judicial, tras oír a las partes, estimará o desestimará la falta de litisconsorcio:

1.1) Si estima que éste existe, emplazará a los nuevos demandados para que contesten a la demanda.

1.2) Si el juez desestima la falta de litisconsorcio, es decir, estima que no hay litisconsorcio, entonces continuará la audiencia previa con las otras finalidades propias de la misma, para cumplir el resto de sus finalidades.

2) En el supuesto de que el demandante se oponga, es decir, no esté de acuerdo en la falta de litisconsorcio, entonces el órgano judicial, tras oír a las partes, decidirá si aprecia o no su falta. Esta decisión la puede llevar a cabo en la misma audiencia previa oralmente o, atendiendo a la complejidad del asunto, posponerla para los 5 días siguientes a la audiencia. En éste último caso no se suspendería dicha audiencia, sino que continuaría para cumplir sus demás finalidades y el órgano judicial tendría 5 días para resolver sobre la existencia o no de litisconsorcio.

Si el juez estima que existe falta de litisconsorcio, se trata de un defecto subsanable. Con lo cual, concederá un plazo no inferior a 10 días al demandante para que proceda a la integración de la *litis*, es decir, para que presente una nueva demanda. Si la presenta, se emplazará a los nuevos demandados para que contesten a la misma; y, si no la presenta, se pone fin al proceso archivando las actuaciones.

2º.) En el supuesto del juicio verbal, tras la entrada en vigor de la reciente Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC⁶⁶, esta falta de litisconsorcio se planteará también en la contestación a la demanda (arts. 438.1, 1º LEC) y en la vista se tratará dicha excepción procesal conforme a lo mismo que hemos visto antes con respecto al juicio ordinario (art. 443.2 LEC), como si la vista fuese la audiencia previa; dependiendo, por tanto, de si hay oposición o hay conformidad por parte del demandante.

En el hipotético caso de que, existiendo litisconsorcio, el juez no lo apreciara (en el juicio ordinario o verbal) y entrara a resolver el fondo del asunto condenando a los litisconsortes demandados, habría que interponer el correspondiente recurso de apelación⁶⁷ alegando la falta de litisconsorcio pasivo necesario y, en caso de que la

66 Anteriormente, se debía alegar en la misma vista ex art. 443 LEC. Los cambios que ha sufrido el juicio verbal tras la indicada Ley pueden verse en nuestra obra "El nuevo juicio verbal tras la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", *Revista General de Derecho Procesal*, 2016, núm. 38, edición electrónica: www.iustel.com, pp. 1-33.

67 Siempre que quepa tal recurso (siempre cabe en los juicios ordinarios, pero no en todos los verbales), porque tras la reforma operada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, no cabe

Audiencia Provincial lo desestimara, recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Supremo aduciendo igual motivo.

Por último, simplemente indicar que, de forma paralela a lo previsto en el art. 115.I CPC, el art. 401 LEC (que trata el "momento preclusivo de la acumulación de acciones. Ampliación objetiva y subjetiva de la demanda") también fija el mismo momento preclusivo para ampliar la demanda y dirigirla frente a otros demandados (litisconsortes): el de la contestación a la demanda. Así, indica el segundo apartado del art. 401 que "antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados. En tal caso, el plazo para contestar a la demanda se volverá a contar desde el traslado de la ampliación de la demanda".

2. Litisconsorcio cuasi-necesario: concepto y regulación.

En este supuesto de pluralidad de partes inicial, también llamado litisconsorcio impropriamente necesario, la legitimación activa y/o pasiva corresponde a varias personas pero no de manera necesariamente conjunta. Se refiere a la legitimación de varias personas para poder ser demandantes o demandados conjuntamente en un único proceso.

Ni la legislación procesal boliviana (CPC) ni la española (LEC) se refieren a este tipo de litisconsorcio. Hay que estar al Derecho sustantivo para saber en qué supuestos puede existir:

Sería el caso, por ejemplo, de las obligaciones solidarias u obligaciones mancomunadas solidarias: existen varios deudores pero se puede reclamar la deuda de uno solo de ellos y éste podrá posteriormente repetir contra los demás. Con lo cual, en este supuesto, si existen varios deudores de una misma obligación no es necesario demandar a todos ellos, sino que es posible demandar sólo a uno. Ahora bien, si se quiere demandar a más de uno, hay que hacerlo en el mismo proceso al tratarse de la misma obligación. Lo que no cabe es iniciar un proceso distinto para cada deudor:

Esto se desprende de la regulación que contiene el Código Civil boliviano sobre las obligaciones mancomunadas solidarias y, especialmente, de los arts. 433 (sobre "mancomunidad solidaria") y 437 (sobre "elección de sujetos para el pago"). Conforme al primer precepto, "hay mancomunidad solidaria cuando varios deudores están obligados a la misma prestación, de modo que cada uno puede ser constreñido al cumplimiento de ella por entero y el cumplimiento que haga cualquiera de ellos libera a los demás; o bien cuando entre varios acreedores cada uno tiene derecho

apelación contra "las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 euros" (art. 455.I LEC).

a pedir la prestación entera y el cumplimiento obtenido por uno cualquiera de ellos libera al deudor frente a los otros acreedores". Por su parte, el art. 437 establece:

"I. El acreedor puede dirigirse contra cualquier de los deudores o contra todos ellos simultáneamente, sin que el requerimiento hecho contra alguno sea un obstáculo para poder dirigirse contra los demás, hasta obtener el cumplimiento entero de la deuda. El deudor o deudores elegidos no pueden oponer el beneficio de división frente al acreedor.

II. El deudor común puede elegir a uno u otro de los acreedores para efectuar el cumplimiento a no ser que haya sido previamente citado con una demanda promovida por otro u otros de ellos".

Por lo que se refiere al ordenamiento jurídico español, hemos de estar a lo dispuesto en el art. 1144 CCE, en relación con el art. 1141 de igual Código. Conforme al primer precepto, "el acreedor puede dirigirse contra cualquiera de los deudores solidarios o contra todos ellos simultáneamente. Las reclamaciones entabladas contra uno no serán obstáculo para las que posteriormente se dirijan contra los demás, mientras no resulte cobrada la deuda por completo". Por su parte, el art. 1141 dispone que "cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial.

Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos".

Otro supuesto de litisconsorcio cuasi-necesario es el del art. 1084 CCE, en el que el acreedor de una herencia puede demandar a cualquiera de los herederos que no la hubiesen aceptado a beneficio de inventario. Habiendo varios herederos de un deudor, puede reclamar la deuda de uno solo de ellos, de cualquiera de los que no hubiesen aceptado la herencia a beneficio de inventario (no es necesario que demande a todos los herederos). Con lo cual, si se reclama a un heredero, dicho heredero no puede alegar que se tenía que haber demandado también a los demás. Dice el mencionado art. 1084:

"Hecha la partición, los acreedores podrán exigir el pago de sus deudas por entero de cualquiera de los herederos que no hubiere aceptado la herencia a beneficio de inventario, o hasta donde alcance su porción hereditaria, en el caso de haberla admitido con dicho beneficio.

En uno y otro caso el demandado tendrá derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o a consecuencia de la partición, hubiere quedado él solo obligado al pago de la deuda".

Así las cosas, es fácil apreciar la diferencia de estos supuestos de litisconsorcio cuasi-necesario con los de litisconsorcio necesario (que presentan la similitud de que en ambos se ejercita una única pretensión, originadora de un único proceso y de un único pronunciamiento que afectará a todas las partes de forma directa y uniforme): mientras que hemos visto que en el litisconsorcio necesario hay que demandar a una pluralidad de personas (no podemos demandar a una sólo y ésta posteriormente reclamar a las demás) o, en el ordenamiento jurídico boliviano, demandar conjuntamente una pluralidad de personas, en el supuesto del litisconsorcio cuasi-necesario existen varios deudores pero podemos demandar tan sólo a uno de ellos, no se nos obliga a que la demanda se dirija frente a todos (como tampoco se nos obliga a que todos los acreedores demandemos conjuntamente). Ahora bien, si deseamos demandar a más de uno, lo hemos de hacer en el mismo proceso, no cabe iniciar un proceso distinto para cada deudor (art. 229. II y III CPC y art. 222.3 LEC).

Con lo cual, en este supuesto la falta de litisconsorcio no se puede alegar como una excepción procesal, puesto que el demandante no está obligado a demandar a todos los litisconsortes cuasi-necesarios. Es decir, que demandado solo uno de ellos no podrá alegar falta de litisconsorcio porque el demandante no tiene obligación de demandar a los demás: "si yo soy p. ej. un deudor solidario, se me puede demandar a mí sólo, reclamarme el pago de la deuda y luego yo ya repetiré contra los demás para que me paguen la parte correspondiente".

Así las cosas, importa no confundir el litisconsorcio cuasi-necesario con el voluntario o facultativo: el cuasi-necesario se trata de un híbrido entre el litisconsorcio necesario y el facultativo porque en virtud de dicha figura se autoriza legalmente para que se configure una relación jurídica procesal válida sin que participen la totalidad de titulares de la relación jurídica material, a diferencia de lo que sucede en el litisconsorcio necesario y como ahora veremos ocurre en el litisconsorcio voluntario, empero, a diferencia de lo que ocurre en éste y como sabemos sucede en el litisconsorcio necesario, se ejercita una única pretensión, originadora de un único proceso y de un único pronunciamiento que afectará a todas las partes de forma directa y uniforme.

3. Litisconsorcio voluntario o facultativo: concepto, fundamento y regulación.

Nos encontramos ante este supuesto de pluralidad inicial de partes cuando la ley concede legitimación activa y/o pasiva a varias personas conjuntamente y todas ellas pueden ser parte en el mismo procedimiento si así lo desean. Fíjese que hemos dicho "en el mismo procedimiento" y no "proceso" porque, a diferencia de lo que sucede en el litisconsorcio cuasi-necesario, se ejercitan acumuladamente distintas acciones y, en este sentido, se conoce de distintos procesos aunque a través de un mismo procedimiento.

Trayendo a colación la jurisprudencia española sobre la acumulación de acciones en la LEC (tanto la vigente como la anterior de 1881) en caso de litisconsorcio voluntario activo, recordada por el Tribunal Supremo en la reciente Sentencia núm. 564/2015, de 21 de octubre de 2015⁶⁸ (Fundamento de Derecho 3º, apartado 2), “la misma se sintetiza en la sentencia de 3 de octubre de 2000 (recurso núm. 809/97) mediante las siguientes notas:

‘1ª.- Flexibilidad, en el sentido de ser admisible la acumulación aunque el supuesto no se halle literalmente comprendido en la dicción del art. 156 si tampoco le alcanzan las prohibiciones de los arts. 154 y 157 (SSTS 5-3-56, 12-6-85, 24-7-96, 7-2-97 y 3- 10-00). 2ª.- Distinción entre título, como negocio jurídico, y causa de pedir; concepto más amplio, como hecho o conjunto de hechos que tienen idoneidad para producir efectos jurídicos, como acaecimiento de cuya existencia o inexistencia pretende el actor deducir las consecuencias jurídicas determinantes de su petición o, si se quiere, como relato histórico en que se funda la demanda (SSTS 24-7-96 y 3-10-00). 3ª.- Relevancia primordial de la conexión jurídica o conexión causal entre las acciones ejercitadas como criterio para medir la identidad de su causa de pedir; la pertinencia de su acumulación y la justificación de tratamiento procesal unitario y decisión por una sola sentencia (SSTS 5-3-56, 7-2-97, 3-10-00 y 10-7-01). 4ª.- *Evitación de dilaciones indebidas siempre que no se mermen ni restrinjan los medios de defensa e impugnación de las partes* (SSTS 14-10-93, 18-7-95, 19-10-96 y 10-7-01)‘.

Como se indica en esta misma sentencia, esta doctrina ha sido ratificada en sentencias posteriores a las que son citadas expresamente en el texto transcrito. Incluso a efectos de determinar la cuantía para decidir sobre el acceso a casación, en la que lo determinante es si las acciones acumuladas provienen o no de un mismo título (art. 252.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Sala ha adoptado un criterio flexible respecto de dicho concepto jurídico, a efectos de permitir la suma de la cuantía de las acciones acumuladas, y ha declarado en sentencias como la núm. 545/2010, de 9 de diciembre, y 405/2015, de 2 de julio:

‘[...] aun cuando puedan registrarse diferencias en los hechos que conciernen a los distintos reclamantes cuyas pretensiones aparecen acumuladas, esta diferencia se refiere a aspectos accesorios (intensidad y circunstancias de los daños sufridos) y no altera la uniformidad en los hechos en los que se fundamentan las distintas pretensiones‘.

Como conclusión de lo expuesto, lo determinante no es si existen o no diferentes relaciones jurídicas con algunos aspectos diferenciales, sino si existe una conexión entre las cuestiones controvertidas objeto de las acciones acumuladas en su aspecto

68 Recordándola también, puede verse la reciente Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca núm. 47/2016, de 16 de febrero de 2016 (LA LEY 14749/2016), FD 2º.

fáctico con relevancia respecto de las pretensiones ejercitadas, que justifique el conocimiento conjunto de las acciones ejercitadas y evite de este modo la existencia de sentencias injustificadamente discordantes. Siempre que, naturalmente, se reúnan los requisitos establecidos por el art. 73 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cuya concurrencia no es problemática en el caso objeto del recurso”.

Esta misma STS, en el tercer apartado de igual FD 3º, pergeña lo siguiente (que transcribimos por su indudable interés):

“Este criterio flexible ha determinado que esta Sala haya considerado correcto que se conozcan en un mismo litigio las acciones acumuladas ejercitadas por las personas afectadas por un medicamento o producto de uso médico defectuoso, aunque cada uno de ellos haya adquirido o se le haya suministrado el medicamento en ocasiones diferentes y las circunstancias de salud de los demandantes y los efectos que en ellos hayan podido tener esos productos sean dispares; o las acciones por defectos constructivos ejercitadas por los diversos adquirentes de inmuebles de una misma promoción, pese a que en unos casos los inmuebles adquiridos sean locales y en otros viviendas, unos compradores sean consumidores y otros no, y los defectos de los distintos locales y viviendas puedan ser de naturaleza diversa; y en supuestos de similar naturaleza, en cuanto a la conexión de la causa de pedir, que los expresados.

Se trata de supuestos en los que no está justificado que las acciones se tramiten en procesos diferentes, y que en cada uno de ellos haya de repetirse el interrogatorio de unos mismos demandados, unos mismos testigos o unos mismos peritos, sobre hechos sustancialmente idénticos, con el incremento de coste que supone para las partes (y en concreto para los demandantes a los que no se les permite acumular sus acciones) hacer comparecer en cada uno de los distintos procesos a los peritos que han emitido el informe (y a los testigos, si reclaman indemnización de los gastos que les supone tener que acudir repetidamente para ser interrogados en los juicios celebrados en los distintos Juzgados que conozcan de las acciones individualmente ejercitadas), y el riesgo de que la experiencia de las previas declaraciones en los litigios que se tramiten en primer lugar pueda de algún modo tener influencia negativa en el interrogatorio a que se les someta en los litigios posteriores, tanto en la parte activa, de quien interroga, como pasiva, de quien es interrogado.

Está tramitación conjunta evita también el riesgo de que demandas en las que la base fáctica con trascendencia en las acciones ejercitadas sea sustancialmente común, den lugar a sentencias que resuelvan la cuestión de modo diferente unas de otras.

Este tratamiento de la cuestión se explica por las razones que justifican la figura de la acumulación subjetiva de acciones, como son la economía procesal y la evitación de sentencias contradictorias”.

El fundamento, pues, de este tipo de litisconsorcio voluntario se encuentra, además de en el principio dispositivo, en la economía procesal y en la evitación de sentencias contradictorias⁶⁹.

Como ya hemos comentado, en realidad el litisconsorcio voluntario era el único regulado expresamente por el CPC (en concreto, en el art. 67), sin perjuicio de que la jurisprudencia reconocía ambos de forma unánime, incluso con base en dicho precepto. Decía el art. 67: “Varias personas podrán demandar o ser demandadas en el mismo proceso, cuando las acciones fueren conexas por el título, el objeto, o por ambos elementos a la vez”.

En el ordenamiento jurídico español el litisconsorcio voluntario o facultativo viene regulado en el art. 12.1 LEC con similares términos: “Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir”.

Pues bien, también el art. 56 del Anteproyecto de Código del Proceso Civil boliviano de 1997 regulaba este “litisconsorcio facultativo”, incluso con más detalles; regulación que ha sido acogida literalmente por el art. 47 del nuevo CPC. Así, este precepto contempla, además de la definición, en qué consiste o cuándo tiene lugar este litisconsorcio, en términos similares a los del anterior CPC, la incidencia que tiene en el proceso la existencia del litisconsorcio voluntario. Así, pergeñaba lo siguiente:

“I. Dos o más personas podrán litigar en forma conjunta como demandantes o demandadas en el mismo proceso, cuando sus pretensiones fueren conexas por su causa u objeto, o cuando la sentencia a dictarse respecto de una pudiere afectar a la otra.

II. Los litisconsortes facultativos serán tenidos como sujetos procesales independientes, salvo disposición en contrario.

III. Los actos de un litisconsorte no favorecen ni perjudican a los otros ni tampoco afectan la unidad del proceso”.

La indicada incidencia, comparando lo que hemos visto ocurre en el litisconsorcio necesario según el nuevo CPC, es la siguiente:

69 En este sentido, vid. PARADA MENDÍA, A.: *El tercero*, cit., p. 69.

1º) Por una parte, en ambos litisconsorcios, en principio cada litisconsorte es un sujeto procesal independiente, con su propia defensa. Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el litisconsorcio necesario, los actos procesales de cada uno de ellos no afectan para nada (ni benefician ni perjudican) a los demás litisconsortes.

2º) Por otra parte, en íntima relación con lo anterior, también a diferencia de lo que ocurre en el litisconsorcio necesario, cada uno puede realizar actos de disposición del objeto del proceso en su propio perjuicio o beneficio (en relación, claro está, con su parte del crédito o la deuda). Y lo mismo cabe decir con respecto a actos de disposición del proceso. En este sentido, si fueran varios los litisconsortes voluntarios (facultativos) demandantes y el desistimiento fuere deducido por uno de ellos, el proceso continuará respecto de las demás partes (art. 243. II CPC). Asimismo, “en caso de litisconsorcio facultativo, la conciliación podrá llevarse a cabo inclusive con uno o algunos de los litisconsortes” (art. 296.V CPC).

Así las cosas, de la regulación de los distintos preceptos que regulan el litisconsorcio voluntario, se desprende que sus principales características son las siguientes:

1ª) Puede ser activo (pluralidad de demandantes) y/o pasivo (pluralidad de demandados), aunque lo normal en la práctica es que exista una pluralidad de actores y uno o varios demandados.

2ª) En el ordenamiento jurídico español, las pretensiones o acciones que se ejercitan deben ser conexas objetivamente, ya sea por provenir de un mismo título o de una misma causa de pedir (*causa petendi*), ya sea por presentar una causa de pedir similar, esto es, sin ser idéntica, derivar de una misma clase de hechos, aunque los hechos históricos en que se apoyen las distintas pretensiones difieran. Así, de la misma forma que en el ordenamiento jurídico español, creemos se debe interpretar la -técnicamente poco correcta- conexión entre las pretensiones “por su causa u objeto” (art. 47. I CPC). Decimos que esta previsión es “técnicamente poco correcta” porque la “causa” de la pretensión (*causa petendi* o fundamentación), al igual que la petición o *petitum*, son los dos elementos objetivos que la identifican⁷⁰; por lo que hubiera sido suficiente hablar de conexión entre pretensiones atendiendo a su objeto (elementos objetivos).

Fíjese que, además, el art. 47. I *in fine* CPC se refiere expresamente a otro posible tipo de conexión –prejudicial- entre las pretensiones (a la que nos referimos *infra*).

3ª) Implica una acumulación de acciones objetivo-subjetiva, lo que explicamos detalladamente *infra*.

70 Sobre el particular, puede verse MONTERO AROCA, J.: “Lección 6ª”, en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 23ª Ed., 2015, pp. 152 y ss.

4ª) La sentencia tendrá tantos pronunciamientos como acciones o pretensiones ejercitadas.

5ª) Y lo que haga cada litisconsorte (por ejemplo, se confiesa o allana) sólo le beneficia o perjudica a él.

A efectos de una mayor comprensión de este fenómeno procesal, y sin perjuicio de los ejemplos que indica la repetida STS de 21 de octubre de 2015, pongamos un posible ejemplo de litisconsorcio voluntario. En un accidente de tránsito, se producen daños *materiales* y corporales y cada pasajero tiene expedito el derecho de promover el proceso en forma independiente para conseguir el pago de los daños causados; pero pueden hacerlo dos o más interesados en forma conjunta, puesto que sus pretensiones indemnizatorias derivan de una misma *causa petendi*, esto es, de los mismos hechos accidentales de los que nace la obligación extracontractual de indemnizar los daños y perjuicios causados en dicho accidente. En esta clase de procesos los demandantes tienen la obligación de probar el hecho del accidente y también las lesiones y daños que se causó a cada uno de ellos en forma independiente. La sentencia podrá ser más favorable para unos y no así para otros⁷¹.

De ahí precisamente –hay que insistir en esta idea– que el litisconsorcio que está siendo estudiado (el voluntario, facultativo o simple según otros) no sea auténtico: no existe un litigio único sino tantos como pretensiones ejercitadas y no hay comunidad de suerte porque no va a dictarse un único pronunciamiento sino tantos como pretensiones ejercitadas (aunque todas se resuelvan en una misma sentencia) y, en este sentido, la suerte de cada uno de estos litisconsortes puede ser distinta a los demás⁷².

Por último, se ha comentado que el litisconsorcio voluntario se caracteriza por implicar una acumulación objetivo-subjetiva de acciones. Conviene precisar al respecto que existen dos tipos de acumulación inicial de acciones según exista o no pluralidad de partes en la misma demanda, a saber: exclusivamente objetiva y objetivo-subjetiva. La primera tiene lugar cuando un mismo demandante interpone frente a un mismo demandado y en una misma o única demanda diversas pretensiones para que se sustancien en un mismo procedimiento y se resuelvan en una misma sentencia, con tantos pronunciamientos como pretensiones ejercitadas (es el supuesto del art.

71 Vid. <http://www.monografias.com/trabajos65/litisconsorcio/litisconsorcio2.shtml>, consultada en julio de 2010.

72 Vid. MONTERO AROCA, J.: "Lección 3ª", cit., p. 89.

71.2⁷³ LEC)⁷⁴. La segunda procede cuando un mismo demandante ejercita varias pretensiones frente a varios demandados (acumulación activa), varios demandantes interponen varias pretensiones frente a un mismo demandado (acumulación pasiva) o varios demandantes interponen varias pretensiones frente a varios demandados (acumulación mixta) para que todas las pretensiones, entre las que existe un nexo por razón del título o causa de pedir⁷⁵, se sustancien en un mismo procedimiento y se resuelvan en una misma sentencia, con tantos pronunciamientos como pretensiones ejercitadas (es el supuesto del art. 72⁷⁶ LEC). Se ve, pues, la enorme relación existente entre esta segunda acumulación y el litisconsorcio voluntario o facultativo. De ahí que se la haya –incorrectamente-⁷⁷ conocido tradicionalmente como dicho litisconsorcio.

En el ordenamiento jurídico boliviano es el art. 114 CPC (antes, el 328⁷⁸ del abrogado CPC) el que se refiere a toda “demanda con pretensión múltiple” (acumulación inicial de acciones), sin distinguir entre exclusivamente objetiva

- 73 El artículo 71 trata el “efecto principal de la acumulación. Acumulación objetiva de acciones. Acumulación eventual” bajo los siguientes términos:
“1. La acumulación de acciones admitida producirá el efecto de discutirse todas en un mismo procedimiento y resolverse en una sola sentencia.
2. El actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí.
(...)”.
- 74 Atendiendo a la regulación de la LEC, cabe sintetizar y enumerar los presupuestos de admisibilidad de este tipo de acumulación objetiva de la forma siguiente:
1. Necesaria iniciativa del demandante (no cabe de oficio): voluntaria o por imposición legal (art. 73.3 LEC).
2. Competencia genérica: del orden jurisdiccional civil (73.1.1° LEC).
3. Competencia objetiva (por la materia y por la cuantía: conocer de las pretensiones acumuladas y quien tiene competencia para lo más también tiene competencia para lo menos (73.1.1° LEC).
4. Competencia territorial: la fundamental es la que prima (art. 53.1 LEC), o el de mayor número de acciones acumuladas o el de la acción más importante cuantitativamente.
5. Procedimiento adecuado: no es posible si por la materia deben ventilarse las pretensiones en juicios diferentes (no pueden acumularse en el ordinario las que deban tramitarse en proceso especial o para las que existan juicios especiales).
6. Conexión subjetiva: es posible incluso con conexión subjetiva y no objetiva.
7. Compatibilidad con las pretensiones: son incompatibles cuando: a) se excluyen entre sí (la estimación de una excluye o hace ineficaz la estimación de la otra: por ejemplo, este supuesto se produciría si el actor pidiera la tutela del mismo crédito frente a dos demandados diferentes) y b) son contrarias entre sí (los hechos que fundamentan una de ellas suponen la negación de la otra). Vid. art. 71.2.3. y 4 LEC.
- 75 A este tipo de acumulación se le aplica el régimen de la acumulación objetiva, salvo (en relación con los presupuestos de admisibilidad) que es necesario este requisito adicional (que entre las pretensiones exista un nexo objetivo por razón del título o causa de pedir) y, por otro lado, que, en materia de competencia territorial, se añade que si la competencia pudiera corresponder a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante (art. 53.2 LEC).
- 76 El artículo 71 trata la “acumulación subjetiva de acciones” bajo los siguientes términos:
“Podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir.
Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos”.
- 77 Incorrectamente porque, como bien precisa MONTERO AROCA, en esta acumulación ni hay un litigio único (sino tantos como pretensiones) ni comunidad de suerte entre los litisconsortes (habrá una sentencia con tantos pronunciamientos como pretensiones ejercitadas y cada uno con su contenido). Vid. MONTERO AROCA, J.: “Lección 6ª”, cit., p. 169.
- 78 El artículo 328 trataba la “pluralidad de peticiones” bajo los siguientes términos: “En una demanda podrán plantearse todas las acciones que no fueren contrarias entre sí y pertenecieren a la competencia del mismo juez”.

y objetivo-subjetiva. Al respecto el ya citado ACSJ núm. 76 de 25 de febrero de 2002 pergeñaba, bajo la vigencia del abrogado CPC de 1976, que, tanto “la acumulación objetiva como la ampliación subjetiva de una demanda, puede darse ab-initio (originaria), o en un momento procesal posterior, tal como disponen los arts. 328 y 332 del Adjetivo Civ. Este último permite al actor “modificar o ampliar” su demanda hasta antes que ésta sea contestada que es el límite, y esta ampliación puede comprender ambos aspectos señalados: objetivo (exclusión o incorporación de pretensiones) y subjetivo (integración de otro u otros sujetos procesales en calidad de demandados-litis consorcio necesario).

En cuanto al aspecto objetivo de una acumulación de acciones por inserción, ella es procedente cuando se trate de la misma causa y objeto, a la vez que correspondan a la misma competencia, y subjetivamente, cuando las acciones estén dirigidas a la misma persona del demandado o un tercero que sea causahabiente a título particular o universal de éste, a fin de que se tramiten y resuelvan los derechos en un solo proceso, con una sentencia única en términos de concentración y economía, para evitar posible contradicción de fallos e inclusive imposibilidad práctica de cumplimiento. Es más, esta acumulación subjetiva, que en la doctrina se distingue en “propia e impropia”, división que carece de importancia, procede cuando las pretensiones sean conexas en virtud de la causa, del objeto o de ambos elementos a la vez”.

El art. 114⁷⁹ CPC exige, como requisitos que deben concurrir para la admisión de la acumulación inicial de acciones (sea exclusivamente objetiva u objetivo-subjetiva): 1º) que las mismas versen sobre materias iguales, análogas o conexas; 2º) que las acciones no sean incompatibles entre sí (salvo en caso de acumulación alternativa); 3º) y que se puedan tramitar por igual procedimiento. Con respecto a estos requisitos, se observa lo siguiente:

1ª) Frente a la regulación del anterior CPC (art. 328), se ha añadido el primer requisito aludido, lo que implica que, a diferencia de lo que sucede en el ordenamiento jurídico español, en el boliviano sólo cabe acumular inicialmente acciones que guarden cierta conexión objetiva (en el español este requisito no se exige en caso de acumulación exclusivamente objetiva **ex** art. 71.2 LEC, pues pueden provenir de distintos títulos).

Líneas más arriba adelantábamos que el art. 47. I *in fine* CPC se refiere expresamente a un posible tipo de conexión –prejudicial- entre las pretensiones,

⁷⁹ El tenor literal de este precepto es el siguiente:

“En la demanda con pretensión múltiple deberán concurrir los siguientes requisitos:

1. Se trate de pretensiones de materias iguales, análogas o conexas.
2. Las pretensiones no sean contrarias entre sí, salvo el caso de que una se proponga como alternativa de la otra.
3. Todas puedan sustanciarse por el mismo procedimiento”.

consistente en que la sentencia que hubiese de recaer en la resolución de una pretensión pudiese producir efectos prejudiciales en la que hubiese de recaer en la resolución de otra, requisito contemplado expresamente en el art. 76.1, 1º LEC para el caso de acumulación de procesos, pero no así de acumulación inicial de acciones. Pues bien, hay que decir que dicha previsión parece innecesaria o superflua porque, siendo la acumulación de acciones inicial, es claro que, de existir prejudicialidad, las acciones son “conexas” (se cumple el primer requisito) y “compatibles entre sí” (también se cumple el 2º requisito). Aunque previsiones como la aludida no sorprenden demasiado, considerando que tampoco hay una plena concordancia entre la conexión entre las pretensiones a que alude el art. 47.1 CPC (“por su causa u objeto”) y la conexión contemplada en el art. 114.1 CPC (versar sobre “materias iguales, análogas o conexas”).

2ª) Por otro lado, también se ha añadido *ex novo* con respecto a la regulación del CPC anterior, el tercer requisito indicado, de forma similar a como se exige en el art. 73.1, 2º LEC.

3ª) Y, por último, se ha suprimido el requisito que exigía el art. 328 del anterior CPC relativo a que todas las acciones –cuya acumulación se pretende– sean competencia del mismo órgano jurisdiccional. Si bien es cierto que esta supresión sería muy criticable en ordenamientos jurídicos como el nuestro, no lo es tanto en otros como el boliviano, al quedar en principio absorbido este requisito por el de la conexión objetiva. Esto es, al exigirse en todo supuesto de acumulación inicial de acciones una conexión objetiva entre ellas, ya se está exigiendo implícitamente que el órgano judicial competente para conocer de cada una de las acciones sea el mismo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BARONA VILAR, S.: "El proceso cautelar en el nuevo Código Procesal Civil, un paso esencial en la tutela de los ciudadanos", *Revista Boliviana de Derecho*, 2015, núm. 19.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: "Lección 4ª", en CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., GIMENO SENDRA, V. y MORENO CATENA, V.: *Derecho Procesal Civil. Parte general*, Editorial Colex, Madrid, 3ª Ed., 2003.

GIMENO SENDRA, V.: *Derecho Procesal Civil I. El proceso de declaración. Parte general*, Colex, Madrid, 3ª Ed., 2010.

LÓPEZ JIMÉNEZ, R.: "Comentarios prácticos a la LEC. Arts. 12 y 420", *InDret*, núm. 4/2004, disponible en www.indret.com.

MARCOS FRANCISCO, D.: *Las partes en el proceso civil boliviano. Análisis comparativo con el proceso civil español*, Ed. El País, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2010.

MARCOS FRANCISCO, D.: "El nuevo juicio verbal tras la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil", *Revista General de Derecho Procesal*, 2016, núm. 38, edición electrónica: www.iustel.com.

MARCOS FRANCISCO, D.: "La intervención de terceros en el proceso civil de conocimiento tras el nuevo Código Procesal Civil boliviano", *Revista General de Derecho Público Comparado*, 2016, núm. 19, edición electrónica: www.iustel.com.

MONTERO AROCA, J.: "Lección 13ª", en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L. y BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional I. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 23ª Ed., 2015.

MONTERO AROCA, J.: "Lección 3ª", en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 23ª Ed., 2015.

MONTERO AROCA, J.: "Lección 6ª", en MONTERO AROCA, J., GÓMEZ COLOMER, J. L., MONTÓN REDONDO, A. y BARONA VILAR, S.: *Derecho jurisdiccional II. Proceso civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 23ª Ed., 2015.

PARADA MENDÍA, A.: *El tercero en el proceso civil*, El País, Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), 2009.



EL ESTADO ÚNICO DE HIJO EN ITALIA

EQUAL STATUS OF CHILDREN IN ITALY

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 318-363



Margot
BELLOMO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de febrero de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: El presente artículo estudia las relaciones paterno-filiales en Italia, a través de una perspectiva diacrónica, a partir del Código civil del 1865 hasta la reciente reforma del 2012. El estudio pretende profundizar las razones histórico-jurídicas de la tradicional regulación dispar entre la filiación legítima y la natural y, además, analizar el camino jurídico que ha permitido llegar hoy a la proclamación de la paridad de todos los hijos, con independencia de la condición de los progenitores.

PALABRAS CLAVE: Relación paterno-filial, filiación legítima y natural, familia, unicidad de estado.

ABSTRACT: This article examines the relationship between the parent and the children in Italy through a diachronic perspective, from the Civil Code of 1865 to the recent 2012 reform. The study attempts to deepen the historical and the juridical reasons of the traditional unequal treatment between legitimate children and the natural one. Also it attempts to analyse the juridical route that allows to arrive today to the proclamation of equality of all children, independently from the matrimonial status of progenitors.

KEY WORDS: Parent-child relationship, legitimate and natural filiation, family, equality of status.

SUMARIO.- I. LA EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL.- 1. Desde el Código de 1865 hasta la disciplina del Código de 1942.- 2. La Constitución y el reformado Derecho de familia de 1975.- 3. La reforma operada por la Ley n. 219 del 2012 y el Decreto legislativo n. 154 del 2013.- II. LA RELACIÓN DE FILIACIÓN Y EL ESTADO ÚNICO DE HIJO: NOCIÓN Y CONTENIDO DE LA RELACIÓN.- III. EL ESTADO DE HIJO MATRIMONIAL.- 1. La acción de desconocimiento.- 2. Las acciones de estado.- IV. EL ESTADO DE HIJO NO MATRIMONIAL.- 1. La oposición al reconocimiento.- 2. El reconocimiento del hijo incestuoso.- 3. La impugnación del reconocimiento.- 4. La declaración judicial de paternidad y maternidad.

I. LA EVOLUCIÓN JURÍDICA DE LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL.

La relación de filiación y la institución de la familia (lugar en el cual, por tradición socio-jurídica, se desarrolla dicha relación) están profundamente enlazadas, influyéndose mutuamente y evolucionando, a veces, simultáneamente y, a veces (probablemente en la mayoría de los casos, por lo que a la historia italiana concierne), por separado.

La filiación y la familia son fenómenos multiformes que no se exteriorizan sólo en la realidad jurídica: son manifestaciones universales, conocidas por todas las sociedades, que sólo en un momento posterior han sido juridificadas.

En este sentido, parece siempre muy eficaz, la conocida, pero acaso exageradamente manida, imagen descriptiva de la familia de A.C. JEMOLO, según el cual: "la familia es una roca que el mar del Derecho lame sin atravesarla"¹.

Desde luego, un estudio sobre el tema de la filiación no puede prescindir de la continua referencia al "fenómeno familia", que puede ser entendido tanto en una forma amplia, esto es, la familia parental o grupo de personas con una común descendencia, como en una forma estricta forma restricta, es decir, la familia nuclear a la cual se refiere la Carta Constitucional italiana y el Código civil.

¹ Con referencia a esta conocida cita, un autorizado autor afirma, explicándola, que "es una imagen sugestiva y emblemática que tal vez no significa tanto la incapacidad de la familia para ser medida con el metro de la regla jurídica, cuanto la incongruencia de la pretensión estatalista de penetrar en profundidad en la disciplina de una realidad natural; es decir, la falta de idoneidad de esta realidad natural para ser sometida a una heterorregulación que elimine su originaria autonomía". DALLA TORRE, G: *Famiglia, diritto e diritto di famiglia, Studi raccolti da F. D'Agostino*, Edizioni Universitarie Jaca, Milano, 1985, p. 54.

• Margot Bellomo

Abogada. Doctora en Derecho civil.) 2014. Master en derecho de la Convención europea y tutela de los derechos humanos, Robert Schuman 2015, Estrasburgo (Francia) 2015. Desde 2014 miembro del comité de redacción de la Revista Jurídica "Diritto di famiglia e delle persone", Giuffrè Editore. Docente contratada de Derecho Procesal Civil, Libera Università Maria SS. Assunta, Palermo (Italia) 2015/2016.

El concepto de familia incluye en sí mismo una importante (además de antigua) endiádis: familia matrimonial/familia no matrimonial. Los dos términos son, en realidad y desde siempre, culturalmente y jurídicamente antitéticos, no obstante los esfuerzos, sobre todo del mundo contemporáneo, para obtener la unidad de estado de hijo, sin diferencias de derechos de los hijos según su filiación. De ese binomio deriva otro, también antitético: hijos matrimoniales e hijos no matrimoniales.

Históricamente, la rigurosa contraposición entre la familia legítima y la familia natural se ha manifestado a través de un tratamiento jurídico diferente, en detrimento de los hijos naturales, por las características propias de los progenitores; por lo tanto, a los fines pretendidos en el presente trabajo, resulta imprescindible, a través de una perspectiva diacrónica, profundizar en las razones histórico-jurídicas de una regulación dispar entre los dos tipos de filiación, analizando, además, el camino que permitió avanzar, poco a poco, hacia una mayor igualdad, hasta llegar a la actual proclamación de la paridad de todos los hijos, con independencia de la situación de los progenitores.

I. Desde el Código del 1865 hasta la disciplina del Código de 1942.

A principios del siglo XX, el régimen jurídico de la familia se basaba en el Código Pisanelli, que entró en vigor en el año 1865, el cual manifestaba fuertemente su conexión, por una parte, con el modelo napoleónico, y, por otra, con los principios de la neo-Italia unida, en particular con el principio de laicidad, que en todo caso no obstaculizaba la presencia de instituciones de impronta católica, no obstante la fuerte contestación social de la época².

Con particular referencia, por una parte, a las condiciones concretas del tejido social y de la costumbre italiana y, por otra, a los estándares normativos ofrecidos por los códigos anteriores a la Unidad de Italia (1861), el modelo napoleónico se mostraba como único punto de partida para la elaboración del nuevo Código.

El Código Pisanelli se inspiraba “en un concepto contractualista e individualista de fuente liberal”, que se remontaba, como ya se ha dicho, al *Code civil*, en el que, no obstante, subyacía una vena autoritaria, favoreciendo siempre la familia legítima y diferenciándola, de forma neta, de la familia natural.

2 En el momento histórico era fuertemente cuestionado el poder temporal del Papa, lo que dio lugar a la “cuestión romana”, como consecuencia de la aprobación de las leyes n. 3036/1866 y 3848/1867 (con las cuales se negó el reconocimiento a gran número de organizaciones religiosas y se suprimieron multitud entes religiosos, considerados superfluos, cuyos bienes pasaron, en ambos casos, al dominio estatal) y de la famosa “brecha de porta Pia” del 20 Septiembre 1870, es decir, cuando se decretó la fin del Estado Pontificio, como poder histórico-político y Roma fue anexionada al Reino de Italia, llegando a ser en 1871 capital de Italia. No obstante la grande influencia laica de este período, la misma no impregnó el matrimonio, hasta el punto de permitir la introducción del divorcio.

El concepto de familia que surge de la lectura del código unitario y del lenguaje jurídico siguiente no es unívoco; en ciertos casos, se identificaba con la familia nuclear, de la cual formaban parte los padres y los hijos; en otros, en cambio, era elástico, incluyendo el parentesco. El art. 48 del Código del 1865 reconocía el vínculo de parentesco dentro del décimo grado y así, paralelamente, el art. 742 del mismo Código admitía la sucesión legítima dentro del décimo grado.

De acuerdo con la tradición, los poderes familiares recaían solamente en manos del marido/padre, al cual la mujer debía obediencia: ilustra la condición de la mujer en aquel tiempo que necesitara la autorización marital por todos sus actos jurídicos. Además, aunque la potestad sobre los hijos menores fuese atribuida a los dos progenitores, siendo la familia, como el mismo Pisanelli refería, "una pequeña monarquía donde el padre es el soberano", únicamente el marido ejercitaba dicha potestad.

La patria potestad terminaba con la mayoría edad del hijo, que se alcanzaba a los 21 años y también con la emancipación (art. 220). Los arts. 63 y 64 requerían el consentimiento del padre (o del abuelo) como unas de las condiciones necesarias para que el hijo (o nieto) pudiese contraer matrimonio, con un único límite: se respetaba la voluntad matrimonial de los hijos legítimos y naturales mayores de 25 años, si eran varones, y de 21 años, si eran mujeres.

Toda la estructura normativa favorecía, en grado sumo, a los hijos matrimoniales (los legítimos), aunque, con cierto rigor y prudencia, se permitía el reconocimiento del hijo natural, siempre que no fuera ni adulterino ni incestuoso, y se le reconocieron ciertos derechos alimentarios y sucesorios.

Respecto al hijo natural, el art. 189 del Código de 1865 afirmaba la prohibición de investigación de la paternidad, salvo en los casos de secuestro o violación violenta, mientras que el art. 190 admitía la investigación de la maternidad, estableciendo que el hijo tuviese probar "ser lo mismo que ella parió". El hijo natural no estaba incluido en la sucesión del progenitor, a menos que la relación de filiación fuese legalmente reconocida o judicialmente declarada (art. 743).

En particular, los hijos naturales reconocidos podían recibir la mitad de la cuota de los legítimos, los cuales tenían, además, la facultad de satisfacerla a los naturales con dinero o con bienes inmuebles hereditarios "según una justa valoración", a fin de preservar la unidad de la hacienda familiar (art. 744, II).

En ausencia de hijos legítimos y en caso de concurrencia con los ascendientes o con el cónyuge del progenitor natural, el hijo natural reconocido podía recibir los dos tercios de la herencia, y el restante se devolvía a los antedichos sujetos (art. 745, I); en caso de concurrencia con los ascendientes y con el cónyuge, se deducía

el tercio en favor de los ascendentes y el cuarto del cónyuge, devolviéndose lo restante al hijo natural (art. 745, II).

También en la sucesión testamentaria el hijo natural reconocido era de peor condición: tenía derecho a la mitad de la cuota que le hubiera correspondido, si hubiese sido legítimo. De todos modos, la porción de los hijos naturales no podía causar una reducción de la cuota legítima, constituyendo, al contrario, una deducción de la disponible. Por otra parte, el hijo natural, aunque reconocido, no podía reclamar ningún derecho sobre los bienes de la familia de la madre o del padre, ni tampoco ellos sobre los bienes del hijo natural (art. 749).

El medio siglo que siguió la codificación unitaria fue, respecto al derecho de familia, casi totalmente estacionario; varias fueron las iniciativas legislativas a fin de la modernización de un sistema del Derecho de familia que ya no representaba a la sociedad italiana, pero las mayorías de estas no llegó más allá de la mera discusión parlamentaria

La estructura familiar, mientras tanto, se fue transformando: la "familia extensa" manifestaba señales de disgregación en favor de la "familia nuclear", y por lo tanto la legislación, de manera lenta, pero constante, se fue haciendo eco de este cambio. En esta óptica, se integra una de las primeras intervenciones llevada a cabo por el Decreto Ley "lugartenencial" de 16 noviembre 1916 n. 1686 que, modificando el art. 742, II CC, limitaba las sucesiones intestadas hasta el sexto grado. El nuevo límite no ha sido modificado ni con el código civil del 1942, ni con la reforma del 1975, ni con la del 2012.

La reforma del Derecho de familia tuvo lugar, en aquel momento, por el impulso de movimientos sociales y políticos; desde entonces fue cada vez más grande el estado de opinión, sobre todo en los últimos años del siglo XIX y en los primeros del siglo XX, en favor del reconocimiento de mayores derechos por los hijos naturales.

Una importante intervención tuvo lugar con el Decreto "lugartenencial" n. 903 de 24 junio 1915, que disciplinaba el matrimonio por poderes, permitiendo así regularizar la condición de muchas parejas y de legitimar, entonces, los hijos naturales. Otro Decreto del 1916 admitió la investigación judicial de paternidad, y con respecto al mismo tema, en el 1917, se permitió la investigación de la paternidad por los hijos adulterinos y también por los incestuosos.

Aunque fueron intervenciones aisladas e inorgánicas, constituyeron, sin duda, un importante punto de partida para los trabajos de la nueva codificación civil llevada a cabo entre las dos guerras mundiales, aunque el advenimiento del fascismo hubiese traído consigo un nuevo concepto de familia de tipo institucional y jerárquico. El régimen fascista limitó los espacios de expresión y de libertad, comprimidos,

ante todo, por el poder autoritario del cabeza de familia, en tanto que padre y marido, si bien éste no debía ejercer dicho poder en su beneficio, sino al servicio de la consecución de objetivos comunes, casi como si la suya fuese una función de Derecho público.

Los intereses de la familia eran subordinados a aquellos del Estado, como afirmaba autorizada doctrina: “el matrimonio non es una institución creada para beneficio de los cónyuges, sino más bien un acto de dedicación y de sacrificio de los individuos en el interés de la sociedad, de la cual la familia constituye núcleo fundamental”³.

Dicha ideología representa la clave de lectura de varias intervenciones legislativas. Los progresos, en verdad escasos, en materia de emancipación femenina sufrieron una abrupta involución por causa de una legislación muy restrictiva, y los inestables equilibrios alcanzados antes del advenimiento del régimen fueron modificados después de los acuerdos con la Iglesia en tema de matrimonio, disciplinados por los Pactos Lateranenses del 1929.

Los resultados más concretos durante la elaboración del nuevo Código civil, empezada en los años 20 sin particular empeño, se lograron justamente en materia de Derecho de las personas y de la familia: en el 1930 fue presentado el proyecto de la Comisión real sobre el Libro I del Código civil, entrado en vigor en el 1939. Todo el nuevo Código civil fue rápidamente promulgado con el Real Decreto del 16 marzo 1942 n. 262.

Reproduciendo normas sustancialmente idénticas a las del Código civil del 1865, el Relator respecto del Código del 1942 afirmaba que “aunque modificadas las costumbres y las condiciones sociales, no se ha considerado oportuno modificar la fundamental disciplina de las relaciones entre cónyuges [...]; la costumbre del tiempo es perfectamente compatible con esta fundamental disciplina de la familia, y no se deben modificar fórmulas que tienen el prestigio y la fuerza de una tradición”. La tradición a la cual se refería el Relator se manifestaba como una reglamentación piramidal de la institución familiar en la relación con el cónyuge y con los hijos.

En conformidad con la tradición jurídica dieciochesca, la disciplina de la filiación del Código del 1942 se basaba en una rigurosa contraposición entre la familia legítima y la familia natural; esta última no venía considerada como entidad autónoma, mientras que las relaciones de filiación natural tenían una relevancia jurídica parcial, ya que existía “uno específico interés del régimen totalitario en dar a través del orden familiar una poderosa representación del orden social, volviendo la familia legítima a

3 Rocco, A.: “La legislazione”, en AA.VV.: *Civiltà fascista*, Torino, 1935, p. 312.

ser una figura ideal de Estado autoritario y un sujeto jurídico tan privilegiado, como discriminado tenía que ser cada núcleo familiar natural”.

La plenitud de *status* de filiación se reconocía solo a los hijos legítimos, o sea a los nacidos de progenitores casados, los cuales gozaban de una plena tutela; por el contrario el Código del 1942 expresaba hacia los hijos ilegítimos, o sea los hijos nacidos de padres no casados, un genérico desfavor, que se manifestaba a través de los límites de reconocimiento y de la disminución de sus derechos (sobre todo sucesorios).

Los hijos reconocibles adquirirían el estado de hijo natural circunscrito a la relación con el único progenitor que lo había reconocido, y, aunque ambos progenitores lo hubiesen reconocido las relaciones paterno-filiales eran autónomas entre ellas. Consecuencia directa de los reducidos efectos del reconocimiento era la imposibilidad de extensión de los mismos a los parientes, quedando limitados exclusivamente al ámbito paterno-filial. Se negaba, por tanto, la subsistencia y la relevancia del parentesco natural, salvo para los supuestos tasados y excepcionales disciplinados en el art. 87 CC, relativo a los impedimentos matrimoniales; el art. 435, III, CC, en tema de alimentos; y el art. 577 CC en materia de sucesiones *mortis causa*.

La originaria “condena” del fenómeno de la filiación natural se manifestaba, ante todo, a través de la rígida disciplina de la investigación judicial de paternidad: el hijo podía promover la acción de reclamación dentro de dos años a partir de la mayor edad y tenía que superar un primer juicio de admisibilidad, *conditio sine qua non* para el verdadero proceso de establecimiento. Además, el proceso, a tenor del art. 269 CC, no podía basarse en cualquier medio de prueba. Constituían supuestos tasados: haber cohabitado notoriamente la madre y el padre como cónyuges durante la concepción; la existencia de una sentencia civil o penal que constatará, aunque fuese indirectamente, la paternidad, o de una declaración escrita inequívoca del progenitor; un hecho de secuestro o de violación durante el periodo de la concepción, y, en fin, la posesión de estado de hijo natural basado en hechos que constituyesen serios indicios de la relación de filiación.

Aunque la situación de los ilegítimos reconocibles era discriminatoria, todavía era peor la de los hijos adulterinos y los incestuosos, o sea los ilegítimos no reconocibles: la categoría era considerada como un peligro para “el ordenado desarrollo de la vida social”. Así que, una vez identificados como hijos ilegítimos, se les impedía la posibilidad de adquirir un “status”, aunque limitado, como era el reservado al hijo natural.

Los hijos incestuosos y los adulterinos no podían ser reconocidos por los progenitores naturales salvo que en supuestos tasados, entre ellos, por cuanto concierne a los primeros, en la hipótesis de buena fe de los progenitores durante

el periodo de la concepción; y por, lo que respecta a los segundos, en el supuesto de que el progenitor fuese libre en el momento de la concepción o en el caso de disolución del matrimonio por muerte del cónyuge (arts. 251, 252 CC).

Además, el diferente tratamiento se manifestaba también desde el punto de vista sucesorio, porque a los hijos legítimos se les reservaba una cuota indisponible de la herencia, mientras que a los hijos naturales reconocidos, aunque formaran parte de la categoría de los legitimarios, les pertenecía una cuota reducida. En efecto, según el art. 539 CC, al hijo natural reconocido o declarado se le reservaba un tercio del patrimonio del progenitor; si éste dejaba un único hijo natural, o la mitad, si los hijos eran más de uno.

El Código disciplinaba también la hipótesis de concurrencia entre hijos naturales reconocidos y los legítimos, y, en este caso, los primeros recibían la mitad de la cuota debida a los legítimos y siempre que la cuota de estos últimos no fuera inferior al tercio de la herencia, considerando que la cuota global reservada era de dos tercios (art. 541, I CC).

De fuente dieciochesca era la norma del art. 541, que en su segundo párrafo, establecía el derecho de los hijos legítimos a la conmutación de la cuota de la herencia debida al hijo natural, es decir, que los primeros podían excluir al segundo de la asignación de los bienes, pagando en dinero la porción de cuota o elegir bienes para atribuirlos al hijo natural. La *ratio* de la norma residía en la preservación del patrimonio en el seno de la familia legítima y en la tutela, en definitiva, de esta última; los hijos legítimos podían, entonces, atribuir a los hijos naturales, a través de un acto unilateral, una suma de dinero o la propiedad de bienes hereditarios de valor, al menos igual a la cuota que le pertenecía: de esta manera se expulsaba a los hijos naturales de la comunidad hereditaria.

Es digna de mencionar la norma que regula la sucesión por representación, esto es, el art. 467, I CC, que en su formulación originaria, no incluía ninguna referencia a los descendientes naturales, contemplando sólo a los descendientes legítimos: la representación permite que los descendientes legítimos subentren en lugar de su ascendiente, cuando este último no puede o no quiere aceptar la herencia o el legado. El legislador del 1942 incluyó, sin embargo, entre los sujetos a los cuales se podía suceder por representación también los hijos naturales del *de cuius* (art. 468, I, CC), creando así una incongruencia a nivel de sistema entre los sujetos representados y los representantes. En efecto, el hijo natural podía ser representado por sus descendientes legítimos, mientras que el primero no podía suceder por representación a su propio progenitor.

En el sistema del 1942, el hijo natural podía suceder al ascendiente legítimo de su progenitor natural sólo en la hipótesis que el ascendiente no dejara ni el cónyuge

ni ascendientes, ni hermanos ni hermanas (o sus descendientes), ni otros parientes legítimos dentro del tercer grado (art. 577 CC).

El art. 592 CC deponía que los hijos naturales, si los descendientes legítimos existían, no podían recibir por testamento más de lo que habrían recibido si la sucesión hubiera sido por ley. En fin, por lo que respecta a los hijos no reconocidos o no reconocibles, ellos no podían suceder *mortis causa*, pero eran destinatarios de un subsidio económico (art. 594 CC).

La comprensión de la capacidad sucesoria era aún más severa para los hijos naturales no reconocibles, porque ellos no podían recibir por testamento más de la mitad de lo que les correspondía en la sucesión al menos favorecido de los legítimos (art. 593 CC); y, en fin, en paralelo con este último artículo, el Código sancionaba con la nulidad la donación efectuada por el progenitor al hijo natural, si la filiación no podía ser reconocida o declarada (art. 780 CC).

El legislador, a fin de tutelar la familia legítima y de evitar que la familia natural constituyese una estructura paralela, reconocía una limitada relevancia jurídica a las relaciones de filiación natural, en consideración a la idea de que el hecho natural de la procreación no daba lugar siempre a una relación jurídica de filiación.

2. La Constitución y el reformado Derecho de familia del 1975.

La realidad normativa antes descrita fue progresivamente modificada, sobre todo, como consecuencia del orden axiológico establecido en la Constitución de 1948. La Constitución proclamó el principio de igualdad y de dignidad de todos los ciudadanos, vetando distinciones de trato jurídico basadas en el estado de la persona, y aunque se omitía la expresa referencia al término “filiación”, la mejor doctrina, ya desde entonces, sustentaba su referencia también a la condición de nacimiento.

A ese proceso de desmoronamiento del sistema del Código civil contribuyeron, ante todo, las intervenciones de la Corte Constitucional, destinadas a reducir o a eliminar las discrepancias entre las normas del Código y los principios constitucionales. En efecto, la evolución jurisprudencial de la Corte con sus sentencias, sobre todo en ámbito sucesorio, constituyeron una importante base de discusión durante la reforma del Derecho de familia del 1975.

A diferencia del Código civil, que no prevé una noción de familia, el art. 29 Const. la define como una sociedad natural fundada sobre el matrimonio, formulando unos principios directivos que expresan los valores en los cuales el legislador se debe inspirar. Dicho artículo, en su segundo párrafo, dispone que “el matrimonio se funda en la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por ley

en garantía de la unidad familiar”. La familia, como expresión de las “formaciones intermedias entre Estado y sociedad”, es, entonces, el lugar en el cual se forma y desarrolla la personalidad de los cónyuges y de los hijos, haciendo recaer sobre los progenitores, por el mismo hecho de la procreación, la tarea de educar, mantener e instruir a la prole (art. 30, I, Const.).

El art. 30 establece en su tercer párrafo que la ley debe asignar a los hijos no matrimoniales toda clase de tutela jurídica y social, compatible con los derechos de los componentes de la familia legítima.

De la lectura conjunta de los arts. 2, 3 y 30 de la Carta Constitucional se puede deducir la preeminencia atribuida a la exigencia de asegurar el completo desarrollo de la personalidad del menor, con independencia de la condición de su nacimiento. Por lo tanto, los progenitores de hijos no matrimoniales tienen los mismos derechos/deberes que ellos tienen hacia los hijos matrimoniales.

En conformidad al principio de igualdad, la ley debe asegurar a los hijos naturales toda tutela jurídica y moral, compatiblemente con los derechos de la familia legítima, eliminando cualquiera “ofensa” al honor personal procedente de la condición de hijo no legítimo.

Los valores afirmados por la Constitución no gozaron de un inmediato y explícito reconocimiento ni normativo, ni social, por ser el Derecho de familia un ámbito muy influenciado por las convicciones sociales y estar la sociedad italiana muy anclada en una idea patriarcal y autoritaria de familia. La familia “constitucional” se puede integrar en el grupo de las formaciones sociales reguladas por el art. 2 Const., y es tutelada, no tanto como institución *per se*, sino por la función que cumple al servicio del desarrollo de la persona humana.

A través de una interpretación evolutiva de estos principios, se puede afirmar que el propósito del Constituyente no era el de cristalizar un cierto modelo de organización familiar, sino el de encomendar al legislador la tarea de traducir a nivel legislativo las exigencias de una sociedad civil en continua evolución. La noción constitucional de familia se basa en el principio de igualdad de los cónyuges y en el principio de solidaridad, el cual debe alcanzar a todos los miembros de la familia, también a los hijos nacidos fuera del matrimonio, prescindiendo del establecimiento formal del estado civil.

Como ya he avanzado, las intervenciones de la Corte Constitucional, anteriores a la reforma, aunque no pudieron disgregar el sistema existente, aspiraron a eliminar en cada caso enjuiciado la violación del principio de igualdad.

Una de las primeras cuestiones sometida a la Corte tenía como objeto la legitimidad de las disposiciones transitorias del Código civil, en particular la legitimidad del primer y segundo párrafo del art. 123, planteándose su conflicto con los arts. 3 y 30 Const. Esa disposición preveía para los hijos ilegítimos y para los adulterinos nacidos antes de la entrada en vigor del Libro I del Código, un límite a la investigación en orden a la declaración judicial de paternidad, siendo admitida, exclusivamente, si concurrían las condiciones tasadas del art. 189 CC 1865 (es decir las hipótesis de secuestro y de violación violenta). Considerado que a la luz del art. 269 CC 1942 la admisibilidad de la acción era extendida a los cuatros supuestos tasados antedichos, en el tránsito de la precedente legislación a la nueva se estableció un tratamiento discriminatorio con respecto a la misma categoría de personas, basado exclusivamente en la fecha de nacimiento, es decir, si ésta era anterior o posterior a la entrada en vigor del nuevo Código civil del 1942.

Pues bien, la Corte Constitucional declaró fundada la cuestión y la ilegitimidad del primer y segundo párrafo del art. 123 disp. trans. CC, por violación de los arts. 3 y 30 Const. La argumentación comienza con el análisis del principio sancionado en el art. 3 Const., el cual “[...] permite sin duda al legislador ordinario emanar normas diferentes respecto a situaciones objetivamente diferentes, siempre que la disparidad de tratamiento se funde en supuestos lógicos y objetivos que deben justificar racionalmente su adopción”⁴.

El art. 122, I, disp. trans. CC preveía la aplicación de las normas relativas al reconocimiento de los hijos naturales, también a los hijos nacidos o concebidos antes del 1 julio 1939; además, este reconocimiento producía efectos, incluso para las sucesiones abiertas antes de dicha fecha. El art. 123, en cambio, conservó el mismo límite previsto por el Código del 1865 (o sea sólo secuestro y violación), y por lo tanto el hijo natural, nacido antes del 1 julio 1939 no podía proponer la acción de los núm. 1, 2 e 4 del art. 269 CC.

Se consideró que la diversidad de tratamiento no estaba fundada en presupuestos lógicos: “[...] las limitaciones acerca de las investigaciones de paternidad regulada de forma transitoria por el art. 123 y la consecuente disparidad de tratamiento, constituyen una desviación de las finalidades que el legislador ha declarado expresamente perseguir. Desviación que no tiene ninguna justificación objetiva, respecto a la lógica del sistema, en la circunstancia que el hijo natural hubiera nacido antes o después del 1 de julio de 1939”⁵.

⁴ Corte Const. 7 febrero 1963, n. 7, *Giur. cost.*, 1963, p. 66.

⁵ *Ibidem*, p. 67

Sucesivamente, fue sometida al examen de la Corte Constitucional la cuestión de legitimidad de los arts. 467 y 577 CC, por violación de los arts. 3 y 30 Const., con respecto al tema de la filiación natural y al sistema sucesorio.

El art. 467 CC atribuía el derecho de representación del llamado a la herencia, que no podía o quería aceptar la herencia, sólo a los descendientes legítimos, mientras que el art. 577 CC atribuía análogo derecho, en el ámbito de la sucesión *ab intestato*, al hijo natural sólo en el caso de que el *de cuius* non hubiese dejado ni cónyuge ni descendientes ni ascendientes ni parientes dentro del tercer grado. Sobre este punto ya había intervenido la Corte Constitucional, que, sin embargo, había declarado la cuestión infundada, debido a la (errada) interpretación del Tribunal remitente, cuya ordenanza había sostenido una total asimilación, basada en el art. 3 Const., de los derechos sucesorios de los hijos naturales a los de los legítimos, desnaturalizando el art. 30 Const., tal y como se había interpretado hasta aquel momento⁶.

Para justificar la disposición del art. 467 CC, la doctrina mayoritaria afirmaba que no, existiendo ninguna relación de parentesco civil entre el hijo natural y el ascendiente (o hermano) del progenitor natural, habría sido, cuanto menos ilógico, una adquisición hereditaria por representación. La posición de la doctrina, no obstante, no se conciliaba bien con algunas normas del ordenamiento, entre ellas, el art. 87 núm. I, 3 y III párrafo CC, en tema de impedimentos matrimoniales, operantes también para los hijos naturales; el art. 435, III, CC respecto a las obligaciones alimentarias del ascendiente hacia el hijo natural de su hijo; y el art. 577 CC, que reglamenta la sucesión del hijo natural al ascendiente legítimo de su progenitor.

La Corte precisó que “la Constitución no garantiza al hijo natural (reconocido o declarado) una genérica defensa, sino la mayor tutela jurídica y social: una tutela adecuada a la posición de hijo, es decir (siempre que no haya una familia legítima) una tutela similar a aquella que el ordenamiento atribuye a los hijos legítimos en cada sector; incluso en el de la sucesión hereditaria”⁷. Esto no quería decir que se asimilasen, *sic et simpliciter*, los hijos naturales a los legítimos, pero esta asimilación era innegable cuando faltase una familia legítima, entendiendo esta última como aquella fundada en el matrimonio y compuestas sólo por los cónyuges y los hijos (excluidos los ascendientes y los parientes dentro del tercer grado).

En consecuencia, si el progenitor natural no quería o no podía aceptar la herencia, faltando el cónyuge y los hijos legítimos (es decir, faltando una familia legítima ex art. 30 Const.) se tenía que reconocer al hijo natural su derecho de representación. Por lo tanto, la Corte declaró la ilegitimidad constitucional del art. 467 y, como consecuencia del nuevo adquirido derecho de representación del hijo natural, según

6 Corte Const. 6 julio 1960, n. 54, *Foro it.*, 1960, I, p. 1068.

7 Corte Const. 2 febrero 1969, n. 79, *Giur. it.*, 1969, I, p. 1220.

la lectura constitucionalmente compatible del art. 467, la Corte declaró también la ilegitimidad del art. 577 CC.

Los principios afirmados por la antedicha sentencia constituyeron un importante precedente, que permitió declarar la ilegitimidad de otras normas que, violando los arts. 3 y 30 Const., desnaturalizaban su alcance e importancia. Por ello, fue declarado ilegítimo el art. 593 CC en la parte en que establecía que el hijo natural no reconocible no podía recibir por testamento más de la mitad de la cuota del hijo legítimo menos favorito, pudiendo el *de cuius*, en cambio, disponer de toda la cuota disponible, sin límites, en favor de personas extrañas a la familia. Los hijos naturales sufrían, así, un sacrificio no justificable a causa de su condición de nacimiento, siendo desfavorecidos respecto a personas extrañas⁸.

En seguida, fue planteada una excepción de inconstitucionalidad del art. 539 CC, basada en el principio afirmado por la sentencia n. 79/69 según la cual, como se ha dicho, la tutela jurídica de los hijos naturales no tenía que diferenciarse cuando faltara una familia legítima; este artículo determinaba una disparidad de tratamiento acerca de la reserva hereditaria de los hijos naturales respecto a la reserva de los legítimos ex art. 537 CC. Presuponiendo la ausencia de descendientes legítimos o del cónyuge del *de cuius*, si el progenitor dejaba un único hijo natural, a él le correspondía un tercio del patrimonio, mientras que si los hijos eran más de uno, le correspondía la mitad. Diferente era la disciplina de las cuotas de los hijos legítimos, porque en presencia de un solo hijo le correspondía la mitad del patrimonio y, si los hijos eran más, los dos tercios.

El art. 539 CC fue declarado inconstitucional a la luz de los arts. 3 y 30 Const., porque, faltando una familia legítima, resultaba injustificable un tratamiento diferente en detrimento de los hijos naturales, así que, desde entonces, se aplicó a los naturales la misma disciplina de los legítimos⁹.

A la luz de los principios afirmados por las precedentes sentencias, la Corte Constitucional declaró, además, la ilegitimidad del art. 575 CC, el cual preveía que, en ausencia de familia legítima, los hijos naturales tuviesen que concurrir con los ascendientes legítimos del progenitor natural, mientras que, por el contrario, los legítimos obtenían la entera cuota sin alguna concurrencia. La *ratio* de la decisión se basaba, principalmente, en la noción constitucional de familia legítima, sólo en presencia de la cual los derechos hereditarios de los hijos naturales podían ser limitados y en la cual no podía participar los ascendientes¹⁰.

8 Corte Const. 28 diciembre 1970 n. 205, *Giur. Cost.*, 1970, I, p. 764.

9 Corte Const. 30 abril 1973, n. 50, *Giust. civ.*, 1973, III, p. 152. La sentencia declaró la inconstitucionalidad también de los artículos 545 y 546 por la misma *ratio*, dada la expresa referencia operada por el art. 539 CC.

10 Corte Const. 27 marzo 1974, n. 82, *Giust. civ.*, 1974, III, p. 147.

A partir de los años sesenta, a través de la labor de la Corte, se ha impuesto la concreta realización de los valores y de los principios constitucionales, en cierto sentido, más acorde con los cambios de costumbre social, a fin de limitar las disparidades entre hijos naturales (reconocidos o declarados) e hijos legítimos; teniendo siempre en cuenta que el principio de igualdad, en aquel momento histórico, tenía que retroceder ante la institución familiar fundada en el matrimonio.

La Constitución, como ya he avanzado, contenía una idea muy innovadora, respecto al modelo patriarcal predominante en la disciplina del Código de 1942, pero esa idea no quedó totalmente actuada hasta la reforma del 1975. La Carta Constitucional contenía ya todos los puntos clave de la sucesiva reforma: sobre todo, la igualdad jurídica y moral entre consortes, como lógica consecuencia de la igualdad y paridad de todos los ciudadanos, que puede ser también entendida como derecho/deber de compartir la potestad y la corresponsabilidad por la educación y el sustento de los hijos. Se conecta, además, al principio de igualdad y paridad, el deber de reconocer todos los hijos, incluso los no matrimoniales.

Después de un largo período y la elaboración de diversos proyectos de ley, finalmente, en el año 1975 con la ley n. 151, se aprobó la más importante reforma del Derecho de familia, que llevó a cabo una ruptura con el pasado, en cierto sentido, revolucionaria. Muy incisiva fue la modificación de la disciplina de la filiación, sobre todo, de la natural, a la cual se le dio la misma dignidad que a la filiación legítima, a partir de la desaparición de la palabra "ilegítima". Quedaba todavía la idea que había dos categorías de filiación, que fueron disciplinadas en dos distintos Títulos, aunque se efectuaban los reenvíos, a su vez necesarios, a fin de obtener una disciplina uniforme. La técnica legislativa de la reforma es, pues, la tradicional de la equiparación entre hijos naturales e hijos legítimos, equiparación que, sin embargo, presupone una distinción de fondo entre las dos categorías, por eso, no se pudo alcanzar la muy deseada elaboración de una parte general del Código que regulara la relación de filiación con independencia del estado de cónyuges o no casados de los progenitores.

El legislador adoptó como principio directivo inspirador la correspondencia entre el dato jurídico y el dato biológico-natural, situando en la base de la disciplina de la relación paterno-filial la responsabilidad ética, jurídica y económica de la paternidad y de la maternidad. De la aplicación de esos criterios ha surgido la indicación basilar, según la cual quien quiera puede reconocer el hijo por él procreado y quien quiera puede iniciar el reconocimiento judicial de la paternidad natural y con cualquier medio de prueba. Fue, además, abolida la normativa relativa a los hijos adulterinos, pudiendo estos ser reconocidos por la madre y por el padre, aunque estuvieran unidos en matrimonio con otra persona durante el periodo de la concepción.

Permanecía la parcial excepción representada por los hijos incestuosos, reconocibles sólo cuando los progenitores ignoraban en buena fe la relación de parentesco o afinidad que los unía. A tal propósito muchos han sido los disensos acerca de esa parcial discriminación, hoy desaparecida con las modificaciones recientemente aportadas al art. 251 CC.

Con esa radical reforma de la filiación natural se alcanzó un diferente equilibrio con los miembros de la familia legítima; fue, en efecto, sancionado el principio de la paridad de tratamiento entre los hijos legítimos y los naturales, cuya afirmación deriva de la plenitud de los derechos de estos últimos hacia el progenitor que, en consecuencia del reconocimiento, asume "todos los deberes y todos los derechos que él tiene hacia los hijos legítimos" (art. 261 CC).

El legislador trató de lograr un nuevo equilibrio entre los hijos matrimoniales y no matrimoniales, también desde el punto de vista sucesorio, como se deducía de la lectura de las nuevas disposiciones de los arts. 536 y 537 CC, permaneciendo, no obstante, la facultad de conmutación en favor de los hijos legítimos. Al final, se puede afirmar que no se logró realizar la plena equiparación de los hijos con independencia de la condición de los padres, y, además, no se produjo ningún cambio de los límites de extensión del parentesco natural (en particular, el colateral): este elemento, desde siempre, según una parte de la doctrina, ha constituido la diferencia más evidente, además de discriminatoria, entre la filiación legítima y la natural, después de la reforma del 1975 y hasta la reciente reforma del 2012.

El reconocimiento o la declaración judicial de la filiación implican el establecimiento de la relación de sangre que el art. 74 CC pone como base de la relación de parentesco: si es pariente quien desciende de una misma estirpe, esa relación debería tener como presuposición el mero dato biológico y no la circunstancia de la existencia de un matrimonio; pero, ante el silencio normativo y la ambigüedad de la disposición, se ha siempre sostenido, hasta la reciente reforma, que ese vínculo nacía sólo si había un matrimonio. Por otra parte, ya en el sistema anterior a la reforma del 1975 se habían admitido algunas relaciones entre parientes naturales: por ejemplo, se otorgó el derecho de representación extendido, como ya se ha expuesto, a los descendientes naturales, merced a la labor de la Corte Constitucional.

El legislador disciplinó específicamente las relaciones entre el hijo natural y los ascendientes (arts. 148, 433, 467, 737 CC), quedando sin una regulación específica las otras relaciones de parentesco colateral. También para el legislador del 1975 el hijo legítimo era pariente a todos los efectos, mientras que el hijo natural tenía definidas y relativas parcelas de parentesco, exclusivamente, hacia algunos sujetos.

A la luz de la evolución normativa, la distinción entre filiación natural y legítima, desaparecida en general respecto a la relación paterno filial, persistía en diversos

aspectos jurídicos. El primero de ellos concierne al establecimiento del *status*: la filiación legítima es una consecuencia automática de la comunicación de nacimiento, mientras que la natural, en ausencia del vínculo matrimonial, comporta la necesidad de un establecimiento separado y distinto respecto de cada uno de los progenitores. Otros factores de distinción eran representados por la disciplina de la legitimación del hijo natural, por el mecanismo de atribución del apellido, como ya se ha avanzado, por la relación de parentesco y, en fin, por algunos mecanismos sucesorios.

En efecto, y con respecto a este último tema, resultaba muy difícil reconducir en los parámetros de constitucionalidad la *ratio* del art. 537, III, CC en tema de facultad de conmutación, el cual, aunque hubiese atravesado la nueva codificación del 1942 y la reforma del 1975, había quedado perfectamente indemne y que representaba, hasta la reciente reforma del 2012 que lo ha abrogado, una *liaison* con el sistema del 1865, absolutamente de matriz napoleónica, muy lejos de los principios constitucionales.

3. La reforma con la ley n. 219 del 2012 y con el decreto legislativo n. 154 del 2013.

No obstante los cuarenta años de distancia de la introducción de las modificaciones realizadas con ley de reforma del 1975 y aunque el principio constitucional de igualdad sea hoy mayormente preeminente respecto a la institución fundada en el matrimonio, hasta hoy quedaban elecciones inadecuadas del legislador, tendentes a conservar algunos privilegios en favor de la prole legítima, en particular, en materia sucesoria.

El cambio social, sin duda, está provocando, desde hace algún tiempo, la consideración de que existan nuevos modelos de relación familiar, no basados en la institución matrimonial, por tanto, rompiendo las lógicas de contraposición entre la familia matrimonial y la no matrimonial¹¹; y, en consecuencia, entre hijos matrimoniales y no. El escenario en tema de filiación se ha proyectado, entonces, hacia una identidad de posiciones, no de los "hijos", sino de los individuos, respecto a los cuales el elemento signifiante de la condición jurídica no puede ser el nacimiento de progenitores, casados o no.

En esa visión de transformación, también de la sociedad, se ha aprobado la ley de reforma n. 219/2012 (entrada en vigor el 1 de enero 2013), y el relativo decreto delegado n. 154/2013 (entrada en vigor el 7 de febrero 2014); la reforma

11 En este sentido aparece bastante adecuada a los cambios que ha experimentado la sociedad italiana, la recién aprobación de la ley n. 76 de 2016 sobre "Reglamentación de las uniones civiles entre personas de mismo sexo y disciplina de las convivencias". No obstante la Ley ha sido muy criticada por parte de aquellos, que partiendo de postulados conservadores son contrarios a la reglamentación de la unión civil entre personas del mismo sexo; como también por parte de los "partidarios de la causa", que consideran insuficiente la ley, por ejemplo, por no reglamentar el tema de la adopción por parejas del mismo sexo.

ha eliminado toda discriminación residual (terminológica y sustancial) entre hijos natural e hijos legítimos, llegando a la afirmación de la unidad del estado de hijo.

Como se verá en los próximos párrafos, ha sido radicalmente modificado el art. 315 CC que reglamenta el estado jurídico de la filiación e introducida una nueva norma, el art. 315 bis CC en materia de derechos y deberes de los hijos. Cuando es necesario indicar el origen del hijo, la ley prevé el empleo de las definiciones de “hijos nacidos dentro del matrimonio” y “hijos nacidos fuera del matrimonio”, en lugar de las precedentes, adecuando así la legislación ordinaria a la fórmula adoptada por el art. 30 Const.

Con referencia a este último tema, habían sido planteadas muchas críticas, ya antes de la aprobación de la ley, durante el examen del proyecto de ley, porque el texto, así formulado, sigue, en efecto, considerando la tradicional clasificación de la filiación como un reflejo del estado conyugal de los progenitores.

Ha sido, además, reconocido que el hijo natural es pariente de los parientes de su progenitor: la reforma del 2012, a fin de eliminar cada discriminación de estado entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales, además de proclamar la unidad de estado, ha removido unas de las peores aberraciones todavía existente, o sea aquella que negaba la instauración de vínculos de parentesco natural. Esa modificación tiene como primer e inmediato efecto el de modificar el *status* de consanguíneos en el parentesco entre el hijo natural y los hermanos, ascendientes o colaterales de su progenitor; así como que el reconocimiento de dicho *status* al hijo natural produce, también, efectos respecto de sus parientes.

La ley n. 219/2012 y el relativo decreto delegado de actuación, en conclusión, han llevado a cabo el proceso de unificación del estado de hijo, empezado con la reforma del 1975, liberándolo, por lo menos, por cuanto concierne a la titularidad sustancial, de la necesidad de la relación conyugal entre los progenitores.

II. LA RELACIÓN DE FILIACIÓN Y EL ESTADO ÚNICO DE HIJO: NOCIÓN Y CONTENIDO DE LA RELACIÓN.

La filiación es “la relación que hay entre los progenitores y los hijos, de la cual resultan la totalidad de los derechos, deberes, potestades y sometimientos, que constituyen recíprocamente la parte activa y pasiva de la misma. Sujetos son, entonces, los progenitores y los hijos, pero la relación toma el nombre de filiación, porque toda la disciplina se orienta, principalmente, a la tutela del hijo”¹².

12 CARAMICO D'AURIA, D. - CERVO, G.: “Il rapporto di filiazione e la filiazione legittima”, en *Diritto di famiglia nei nuovi orientamenti giurisprudenziali*, en *Trattato di diritto civile* (coord. por P. CENDON), Giuffrè, Milano, 2006, p. 7.

Como ya ha sido avanzado, la reforma del 1975, reduciendo hasta lo posible en aquel momento la histórica centralidad de la filiación legítima, había realizado la mayor equiparación posible entre hijos legítimos y naturales, de modo que, una vez establecido el *status*, todos los hijos gozaban de los mismos derechos y deberes hacia los progenitores.

Aunque la reforma no alcanzó a la elaboración de una parte general que regulara la relación de filiación prescindiendo de la existencia, o no, de un vínculo matrimonial, la doctrina prevalente, ya desde entonces, se orientaba en el sentido de determinar una parte sustancial de dicha relación que prescindiese de las modalidades de establecimiento del estado de hijo. En efecto, no obstante las diferencias de condición entre los legítimos y los naturales, en concreto, éstas no impedían afirmar la sustancial unicidad de la relación entre todos los hijos y sus progenitores.

Comenzando por la consideración de la unicidad de la relación sustancial “progenitor/hijo” prescindiendo de la existencia del vínculo conyugal, se considera pertinente distinguir la relación en dos partes: una parte general, relativa a la condición jurídica de hijo que tiene como objeto su titularidad sustancial, es decir, los derechos, los deberes y potestades (*rectius*, responsabilidades); una segunda parte, que tiene como objeto la disciplina formal relativa al establecimiento de la relación, que es sólo funcional a los aspectos sustanciales y en la cual, sin embargo, se necesita distinguir entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

Tanto los aspectos sustanciales como aquellos formales han sido profundamente modificados por la ley de reforma n. 219/2012, entrada en vigor en el 1 Enero 2013 y por el decreto delegado n. 154/2013, entrado en vigor el 7 Febrero 2014.

El cuerpo normativo reformado es el fruto de numerosas modificaciones que se subsiguieron en dos momentos, y de esa sucesión se ha considerado oportuno dar siempre cuenta.

Como ya se ha avanzado, el estado de hijo indica, sea la titularidad sustancial de la relación de filiación, sea la titularidad formal: la primera depende del hecho mismo de la procreación a la cual están conectados todos los derechos y deberes hacia el progenitor; que tutelan la exigencia de solidaridad de la persona; la segunda concierne a la titularidad de la relación jurídicamente establecida, que tutela la exigencia del reconocimiento público de la posición de hijo.

Después de casi cuarenta años, la ley n. 219 con el art. 1, VII ha introducido una nueva formulación del art. 315 CC que, bajo la rúbrica “Estado jurídico de la filiación”, establece de forma inequívoca: “Todos los hijos poseen el mismo estado jurídico”. Es entonces cuando la equiparación, técnica legislativa sustancial y formal de la reforma del 1975, es decir, la idea de paridad ha alcanzado, por fin, la afirmación

de la unicidad del *status* entre todos los hijos: matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos.

Al texto anteriormente vigente del art. 315 CC, en tema de deberes del hijo hacia los progenitores, ha sido añadido El art. 315 *bis* CC, de nueva inserción, cuya rúbrica es “Derechos y deberes del hijo”, y con el cual se ha llevado a cabo el principio consagrado en el art. 30 de la Constitución, el cual se refiere exclusivamente a la titularidad sustancial de todas las filiaciones.

Principales derechos del hijo, nacido dentro del matrimonio o fuera de él, son los relativos al mantenimiento, a la educación, a la instrucción y a la asistencia moral por parte de ambos progenitores, según y en el respecto de las capacidades del hijo, de sus propensiones y aspiraciones. Esa disposición se conecta, claramente, al art. 147 CC en tema de “Deberes hacia los hijos”: el aspecto especular de las dos normas se interrumpe allí donde en el art. 315 *bis* CC ha sido introducido el explícito derecho del hijo a la asistencia moral, asistencia, por otra parte, expresamente prevista por el nuevo art. 337 *ter* CC en tema de medidas relativas a los hijos en el caso de procedimientos ex art. 337 *bis* CC (procedimientos de separación, divorcio, disolución matrimonio). Se trata de “derechos fundamentales de solidaridad de carácter no patrimonial que responden al interés esencial del ser humano en recibir la ayuda y la guía necesarias para su formación”¹³ y que, prescindiendo del establecimiento del estado, siguen al hecho natural de la procreación.

El segundo párrafo del art. 315 *bis* CC sanciona, además, el derecho del hijo a “crecer en familia y tener relaciones significativas con los parientes”, derecho que, ya contemplado por el art. 1 Ley adopción, ha sido calificado como derecho subjetivo absoluto e inviolable. Y en este contexto se ha introducido el nuevo derecho sancionado por el art. 317 *bis* (nueva formulación), mucho más específico y especular al art. 315 *bis*, II, CC donde se reconoce el derecho de los ascendientes a mantener relaciones significativas con los nietos menores de edad.

El legislador presta, entonces, una particular atención a las relaciones afectivas con otros componentes de la familia, previsión ésta, que se conecta con el art. 155, I, CC (cuyo texto hoy integralmente ha confluído en el art. 337 *ter*, I, CC) en tema de separación; pues con el art. 315 *bis*, II, CC ha sido introducida una disposición normativa de carácter general, al lado de la específica en orden a las medidas relativa a los hijos durante la fase patológica de la relación matrimonial.

Siguiendo con el análisis del nuevo art. 315 *bis*, su tercer párrafo, acogiendo la normativa supranacional, sanciona el derecho fundamental del menor a ser oído, estableciendo que “El hijo menor que haya cumplido los doce años o de edad

13 BIANCA, C. M.: *La famiglia, Diritto civile*, Giuffrè, Milano, 2014, p. 278.

inferior; si es capaz de discernimiento, tiene el derecho de ser escuchado en todas cuestiones y procedimientos que lo afecten”, con lo que el niño no sólo es ya objeto de protección, sino también un verdadero sujeto de derecho¹⁴.

La nueva disposición ha introducido, pues, también en este caso, un principio de orden general que supera los límites aplicativos del anteriormente vigente art. 155 sexies CC, (hoy abrogado por el d.lgs. 154/2013, cuyo texto ha confluído en el art. 337 *octies*), del art. 316, III, CC y del art. 250, IV, CC, representando la audición del menor; no sólo un deber del juez, sino, y ante todo, un derecho del niño. El art. 337 *octies* CC prevé con carácter preceptivo la audiencia del menor por parte del juez en orden a dictar las medidas ex art. 337 *ter* CC, del cual se ha ya hablado antes. El art. 316, III, CC establece la audiencia del menor en caso de discrepancia en el ejercicio de la potestad de los padres (*rectius*, responsabilidad de los padres) y, en fin, el art. 250, IV, CC prescribe que el juez disponga la audiencia del menor en caso de oposición del progenitor que niegue su consentimiento al reconocimiento del hijo nacido fuera del matrimonio por parte del otro progenitor; del cual se hablará.

La formulación de la norma se conforma perfectamente con el art. 12 de la Convención de New York del 1989 sobre los derechos del niño, ratificada en Italia por ley n. 176/1991, que reconoce el derecho del niño a ser oído en todos los procedimientos judiciales o administrativos que lo afecten, por lo que corresponde a los Estados garantizar “al niño capaz de discernimiento el derecho de expresar libremente su opinión sobre cada cuestión que lo afecte”; esas opiniones deben ser tomadas en consideración “teniendo en cuenta su edad y su grado de madurez”¹⁵.

El atribución al hijo de una función activa en la relación de filiación se deduce, también, del último párrafo del art. 315 *bis* CC, el cual, reproduciendo sustancialmente el texto anteriormente vigente del art. 315 CC, establece los deberes del hijo hacia los progenitores, es decir, el deber de respetarlos y de contribuir, en conformidad al principio de solidaridad hacia la familia, a su mantenimiento hasta que él conviva con ella y según sus capacidades, y sus propios “ingresos”, entendiéndose por ellos los efectivamente percibidos, sin que pese sobre el hijo, aunque posea una abstracta capacidad para trabajar, la obligación de realizar una actividad remunerada, si la misma comporta un sacrificio de sus posibilidades de estudio y de formación.

Un razonamiento separado merece el tema de los hijos no reconocibles, según la anterior categorización, posponiendo a los sucesivos párrafos la profundización relativa a la modificación del art. 251 CC. Estos, también bajo la vigencia de la

14 Trib. Varese 24 enero 2013. Sobre el tema v. Cas., sez. un., 21 octubre 2009, n. 22238, *Foro it.*, 2010, p. 903, la cual estableció que cuando se debe escuchar el menor, en caso de su audiencia no haya tenido lugar, la decisión es nula por falta de integración del contradictorio. Cas. 17 febrero 2010, n. 3804; Cas. 26 marzo 2010, n. 7281; Cas. 7 octubre 2014, n. 21101, *D&G*, 2014, p. 6. App. Milano 21 febrero 2011, *Foro it.*, 2012, p. 919, la cual admite que la falta de audiencia pueda ser consecuencia de una elección del menor.

15 Corte Const. 16 enero 2002, n. 1, *Fam e dir.*, 2002, p. 230.

regulación anterior; no pudiendo ser reconocidos sino en supuestos tasados, gozaban del derecho a ser mantenidos, instruidos y educados por los progenitores. El art. 279 CC, aún vigente aunque modificado, establece que cuando no puede proponerse la acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad, el hijo puede proponer la acción para el mantenimiento, educación e instrucción, que no tiene, sin embargo, el valor de establecimiento formal de la filiación. El defecto del reconocimiento comporta, además, que los progenitores no puedan ejercer la potestad.

El legislador del 2012 ha intervenido de forma sustancial en el art. 251 CC: admitida en la actualidad la posibilidad de reconocer el hijo nacido de personas que son parientes entre sí, el reconocido goza de todos los derechos y deberes que caracterizan el *status* de hijo.

Aunque, como ya indicamos, los elementos sustanciales de la relación progenitor/hijo, tanto personales como patrimoniales, sean sustancialmente uniformes prescindiendo de la concreta modalidad de establecimiento del *status*, todavía en algunos aspectos la disciplina que regula la relación misma presenta diferencias según que haya un matrimonio o no. En ausencia de matrimonio, influye en la disciplina de la relación de filiación la convivencia entre los progenitores, la simultaneidad o no del reconocimiento por parte de ambos los progenitores y la existencia de una familia legítima.

Anteriormente a la entrada en vigor del decreto delegado n. 154/2013, si los padres no casados convivían con el hijo y lo habían reconocido contemporáneamente, la disciplina reguladora de la relación era la general: así que, según la norma del art. 317 *bis*, II CC (anterior disciplina, recuérdese que ahora el mismo artículo, como ya ha sido dicho, disciplina las relaciones con los ascendientes), que regulaba el ejercicio de la potestad sobre el hijo natural, en presencia de los dos referidos requisitos, se aplicaba el art. 316 CC, el cual preveía que la potestad era ejercida por ambos progenitores de común acuerdo.

Con respecto, pues, al ejercicio de la potestad, no había diferencias en relación a los padres casados, siempre que los progenitores naturales, como ya se ha dicho, convivieran con el hijo y hubiesen realizado el reconocimiento conjuntamente. En otras hipótesis, ex art. 317 *bis*, II CC, si los padres no convivían con el hijo, la potestad correspondía al progenitor conviviente, o en la hipótesis de que el hijo no conviviese con ninguno de los padres, a quien primero hubiese realizado el reconocimiento. El progenitor que no ejercía la potestad, sin embargo, tenía (y también ahora tiene), ex art. 317 *bis* últ. párr., “el poder de vigilar sobre la instrucción, educación y sobre las condiciones de vida del hijo menor”. En fin, el juez podía establecer otra cosa, incluso hasta excluir a ambos progenitores de la potestad y nombrar, en consecuencia, un tutor.

El decreto n. 154/2013 sustituye completamente el art. 316 CC (la cuya rúbrica es hoy "Responsabilidad de los padres"¹⁶ en lugar de "Ejercicio de la potestad de los padres") el cual regula, en obsequio al principio de la unicidad del estado de hijo, el ejercicio de la responsabilidad, también, hacia los hijos no matrimoniales, antes disciplinado, como se ha dicho, por el anterior art. 317 bis CC

El art. 316 CC al primer párrafo establece que la responsabilidad se ejerce de común acuerdo, teniendo en cuenta "las capacidades, las inclinaciones naturales y las aspiraciones del hijo", y con respecto a los hijos no matrimoniales el cuarto párrafo establece que la responsabilidad corresponde a uno o ambos progenitores, según el reconocimiento haya sido realizado por uno o ambos. Ha desaparecido, pues, la referencia a la convivencia como presupuesto, que junto al reconocimiento, permitía el ejercicio de la potestad.

El carácter autónomo e individual de la relación progenitor/hijo no matrimonial está expresamente reconocida por el art. 258 CC, en cuanto afirma, también en la nueva formulación debida a la ley 219/2012, que "el reconocimiento produce efectos sólo con respecto al progenitor que lo hizo", y prosiguiendo afirma, introduciendo una absoluta novedad, que el mismo produce efectos, también, respecto a sus parientes. El art. 258 se tiene que leer conjuntamente con el art. 74 CC (nueva formulación) que explícitamente reconoce el parentesco natural en cuanto afirma que, prescindiendo del tipo de filiación sea esa legítima, natural o adoptiva, y, en consecuencia, con independencia de la existencia de un vínculo matrimonial, el vínculo de parentesco nace entre las personas que descienden de una misma estirpe, fundándolo en el único presupuesto del dato biológico.

El art. 74 CC prevé una excepción, excluyendo la instauración del vínculo de parentesco en el caso de adopción de personas mayores de edad, en consideración del tipo y de la función de esa forma de adopción y, también, a la luz del art. 300 CC, el cual dispone que el adoptado mantiene todos los derechos y deberes hacia su propia familia de origen.

Los arts. 258 y 74 se encuadran, así, perfectamente en el cuadro de una intervención reformadora animada por el fundamental objetivo de crear un unitario *status filiationis*. Además, el art. 74 CC no extiende exclusivamente el vínculo de

16 La doctrina evidencia la importancia del Reglamento Europeo n. 2201/2003 en la introducción de la locución "responsabilidad de los padres" que privilegia el aspecto de los deberes de los padres hacia los hijos, con mayor precisión que el del "potestades". La influencia europea se hizo, hace tiempo, en la jurisprudencia, como consecuencia la inmanencia del ordenamiento italiano al principio de responsabilidad, conforme a la interpretación sistemática de los arts. 261, 147 y 148 CC y del art. 30 Const. V. Cas. 26 mayo, 2004, n. 10102, en *Vita not.*, 2, p. 969; Corte Const. 21 octubre 2005, n. 394, *Giur. it.*, 2006, 5, p. 897, donde el principio de la responsabilidad representa el fundamento "de aquellas normas que constituyen la esencia de la relación de filiación y se sustentan en las obligaciones de alimento, de instrucción y de educación de la prole, normas que necesitan de una uniforme aplicación con independencia del origen, jurídico o de hecho, del vínculo que une los progenitores".

parentesco con relación a todas las filiaciones en línea recta, sino también en la línea colateral, en virtud de la lectura conjunta de los arts. 74 y 75 CC (ese último no ha sido modificado por la reforma).

Como ya se anticipó, cada relación de filiación "natural" es individual y no implica ninguna relación entre los progenitores "naturales"; así el párrafo segundo del art. 258 CC (que no ha sido reformado) dispone que en el acto de reconocimiento el progenitor no puede dar ninguna indicación acerca del otro progenitor; so pena de ineficacia de las mismas y de muy graves sanciones para el oficial público que las reciba y para el oficial de estado civil que las reproduzca en los registros.

Por lo que concierne a la atribución del apellido ex art. 262 CC (queda casi sin variaciones después de la reforma), si los progenitores han realizado el reconocimiento conjuntamente, el hijo toma sólo el apellido del padre, al igual que acontece respecto de los hijos matrimoniales, no existiendo ninguna razón para regular la atribución de forma diferente. Todavía el reconocimiento conjunto de los progenitores no casados es sólo una hipótesis eventual: en presencia de matrimonio, la relación de filiación lo es entre el hijo y los progenitores conjuntamente, mientras que en ausencia de él, la relación lo es entre el hijo y el único progenitor; tratándose, como se ha dicho, de una relación caracterizada por las notas de autonomía e individualidad; y lo mismo, cuando el reconocimiento haya sido realizado por ambos los progenitores.

La disciplina que regula la atribución del apellido por responsabilidad de los padres encuentra su *ratio* propia en la autonomía e individualidad que caracterizan la relación de filiación "natural"¹⁷.

Con respecto al apellido, en el caso en el cual el reconocimiento no sea conjunto, el hijo toma el apellido del primer progenitor que lo haya reconocido (art. 262, II CC); si la filiación paterna es reconocida o declarada posteriormente a la materna, el hijo puede elegir no sólo añadir a su apellido el del padre o sustituirlo, sino también, como consecuencia de las modificaciones introducidas por el decreto n. 154/2013, puede anteponer el apellido del padre al de la madre. Si el hijo es menor de edad, el juez decide acerca de la asunción del apellido paterno, teniendo en cuenta como criterio de referencia el interés del menor y la exigencia de equiparar los hijos no matrimoniales a los matrimoniales, excluyendo, no obstante, cualquier automatismo

17 Acerca del apellido y, en particular, acerca del libre derecho de los progenitores de elegir si atribuir el apellido paterno o materno o ambos V. Corte Europea 7 enero 2014, n. 77/07, *Dir. fam. pers.*, 2014, p. 537 ss.; como consecuencia de la sentencia condenatoria de la Corte, Italia está examinando en Parlamento un proyecto de ley en tema de "Disposiciones en materia de apellido de los hijos", cuyo texto ha sido aprobado por la Cámara de Diputados en el 26 Septiembre 2014 y transmitido al Senado para su examen, que está todavía examinando el proyecto; antes del verano la última sesión de la Comisión Justicia ha sido el 18 mayo 2016).

en la elección del juez¹⁸. Como ya se ha apuntado, el juez, durante el procedimiento y en conformidad a los principios inspiradores de la reforma, tendrá que oír al menor de doce años o de edad inferior; si el mismo tiene discernimiento.

De conformidad con el art. 262 tercer párrafo, introducido por el decreto n. 154/2013, si la filiación ha sido establecida o reconocida después de la atribución del apellido por parte del oficial del estado civil, el hijo menor puede conservar el apellido anteriormente atribuido, si se convirtió en “un signo autónomo de su identidad personal, o puede anteponerlo, sustituirlo o añadirlo al apellido del progenitor que lo ha reconocido primero”.

Como antes he dicho, también influye en la disciplina de la filiación natural la existencia o no de una familia legítima. La eventual inserción del hijo reconocido después del matrimonio del progenitor con otra persona en la familia de uno de los progenitores puede ser autorizada por el juez si no es, ante todo, contraria al interés del menor; se tiene además que comprobar la subsistencia del consentimiento del otro cónyuge, de los hijos matrimoniales convivientes y mayores de dieciséis años y, en fin, del otro progenitor que hizo el reconocimiento. La inserción del hijo reconocido anteriormente al matrimonio está subordinado al consentimiento del otro progenitor que lo haya reconocido y al del cónyuge, excepto que este último hubiera tenido conocimiento de la existencia del hijo no matrimonial o que éste último ya conviviese con el progenitor.

Como se ha evidenciado, es necesario el consentimiento del otro progenitor natural que haya efectuado el reconocimiento, aunque, a diferencia del consentimiento prestado por el cónyuge, del cual no se puede prescindir, en el caso en el cual el otro progenitor no presta el consentimiento sin una razón apreciable o no pueda prestarlo porque está imposibilitado para ello, el juez puede autorizar igualmente la inserción.

El decreto n. 154/2013 ha intervenido, no solo eliminando todas las referencias lingüísticas *ante* reforma, sino también insiriendo en el último párrafo del art. 252 CC la hipótesis de que los progenitores estén en desacuerdo o de que los hijos matrimoniales no presten su consentimiento; en estas hipótesis, la decisión de la inserción corresponde al juez, que, previa audiencia del menor, elige teniendo en cuenta exclusivamente el interés del mismo.

18 V. Cas. 3 febrero 2011, n. 2644, *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 2; Cas. 15 diciembre 2011, n. 27069, *D&G*, 2011; Cas. 5 junio 2013, n. 14232, según la cual “no se privilegia la adopción del apellido del padre, necesitándose siempre evaluar el interés del menor a conservar el apellido originario o el que representa de manera mejor su identidad personal”. Para cierta jurisprudencia la elección más adecuada es añadir el apellido paterno al materno, si el reconocimiento tiene lugar después de muchos años, v. Cas. 6 noviembre 2009, n. 23635, *D&G*, 2009; *contra* hay la jurisprudencia, según la cual el malestar de una eventual sustitución del apellido parece despreciable frente a la ventaja de tener un apellido paterno, para evitar molestias y curiosidad acerca de los eventos personales, v. Cas. 17 julio 2007, n. 15953, *Dir. fam. pers.*, 2008, p. 52.

La *ratio* del art. 252 CC es la tutela de la familia legítima, entendida como familia nuclear, constitucionalmente prevista por el art. 30 Const., respecto a la cual los derechos de los hijos naturales tienen que ceder. El sistema binario del consentimiento del cónyuge/hijos junto a la intervención judicial, desde siempre, ha suscitado gran perplejidad (que subsiste hoy), tomando en cuenta, por una parte, el absoluto poder de veto otorgado al cónyuge y a los hijos convivientes; y, por otra, la falta de previsión de un general derecho de intervención del hijo reconocido destinado a expresar su propia voluntad autónoma, no solamente en las hipótesis enunciadas, de desacuerdo o de disenso de los hijos matrimoniales. No obstante, el hijo no es privado de tutela, considerado que la investigación que opera el juez se dirige, toda ella, a proteger su interés, moral y material, a la inserción, frente a las posibles dificultades a las que tenga que enfrentarse.

III. EL ESTADO DE HIJO MATRIMONIAL.

De la titularidad sustancial surge el derecho a la titularidad formal, o sea, el derecho a la posición públicamente probada, que es el estado de hijo. No obstante, la afirmación de la unidad del estado de hijo, cuando se habla del tema de la titularidad formal no se puede prescindir de la distinción entre el *status* de hijo matrimonial y no matrimonial. Por esa razón se examinará separadamente el tema de la atribución formal del estado de hijo, según que este último haya nacido de padres casados o no.

El sistema de las normas que se ocupan del hijo matrimonial no ha sido modificado por el legislador en el 2012, pues la ley n. 219/2012 había delegado al Gobierno para desarrollar ciertos puntos, objeto del decreto n. 154/2013. Antes todo, el decreto ha intervenido sobre las normas que regulan la presunción de paternidad, las cuales están hoy destinadas a realizar la única función de individualizar en el marido de la madre al padre del hijo que ella dio a luz; y, por lo tanto, por respeto a la unificación de *status* de hijo, la presunción ya no desempeña la función "de baluarte de la legitimidad de nacimiento".

La filiación legítima es un supuesto de hecho complejo que antes de la reforma se articulaba en dos hipótesis diferentes, cuyo elemento común era constituido por el matrimonio entre los progenitores: la primera hipótesis atribuía el estado de hijo a quien hubiese sido concebido dentro del matrimonio, aunque naciese después de la cesación o la declaración de nulidad del mismo; la segunda atribuía el estado a quien, concebido en un periodo anterior, hubiera nacido después de la celebración del matrimonio.

Operan, entonces, dos presunciones legales: la presunción de paternidad y la presunción de concepción, las cuales, no obstante, cumplen diferentes funciones, pero que están estrictamente relacionadas.

Conforme al anteriormente vigente art. 231 CC, “el marido es el padre del hijo concebido durante el matrimonio”: por lo tanto, concurriendo los otros requisitos, es decir, la maternidad, el matrimonio de los progenitores y la concepción constante el mismo, la paternidad se presumía. La presunción de paternidad operaba entonces sólo para los hijos concebidos en el matrimonio. Ante la dificultad de determinar la fecha de la concepción y, en consecuencia, para aclarar el alcance aplicativo del art. 231 CC, el legislador, en el art. 232 CC ha introducido otra presunción legal, estableciendo, por lo que concierne al texto anterior a la reforma, que se presumía concebido dentro del matrimonio, el hijo nacido 180 días después de la celebración del matrimonio y antes de los 300 días siguientes a la fecha de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del mismo.

Las normas que regulan la presunción ex art. 231 y la relativa acción de desconocimiento eran objeto de específica delegación al Gobierno, a fin de extender la presunción a todos los hijos, nacidos o concebidos constante el matrimonio y de modificar la disciplina del desconocimiento.

Así, como consecuencia de las modificaciones introducidas por decreto n. 154/2013, hoy “el marido es el padre del hijo concebido o nacido dentro del matrimonio”, desapareciendo la diferencia entre el hijo nacido antes de los 180 días de la celebración y el hijo nacido después de esa fecha; en consecuencia, se presume concebido dentro del matrimonio, ex art. 232 modificado, el hijo nacido no más de 300 días después de la anulación, disolución o cesación de los efectos civiles del matrimonio.

La orientación tradicional y prevalente atribuye a la presunción de concepción valor de *presumptio iuris et de iure*, no siendo posible, en consecuencia, una prueba contraria a la misma; por el contrario, la presunción de paternidad admite prueba en contrario, pudiendo los sujetos legitimados promover la acción de desconocimiento.

Como se ha dicho, la titularidad sustancial de la posición de hijo está conectada con el evento biológico de la procreación, mientras que la titularidad formal está conectada con el establecimiento jurídico y público del estado de hijo. El acta de nacimiento es la constatación administrativa del nacimiento de una persona, con el cual el hijo adquiere la titularidad formal de la posición que resulta establecida jurídicamente y públicamente. El establecimiento de la filiación constituye una función administrativa pública del estado civil, que tiene eficacia probatoria exclusiva: la relación de filiación que resulta en el acta de nacimiento no tiene que ser probada con otros medios.

La doctrina ha debatido acerca de la función del acta de nacimiento, o sea, si es necesario para completar el supuesto de hecho complejo, del cual se ha hablado antes, y por ende, si para atribuir el estado de hijo “legítimo” es suficiente el hecho-

evento del nacimiento junto a otros elementos constitutivos, operando así *ipso iure* la presunción de paternidad, o si, por el contrario, es necesario un *quid pluris* representado por la declaración en el acta de nacimiento, cual título del estado.

El ordenamiento italiano, tampoco después de la reforma, no atribuye una específica función a dicho acto, cuya función ha sido establecido por la doctrina y la jurisprudencia a través orientaciones diferentes e incluso contradictorias.

Según la doctrina prevalente, junto a la jurisprudencia, la presunción de paternidad no opera *ipso iure* como consecuencia del hecho del nacimiento, porque es necesario también el presupuesto, aunque no expresamente mencionado por la ley, de la declaración de paternidad contenida en el acto del estado civil, que, en consecuencia, adquiere valor de título del estado de hijo¹⁹. Según una diferente orientación, la presunción de paternidad opera como consecuencia del hecho del nacimiento y es en este momento cuando se determina el *status* de hijo, por lo tanto, en una fase anterior a la formación del acta de nacimiento. El fundamento normativo se encuentra en el art. 244 CC, según el cual el plazo para el ejercicio de la acción de desconocimiento comienza a correr a partir de la fecha de nacimiento.

La adhesión al primer o al segundo de las orientaciones expuestas comporta consecuencias diferentes respecto a la posibilidad de proponer la acción de desconocimiento y a su admisibilidad: según la teoría del título de estado, en ausencia de un acta de nacimiento que atesta la "legitimidad" de la paternidad y, en consecuencia, de la filiación, la acción de desconocimiento es inadmisibile.

De conformidad al art. 236 CC, el estado de hijo puede ser probado con el acta de nacimiento o también con la posesión de estado. Esos dos títulos están en una relación de subsidiariedad, porque sólo en ausencia del acta opera la posesión de estado, pero ambos tienen la misma función de prueba legal del estado. El acta de nacimiento, por supuesto, tiene naturaleza documental, mientras que la posesión de estado tiene naturaleza efectiva, la cual consiste en el disfrute de la posición de hijo. La reforma, eliminando la referencia a la filiación legítima, extiende el alcance de la aplicación de tal norma, también a la filiación no matrimonial.

La posesión de estado, de conformidad con el art. 237, I, CC debe resultar de algunos hechos, que en su complejidad demuestran la existencia de la relación de filiación y de "parentesco entre una persona y la familia a la cual se pretende pertenecer". Los requisitos requeridos por el segundo párrafo del art. 237 CC han sido objeto de modificación: ha sido eliminada la referencia al "padre", substituido por el "progenitor", y, además, el requisito del *nomen* conectado al hecho que el

19 En la jurisprudencia *ex multis*: Cas. 27 agosto 1997, n. 8059, *Fam. e dir.*, 1998, p. 79; Cas. 5 abril 1996 n. 3194; Cas. 10 octubre 1992 n. 11073, *Dir. fam. pers.*, 1993, p. 468.

hijo llevase el apellido del padre. Hoy los hechos idóneos para la prueba de la posesión de estado son: el *tractatus*, es decir, “que el progenitor haya tratado la persona como hijo y haya provisto en esa calidad a su mantenimiento, educación y colocación”; y la *fama*, o sea, “que la persona haya sido siempre considerada como hijo en las relaciones sociales y que esa cualidad haya sido reconocida en la familia”.

El *tractatus* consiste en la actuación del conjunto de los derechos y deberes inherentes a la relación sustancial de filiación, es decir; el mantenimiento, la instrucción y la educación, mientras que la fama se refiere al hecho de que el hijo sea reconocido y considerado como tal en el ambiente social y familiar.

En fin, la hipótesis de ausencia del acta de nacimiento, porque no ha sido formada o ha sido destruida, es, en efecto, una hipótesis excepcional; por esa razón, generalmente la función de la posesión de estado es la probatoria, durante el proceso judicial de determinación de la filiación.

I. La acción de desconocimiento.

El decreto n. 154/2013, en actuación de la ley delegatoria, ha incidido profundamente en la disciplina del desconocimiento de paternidad, la cual, desde siempre, ha tenido la función de impugnar el estado de hijo legítimo en contra de la presunción legal de paternidad, y, precisamente, por el favor del cual gozaba la filiación legítima, esa acción podía ser propuesta sólo en ciertos casos²⁰.

Anteriormente a la reforma, la ley distinguía según que el hijo hubiese nacido antes o después de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio. En el primer caso, es decir, en caso de nacimiento antes de los 180 días, la acción no encontraba límites de admisibilidad, mientras que en el segundo caso el art. 235 CC admitía la acción sólo en presencia de algunas hipótesis. La acción era admitida, como es notorio, cuando no hubiese habido cohabitación entre los cónyuges desde los 300 a los 180 días antes del nacimiento; cuando durante el tiempo antedicho el marido sufriese de impotencia; cuando la mujer hubiese cometido adulterio o hubiese ocultado el embarazo y el nacimiento al marido.

Además de concurrir dichos casos, que permitían la admisibilidad de la demanda judicial, era también necesario que se comprobara el hecho sobre el cual se fundaba

20 Con respecto a la prevalencia de la certeza del *status* sobre la verdad de los hechos, v. Cas. 23 octubre 2008, n. 25623, *Foro it.*, 2008, p. 3444, donde se afirma que “no obstante el legislador haya progresivamente ampliado las hipótesis de establecimiento de la verdad biológica a fin de obtener mayor conformidad del *status* a la realidad de la procreación, el *favor veritatis*, todavía, no representa un valor que tiene que prevalecer siempre. Es un principio de relevancia constitucional que encuentra su fundamento en el art 30, el cual, por otra parte, no atribuye valor preeminente a la verdad biológica respecto a la legal. Más bien, la norma constitucional, en su previsión sobre los eventuales límites a la investigación de la paternidad, ha delegado al legislador ordinario el poder de privilegiar, en el respeto de los otros valores constitucionales, la paternidad legal con respecto a aquella natural, encargándolo además la valoración acerca de la solución más idónea para la realización del interés del menor”.

la demanda misma, es decir, la concepción por un tercero. En la hipótesis de adulterio y de ocultación del embarazo o nacimiento el marido podía recurrir, tanto a la prueba hematológica, como a la genética para demostrar la incompatibilidad con el padre presunto²¹. El segundo párrafo añade, así mismo, que no puede ser considerada como prueba la declaración de la madre relativa a la paternidad por otra persona, declaración que puede, sin embargo, ser utilizada como indicio.

Por lo que concierne a la legitimación activa a la proposición de la acción de desconocimiento, el último párrafo del art. 235 CC establecía que, además del padre, podía ser ejercitada también por la madre y el hijo mayor de edad. El decreto n. 154/2013 por un lado abroga el art. 235 CC (eliminando entonces todos los antes dichos límites al ejercicio del acción) y por otro introduce el art. 243 bis CC que hoy regula el desconocimiento de paternidad y establece que la acción puede ser propuesta por el padre, la madre, el hijo y quien que ejerce tal acción "está admitido a probar que no subsiste alguna relación de filiación entre el hijo y el presumido padre". En fin, el tercer párrafo establece que, así como previsto en el texto anteriormente vigente, la sola declaración de la madre no excluye la paternidad.

La acción de desconocimiento tiene plazos y decadenias diferentes en conformidad al art. 244 CC; de igual manera al texto anterior a la reforma, la madre tiene un único plazo de seis meses que comienza a correr a partir del nacimiento del hijo, pero a esta hipótesis el legislador, recibiendo importantes intervenciones jurisprudenciales, ha introducido otra: el plazo comienza a correr desde el día en el cual la madre vino a conocimiento de la impotencia de engendrar del marido durante el periodo de la concepción. Para el padre la disciplina no ha sido modificada, y entonces el plazo es anual y comienza a correr a partir del nacimiento, cuando el mismo esté en el lugar de nacimiento del hijo; del día de su regreso en el lugar de nacimiento, si él era lejos; o del día en el cual tuvo la noticia del nacimiento, si él puede probar de no haber tenido antes noticias; en fin, del día en el cual ha tenido conocimiento del adulterio de la mujer o de su impotencia durante el periodo de la concepción.

Además, para ambos, el nuevo art. 244, IV, CC, con respecto a las hipótesis, tanto del primer párrafo, como del segundo conectadas al conocimiento del nacimiento o de hechos ignorados, introduce un plazo general de cinco años de prescripción de la acción, haciendo prevalecer, finalmente, el interés del hijo por la conservación de su *status* sobre la verdad de la filiación.

21 La Corte Constitucional ha intervenido declarando la ilegitimidad del párrafo 1, n. 3) del art. 235 CC en la parte en la cual se subordinaba el examen de las pruebas técnicas a la previa demostración del adulterio de la mujer, siendo, de un lado, irrazonable, por otro, originando un sustancial impedimento al ejercicio del derecho de acción garantizado por el art. 24 Const.

Por lo que concierne al hijo, éste, en el texto anterior, podía proponer la acción dentro de un año desde el cumplimiento de la mayor edad o desde el momento en el cual tenía conocimiento de los hechos que determinan la admisibilidad del desconocimiento. El legislador ha modificado tal disposición, estableciendo la imprescriptibilidad de la acción sólo si es propuesta por el hijo. La imprescriptibilidad de esa acción se conecta, desde una óptica de parificación de todos los hijos (matrimoniales o no) al art. 263 CC en tema de impugnación del reconocimiento, que, como ampliamente se dirá, ha sido modificado con la introducción de un plazo de prescripción para los progenitores, haciendo la impugnación imprescriptible sólo para el hijo.

La legitimación pasiva corresponde a ambos progenitores y al hijo, que son litisconsortes necesarios, so pena de ineficacia de la sentencia pronunciada, en conformidad al art. 247 CC

La sentencia que acoge la demanda de desconocimiento opera *ex tunc* y, recayendo sobre un *status*, opera también frente a terceros. El hijo sigue teniendo una relación de filiación con la madre, aunque le puede ser reconocido el derecho al uso del apellido del padre, si éste es un signo distintivo de su identidad.

2. Las acciones de estado.

Cada vez que la titularidad formal no concuerda con la titularidad sustancial de la filiación, la ley permite un establecimiento judicial de la misma. Las acciones de estado son aquellas reguladas por los arts. 244 y ss. CC, es decir, la acción de desconocimiento (de la cual se acaba de hablar), de reclamación y de denegación del estado de hijo, acciones que antes de la reforma estaban destinadas a tutelar la legitimidad, que pero hoy, una vez eliminado el concepto de “legitimad”, cumplen funciones diferentes.

Con carácter previo debe subrayarse que después de la entrada en vigor del decreto n. 154/2013, conforme a la ley delegatoria, ha sido substituido la palabra “legitimidad” por la locución “del estado de hijo”, en perfecta armonía con las otras modificaciones del código.

La acción de reclamación del estado de hijo, regulada por los arts. 239 y 249 CC, es la acción necesaria para lograr el estado de hijo que no resulta del acta de nacimiento, como consecuencia de algunos supuestos: si los progenitores “legítimos” son diferentes de los reales, verificándose tal supuesto en el caso de suposición de parto o de substitución del nacido²². El hijo, aunque no exista un acta de nacimiento

22 V.Trib. Roma 8 agosto 2014, notoria ordenanza acerca del cambio de embriones ocurrido en un hospital romano, que ha suscitado una controversia bioética y judicial. El tribunal, a través de una ordenanza, ha rechazado la cuestión de legitimad constitucional planteada con respecto al art. 269 CC, porque no prevé ninguna excepción

en conformidad con la posesión de estado, puede reclamar un estado diferente, si demuestra que ha sido falsamente designado como nacido de una madre diferente de aquella que realmente lo ha alumbrado (suposición de parto), o si ha existido una sustitución, dolosa o culposa, del nacido.

Otros supuestos se verifican cuando el hijo ha sido registrado como hijo de padres ignotos, pero en realidad ha nacido de progenitores unidos en matrimonio, salvo que no haya intervenido sentencia de adopción; o cuando exista un conflicto de presunciones de paternidad, por ejemplo, en caso de violación del impedimento ex art. 89 CC (luto viudal). La norma, tal y como ha sido redactada por el decreto n. 154, reproduce sustancialmente las anteriores casos, eliminando, no obstante, los límites de prueba a los cuales era sujeta la acción, pudiendo hoy realizarse la prueba con cualquier medio ex art. 241 CC

La acción para reclamar el estado de hijo puede ser promovida sólo por el hijo y es imprescriptible; la legitimación pasiva corresponde a ambos progenitores, y en su ausencia, la acción puede ser promovida contra los herederos o contra un curador nombrado por el juez en virtud de la remisión operada por el tercer párrafo del art. 249 al art. 247 CC Aunque la ley no haga ninguna referencia, también son litisconsortes necesarios los titulares de la relación de filiación que se considera erróneamente establecida.

Como ya he dicho, también forma parte de las acciones de estado la dirigida a la denegación del estado de hijo, o sea la acción directa a impugnar el estado que resulta del acta de nacimiento, acción regulada por los arts. 240 y 248 CC. El sujeto legitimado en esa acción, que es imprescriptible, es el progenitor indicado en el acta de nacimiento, pero puede ejercitarla cualquiera que tenga interés en ella. Partes necesarias del juicio, como en el acción de reclamación, son los dos presuntos progenitores o, en sus ausencia, los ascendientes y descendientes.

Tal acción abarca, tanto los supuestos de suposición de parto, como de sustitución de nacido, y también todos los casos de errónea o falsa indicación en

a la regla por la cual la madre es siempre quien da a la luz el hijo; al art. 239, I, CC, porque prevé la posibilidad de reclamar el estado de hijo sólo en el caso de suposición o de sustitución; al art. 243 bis CC, porque limita la legitimación para proponer la acción de desconocimiento; y al art. 263 CC, porque, diversamente, prevé que la relativa acción puede ser promovida por cualquiera que tenga el relativo interés. El juez, aun reconociendo que la única manera acertada habría sido la de elevar cuestión de legitimidad constitucional, valora la cuestión como inamisible "en cuanto contraria a los intereses de los menores a la estabilidad de su *status*". Lo ocurrido, afirma el Tribunal, no configura, *sic et simpliciter*, una hipótesis de fecundación heteróloga, cuya prohibición ha sido eliminada como consecuencia de sentencia de la Corte Constitucional n. 162 del 2014, porque falta *ab origine* la voluntad de someterse a esa técnica. Ni siquiera se trata de una hipótesis, expresamente prohibida, de maternidad subrogada, faltando también en este caso el consentimiento (prohibido) de la madre genética y de la madre gestante. No puede, por otra parte, negarse que resulta precisa la elección del legislador; que acerca del tema ni siquiera ha intervenido en ocasión de la última reforma, de conservar, como principio del ordenamiento, la maternidad natural conectada al hecho histórico del parto. A lo sumo, se trata, sigue el Tribunal, de una fecundación heteróloga por error o de una subroga materna por error.

V. Comitato Nazionale di Bioetica, Considerazioni bioetiche sullo scambio involontario di embrioni, en www.governo.it/bioetica, 11 luglio 2014.

el acto público de los progenitores o el caso de indicación de progenitores ignotos. Cuando se verifican tales supuestos, la eventual posesión de estado conforme al acta de nacimiento no excluye la interposición de la acción de denegación.

Si el hijo ha sido concebido por una persona diferente del marido de la madre, no se puede proponer la acción de denegación, sino la acción de desconocimiento de la paternidad, de la cual se ha hablado antes.

IV. EL ESTADO DE HIJO NO MATRIMONIAL.

El establecimiento del estado de hijo nacido de progenitores no casados se realiza a través del reconocimiento formal, mediante el cual el declarante afirma ser el progenitor de su propio hijo, anteriormente llamado "natural". Con el reconocimiento se establece legalmente la relación de filiación, por efecto de la cual el hijo adquiere el título de estado.

Las normas que regulan el reconocimiento han sido objeto de sustanciales modificaciones introducidas por la ley n. 219 y por el decreto n. 154.

En el art. 250, primer párrafo, CC que en verdad en su mayoría ha quedado inmutado, han sido inseridas las variaciones lexicales típicas de la reforma, es decir, la substitución del adjetivo "natural" con la locución "nacido fuera del matrimonio" y ha sido cambiado el orden de los sujetos legitimados para reconocer al hijo, que actualmente son la madre y el padre (en lugar del contrario).

El segundo y el tercer párrafo del mismo artículo han sido modificados sólo en la parte relativa a la edad mínima a partir de la cual se tiene que requerir el consentimiento del menor para su reconocimiento: la edad mínima ha sido reducida a catorce años en lugar de los dieciséis.

Ha sido modificado profundamente el cuarto párrafo que regula el caso del disenso al reconocimiento por parte del otro progenitor y el correlativo juicio de oposición.

La declaración de reconocimiento es un acto formal que tiene que ser hecho, so pena de nulidad, en una de las formas establecidas por ley ex art. 250. CC, que expresamente remite al art. 254 CC. La primera forma es la del reconocimiento en el acta de nacimiento, en el cual el progenitor declara el hijo como propio; la segunda se realiza con declaración realizada ante al oficial de estado civil, o en un acto público o en un testamento, posteriormente al nacimiento o antes del mismo, pero sucesivamente a la concepción.

El legislador, por aplicación del modificado art. 255 CC, prevé además la posibilidad de reconocer a un hijo premuerto, pero para impedir que los progenitores hagan el reconocimiento con la finalidad de adquirir derechos sucesorios sobre el patrimonio del hijo, tal reconocimiento se puede efectuar en el exclusivo interés de sus descendientes.

El reconocimiento, hasta la reforma, podía ser realizado por el progenitor que hubiese cumplido los dieciséis años, después de la reforma el legislador ha previsto la posibilidad que el progenitor menor de dieciséis años pueda reconocer su hijo, si autorizado por el juez que debe valorar las circunstancias a la luz del preeminente interés del hijo.

Admitida la libre elección del progenitor de reconocer a su propio hijo, sin embargo, la misma está sujeta a condiciones: para que el reconocimiento sea eficaz, es necesario además, el consentimiento del hijo mayor de catorce años. Este consentimiento, para el que no se requiere una particular forma, no es sindicable y no puede ser modificado mediante la intervención de la autoridad judicial. En el caso en el cual el hijo que se quiere reconocer sea menor de catorce años es necesario el consentimiento del progenitor que primero lo haya reconocido²³.

Una vez realizado el reconocimiento en virtud del art. 256 CC, el mismo es irrevocable y, si se contiene en un testamento, produce efectos desde el día de la muerte del testador, aunque el testamento haya sido revocado²⁴.

En fin, el acto de reconocimiento es un acto puro, y por eso la ley dispone expresamente la nulidad de cada cláusula que limita sus efectos, y por la misma razón el acto no puede tolerar que sea sujeto, ni a condiciones, ni a término.

En la doctrina y en la jurisprudencia ha sido desde siempre muy controvertida la naturaleza jurídica que debe atribuirse al reconocimiento: según algunos autores, se trata de un negocio de fijación; según otros, de un acto de autonomía negocial; hay quienes lo consideran como una declaración de ciencia. Más recientemente, el debate se ha centrado en dos teorías opuestas, según que se quiera subrayar el

23 A diferencia del consentimiento requerido en el segundo párrafo, el cual es una condición de eficacia del reconocimiento, el consentimiento requerido en el tercer párrafo no es una condición de eficacia, sino que constituye un requisito de validez del acto mismo.

Con respecto a la disposición anterior a la reforma, había sido planteada cuestión de legitimidad constitucional del art. 250 CC, porque no preveía adecuadas formas de tutela para el hijo menor de dieciséis años que le permitiesen la representación autónoma de sus intereses a través de un curador. No obstante la reforma del 2012 las dudas de constitucionalidad subsisten. La Corte Constitucional había declarado infundada la cuestión dado que el juez puede *ex officio* nombrar un curador especial del menor de dieciséis años (hoy de catorce). V. Corte Const. n. 83 de 2011; Cas. 30 julio 2014, n. 17277, D&G, 2014, p. 7.

24 Si el testamento es inválido por un vicio de forma, también el reconocimiento contenido en él no produce efectos, pero la declaración puede ser utilizada como prueba. Si la causa de invalidez concierne a un testamento público y el mismo puede ser convertido en un testamento ológrafo, la conversión se extiende también al reconocimiento.

papel de la voluntad en el reconocimiento o la función de establecimiento: son la tesis negocial y la no negocial, que hoy parece prevalecer:

La tesis negocial se basa, como he dicho, únicamente en la voluntad del progenitor de reconocer al hijo, voluntad que no solo es necesaria para el cumplimiento del acto en sí mismo, sino que también “permite” la producción de los efectos, objeto de autonomía negocial. Esa tesis atribuye al reconocimiento eficacia constitutiva del *status*. La naturaleza negocial del acto ha sido muy criticada, en consideración al hecho de que la voluntad es circunscrita al solo cumplimiento del acto y no puede afectar a sus efectos, que son típicos y sustraídos a la autonomía privada. Además, presupuesto de la autonomía negocial es la disponibilidad de las situaciones objeto de la auto-reglamentación, disponibilidad que en los negocios familiares está sustraída al progenitor:

Como consecuencia del reconocimiento, nace una situación subjetiva, es decir el *status* que, por propia naturaleza, es indisponible, carácter; por otra parte, confirmado por la norma que prevé la impugnación por defecto de veracidad y por aquella que disciplina el establecimiento judicial de la filiación.

La doctrina prevalente, que se inclina por la tesis no negocial, afirma que se tiene que excluir el carácter negocial del reconocimiento, porque no se trata de un acto de autonomía privada y, en consecuencia, de una declaración de voluntad, sino de un acto voluntario y discrecional del progenitor que, lejos de crear la relación de filiación, le da sólo certeza formal, teniendo exclusivamente eficacia declarativa.

I. La oposición al reconocimiento.

Como ya se ha dicho, la ley n. 219/2012 ha modificado ampliamente el cuarto párrafo del art. 250 CC en materia de oposición del progenitor - que primero ha realizado el reconocimiento - al reconocimiento del otro progenitor; y el relativo *iter* procesal.

Preliminarmente el cuarto párrafo dispone, tal y como también disponía el texto anteriormente vigente, que el consentimiento del otro progenitor no pueda ser negado si el reconocimiento responde al interés del menor. Según la constante jurisprudencia de legitimidad, el reconocimiento formal del *status* de hijo es un derecho constitutivo de la identidad personal, y el progenitor tiene el derecho constitucionalmente garantizado de reconocer su propio hijo. Ambos derechos pueden ser sacrificados, en el caso en el cual se oponga el progenitor que primero ha efectuado el reconocimiento, sólo si existe el peligro de un grave daño para el desarrollo psicofísico dependiente del segundo reconocimiento²⁵.

25 *Ex multis*, Cas. 3 abril 2003, n. 5115, *Fam. e dir.*, 2003, p. 445; Cas. 8 agosto 2003, n. 11949; Cas. 14 abril 2001, n. 6011, *Fam. e dir.*, 2002, p. 25.

Después de la afirmación de dicho principio, la norma reformada prevé que en el caso en el cual el progenitor rechace el consentimiento al segundo reconocimiento, que el otro pueda interponer recurso ante el juez competente. Una vez interpuesto el recurso, el juez fija un plazo dentro del cual se debe notificar el recurso al progenitor que ha rechazado su consentimiento, el cual puede oponerse dentro de 30 días a partir de la notificación.

Esa primera fase es preliminar y prodrómica al verdadero juicio, porque la caducidad por transcurso de dicho plazo sin que haya intervenido ninguna oposición permite concluir el procedimiento en una fase de naturaleza no contenciosa.

Son, entonces, dos los escenarios procesales que se pueden realizar según que se proponga o no oposición. Si el progenitor que ha expresado su disenso no se opone, el juez dicta sentencia "en lugar del consentimiento que falta", es decir una sentencia substitutiva del consentimiento; si propone oposición, el juez, salvo que no sea manifiestamente fundada, procede con la obtención de todas las informaciones necesarias, disponiendo además la audiencia del menor que haya cumplido los doce años o de edad inferior, verificando su capacidad de discernimiento²⁶. El juez, en esa fase que puede ser definida instructora, adopta todas las medidas provisionales y urgentes a fin de la instauración de la relación entre el "segundo" progenitor y el hijo.

Por lo que concierne a la obtención de informaciones, esas tienen que ser funcionales para la valoración de la subsistencia del interés del menor al segundo reconocimiento, y en tal investigación el juez goza de un amplio poder inquisitorio, siendo además libres las iniciativas probatorias de las partes. Como se dijo, la audiencia del menor constituye parte esencial de la fase instructora, que, por otra parte, ya estaba regulada por el viejo texto de la norma con respecto a la cual es de nuevo cuño la referencia a la edad del menor. Casi totalmente desconocida en el pasado es la posibilidad de que el juez pueda emitir medidas urgentes, con carácter sólo eventual y de naturaleza provisional.

Una vez terminada esa fase, si el juez rechaza la oposición, emitirá una sentencia sustitutoria del consentimiento, produciendo todos los efectos sustanciales que derivan de la relación de filiación, y además, tomará todas las medidas necesarias relativas a la custodia, al mantenimiento del menor ex art. 315 *bis* CC y al apellido ex art. 262 CC. De otra manera, si el juez considera fundada la oposición, rechazará el recurso del segundo progenitor:

26 En tema, *ex multis*, Cas. 13 abril 2012, n. 5884, *Fam. dir.*, 2012, p. 653; Corte Const. 11 marzo 2011, n. 83, según la cual la audiencia del menor es obligatoria en ese procedimiento.

2. El reconocimiento del hijo incestuoso.

Una exposición distinta merece la cuestión del reconocimiento de los hijos incestuosos. El legislador ha intervenido modificando el art. 251 CC e introduciendo un sistema muy innovador; que se nota ya en el cambio de rúbrica de la norma: antes era "reconocimiento de los hijos incestuosos", mientras que ahora es "autorización al reconocimiento". El art. 251 CC, en el texto anteriormente vigente, establecía una prohibición general de reconocimiento de los incestuosos, a fin de reprimir un comportamiento contrario al Derecho y a la moral, salvo en dos supuestos tasados y con autorización judicial: en el caso de buena fe de los progenitores y en el de declaración de nulidad del matrimonio del cual dependía la afinidad.

Directa consecuencia de la prohibición general, salvo las dos hipótesis excepcionales, era la imposibilidad de obtener el establecimiento judicial de la relación de filiación ex art. 278, I, CC, el cual prohibía la investigación de las paternidades. La prohibición no operaba y, en consecuencia, se admitía dicha investigaciones en el caso de concepción fruto de raptó o violación, demostrándose, así, que la norma penalizaba el comportamiento consciente de los progenitores.

En ausencia de cualquier forma de culpa o de responsabilidad de los hijos nacidos de parientes o afines, éstos seguían sufriendo un tratamiento peor respecto a las otras categorías de hijos. A pesar de la intervención de la Corte Constitucional, declarando la inconstitucionalidad del art. 278 CC²⁷, mediante una decisión que eliminó la prohibición a las investigaciones de paternidad y maternidad, permitiendo así el establecimiento judicial de la relación de filiación, sin embargo, seguía permaneciendo la prohibición general al reconocimiento sancionado por el art. 251 CC.

El legislador del 2012 ha eliminado la prohibición general y ha introducido la posibilidad general de reconocerlos en todo caso, siempre que el juez autorice ese reconocimiento; por lo tanto, la modificación no reconoce una posibilidad absoluta, porque resulta siempre necesaria una evaluación preliminar judicial a fin de tutelar los intereses de los menores.

El reconocimiento es entonces una facultad general ejercitable, prescindiendo de la subsistencia de las hipótesis tasadas de la buena fe o de la declaración de nulidad, facultad limitada sólo por la preventiva autorización del juez, que encuentra su *ratio* en la necesidad de valorar ponderadamente el interés del menor al reconocimiento y su tutela ante circunstancias delicadas, como la violación de la madre.

27 Corte Const. 28 noviembre 2002, n. 494, *Familia*, 2003, p. 841.

Por lo que se refiere a la acción judicial de paternidad o maternidad, el decreto delegado ha modificado profundamente el art. 278 CC, admitiendo y subordinando el establecimiento judicial sólo a la autorización del juez ex art. 251 CC

3. La impugnación del reconocimiento.

Prescindiendo de la categoría de la cual forma parte el hijo, si, como he dicho, pueden ser diferentes las modalidades de reconocimiento, la disciplina que regula la impugnación del mismo es, sin embargo, única. También la disciplina de la impugnación ha sido modificada por el decreto delegado.

El código prevé tres hipótesis típicas y tasadas de impugnación: por defecto de veracidad, por violencia y por interdicción.

En caso de falta de correspondencia entre la verdad biológica y el acto de reconocimiento, ese último puede ser impugnado, en virtud del art. 263 CC, por el autor de la declaración prescindiendo de su buena o mala fe, por el hijo reconocido y por quien quiera que tenga interés en la impugnación, interés que tiene que ser actual, de natura patrimonial o no patrimonial.

El hijo reconocido tiene siempre la legitimación pasiva cuando la acción ha sido ejercitada por otra persona, y si es menor de edad, se necesita la designación de un curador especial que lo represente; pero, sobre todo, él tiene la legitimación para proponer la impugnación si es mayor de edad.

El art. 264 CC dispone, en general, que durante la menor edad o el estado de interdicción por enfermedad de mente, el reconocido no pueda impugnar el reconocimiento. No obstante, a instancia del menor de dieciséis años o del progenitor que lo haya reconocido válidamente, o a instancia del tutor o del M.F., el juez puede autorizar la impugnación, nombrando un curador especial del menor.

La impugnación por defecto de veracidad exige la demostración de la absoluta imposibilidad de que la paternidad biológica corresponda a la declarada. La prueba se puede articular con cualquier medio, sea a través del asesoramiento técnico, que constituye un medio objetivo de prueba, sea a través de las investigaciones hematológicas y genéticas.

Conforme al anteriormente vigente párrafo 3 del art. 263 CC, la acción de impugnación por defecto de veracidad no estaba sujeta a un plazo de prescripción, así que, los sujetos legitimados podían en cada momento poner en discusión la veracidad del reconocimiento. Esa disposición planteó muchas dudas de legitimidad constitucional, hoy superadas gracias a la reforma del 2012. El decreto n. 154 ha introducido un plazo de prescripción de 1 año para todos los legitimados para

ejercitar la acción, salvo para el hijo, para el que la acción es imprescriptible. El plazo comienza a correr, paralelamente a lo establecido para la acción de desconocimiento, a partir del día de la anotación en el acta de nacimiento, o desde cuando el sujeto ha conocido su impotencia o la impotencia del marido.

En todo caso, la acción no puede ser propuesta transcurridos cinco años a partir de la anotación en el acta de nacimiento, a fin de “proteger” un *status*, que aunque no sea conforme a la verdad, ha sido adquirido hace mucho tiempo.

Además de por defecto de veracidad, el reconocimiento puede ser impugnado por incapacidad del declarante, en las hipótesis de sujeto menor de dieciséis años o de interdicción de éste.

En el caso de reconocimiento realizado por el menor de dieciséis años, el mismo puede ser impugnado por el mismo autor, una vez alcanzada la mayor edad y dentro de un año desde su cumplimiento, o por el menor que puede ser autorizado para la impugnación a través de un curador especial.

La incapacidad puede depender también de la condición de interdicción del sujeto declarante y entonces la acción puede ser propuesta por su tutor o por el mismo autor dentro de un año de la revocación de la sentencia.

En virtud del art. 265 CC, el reconocimiento es impugnabile cuando sea fruto de una violencia sufrida por el autor de la declaración, que puede impugnarlo dentro de un año desde la cesación de la violencia; si el autor del reconocimiento es menor de edad, puede promover la acción dentro de un año, desde el cumplimiento de la mayor edad. La relevancia de la violencia es consecuencia de la discrecionalidad del acta de reconocimiento, que no puede ser impuesta al progenitor contra su voluntad.

En ambas hipótesis de impugnación por incapacidad y por violencia, en el caso de muerte del autor del reconocimiento, la acción puede ser propuesta por sus ascendientes, descendientes o herederos, siempre que no haya prescripto el plazo (art. 267 CC).

Durante la pendencia del juicio de impugnación, por cualquiera de las tres razones dichas, el juez puede adoptar todas las medidas provisionales oportunas en el interés del hijo, como el alejamiento del menor y su entrega en custodia a terceros.

4. La declaración judicial de paternidad y maternidad.

En todos los casos en los cuales se admite el reconocimiento, pero el progenitor no puede o no quiere reconocer su propio hijo natural, la relación de filiación puede ser establecida judicialmente.

La acción para la declaración judicial de paternidad y maternidad es aquella acción de estado que permite al hijo no reconocido adquirir el *status* de hijo. Las normas que regulan tal acción han sido objeto de pocas innovaciones introducidas por la reforma del 2012, que han afectado al art. 273 y el 276 CC en tema de legitimación pasiva de la acción.

Aunque después de la reforma del 1975 fueron eliminados los rigurosos límites a la acción de declaración, el legislador post reforma '75 había dejado un límite formal constituido por el juicio de exequátur acerca de la admisibilidad de la acción, conforme al viejo art. 274 CC; se trataba de una fase preliminar y autónoma respecto a la acción verdadera, en la cual el tribunal verificaba la subsistencia de específicas circunstancias que justificaban la acción (tenía que resultar un *fumus boni iuris*).

El tribunal realizaba una investigación sumaria y secreta, asumiendo todas las informaciones necesarias, escuchando a las partes y al M.F. Como consecuencia de la intervención de la Corte Constitucional el juicio de admisibilidad no podía, además, prescindir de la investigación acerca de la subsistencia del relativo interés del menor; cuando la acción fuese propuesta por el progenitor que ejercía la potestad²⁸. Cuando esa investigación terminaba, el tribunal emitía un decreto motivado acerca de la admisibilidad, contra el cual se podía interponer una reclamación ante la Corte de apelación. La medida adoptada por esa última con ocasión de la reclamación, de naturaleza contenciosa, era además impugnabile a través de un recurso ante la Casación. El juicio de exequátur (es decir el relativo decreto de admisibilidad) era condición necesaria para la interposición de la acción para la declaración judicial de paternidad o maternidad.

La Corte Constitucional ha declarado la ilegitimidad constitucional del art. 274 CC por la manifiesta falta de razonabilidad de la norma, la cual se resolvía en un grave obstáculo al ejercicio del derecho de acción garantizado por el art. 24 Const., aún más tratándose de una acción dirigida a la tutela de derechos fundamentales y relativos al *status*. Además la norma violaba el principio de la razonable duración del proceso, considerado que preveía una fase autónoma, articulada en más fases de juicio, prodrómica al juicio verdadero, y de hecho, privada de una concreta función²⁹.

28 Corte Const. 20 julio 1991, n. 341, *Giust. civ.*, 1991, p. 2485; Cas. 23 febrero 1996, n. 1444, *Nuova giur. civ.*, 1997, p. 78; Cas. 19 diciembre 1996, n. 11358.

29 Corte Const. 10 febrero 2006, n. 50, *Foro it.*, 2006, p. 966.

Legitimado para ejercitar la acción de declaración judicial es el hijo mayor de edad; si éste es menor de edad, la acción puede ser propuesta por el progenitor titular de la responsabilidad o por el tutor; si el menor está sujeto a tutela o ha sido sujeto a interdicción. El tutor debe, sin embargo, autorización al Tribunal que puede nombrar un curador especial.

Es necesario, además, el consentimiento del hijo para ejercitar la acción o para proseguirla si éste tiene catorce años; si falta su consentimiento, la acción no puede ser propuesta y, si ya ha sido ejercitada, no puede ser proseguida³⁰.

La acción para la declaración judicial de maternidad y paternidad es imprescriptible para el hijo; si el mismo muere antes de promover la demanda judicial, esta puede ser iniciada, dentro de dos años desde la muerte, por sus descendientes, mientras que si el hijo muere después de haber ejercitado la acción, sus descendientes pueden proseguirla.

Por lo que concierne a la legitimación pasiva, el artículo que la establece ha sido parcialmente integrado por la ley del 2012. Puesto que el juicio debe tener lugar contra el presunto progenitor, el art. 276 CC disponía que en ausencia de este último, la acción pudiese ser propuesta contra sus herederos, sin prever nada para la hipótesis en la cual el presunto progenitor no tuviese herederos³¹.

El reformado artículo prevé explícitamente que, en ausencia de herederos del presunto progenitor, el hijo puede instaurar el juicio contra un curador nombrado por el juez, garantizando así al hijo el derecho al establecimiento de la filiación, colmando la anterior falta de tutela jurídica³². El último párrafo de la norma en examen prevé, en fin, que quienquiera que tenga interés pueda intervenir en el juicio para oponerse a la demanda, interés que generalmente se encuentra en los parientes del demandado.

El establecimiento de la filiación en orden a la declaración judicial de paternidad o maternidad no encuentra ningún límite probatorio; en virtud del art. 269, II, CC la prueba puede ser realizada por cualquier medio. La prueba puede ser suministrada recurriendo a las presunciones, así como a la posesión de estado de hijo; se admite el establecimiento técnico inherente a las investigaciones hematológicas y genéticas que aseguran resultados de muy alta probabilidad. En todo caso, todas las pruebas son valoradas según la apreciación del juez.

30 Cas. 10 abril 1998, n. 3721; Cas. 14 mayo 2000, n. 10131.

31 Cas. Sez. un. 3 noviembre 2005, n. 21287, *Giust. civ. Mass.*, 2005; *Giur. it.*, 2007; *Fam. pers. e succ.*, 2006.

32 Corte Const. 20 marzo 2009, n. 80, *Giur. cost.*, 2009, p. 741.

Además de la norma general de la utilización de pruebas lícitamente adquiridas, la ley excluye que la sola declaración de la madre de haber tenido relaciones con el presunto padre pueda constituir prueba de la paternidad³³.

En conclusión, la sentencia que declara la relación de filiación produce todos los efectos del reconocimiento, demostrando que esa relación depende del hecho de la procreación y que el reconocimiento o la declaración judicial atribuyen la titularidad formal a la relación misma. En virtud del art. 277, II CC, el juez puede también adoptar medidas para el mantenimiento, instrucción y educación del hijo, a fin de tutelar sus intereses patrimoniales³⁴.

33 Cas. 9 abril 2009, n. 8733, *Guida al diritto*, 2009, p. 52.

34 Cas. 6 noviembre 2009, n. 23630, *Dir. e Giust.*, 2009.

BIBLIOGRAFÍA

ALCURI, M.: "L'attribuzione del cognome paterno al vaglio della Corte di Strasburgo", *Diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 2014.

AULETTA, T.: "Dal code civil del 1804 alla disciplina vigente: considerazioni sugli itinerari del diritto di famiglia", *Familia*, Giuffrè, Milano, 2005.

BALLARANI, G.: "Il diritto del minore a non essere ascoltato", *Diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 2011.

BALLARANI, G.: "L'ascolto nella riforma della filiazione", en AA.VV.: *Filiazione. Commento al decreto attuativo* (coord. por M. BIANCA), Giuffrè, Milano, 2014.

BIANCA, C.M.: "I parenti naturali non sono parenti? La parola torna alla Corte Costituzionale", *Giustizia civile*, Giuffrè, Milano, 2000.

BIANCA, C.M.: "I parenti naturali non sono parenti? La Corte costituzionale ha risposto: la discriminazione continua", *Giustizia civile*, Giuffrè, Milano, 2001.

BIANCA, C.M.: "Dove va il diritto di famiglia?", *Familia*, Giuffrè, Milano, 2001.

BIANCA, C.M.: "La filiazione: bilanci e prospettive a trent'anni dalla riforma del diritto di famiglia", en AA.VV.: *Trenta anni dalla riforma del diritto di famiglia* (coord. por G. FREZZA), Giuffrè, Milano, 2005.

BIANCA, M.: "L'uguaglianza dello stato giuridico dei figli nella recente l.n. 219/2012", *Giustizia civile*, Giuffrè, Milano, 2013.

CAMPIONE, R.: "Parentela e consanguineità", en AA.VV.: *Completata la riforma della filiazione. Profili sostanziali, processuali, successori, penali*, Giuffrè, Milano, 2014.

CARIMINI, F.: "Il binomio potestà-responsabilità: quale significato?", en AA.VV.: *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione* (coord. por R. PANE), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.

CICU, A.: "Il concetto di status", en AA.VV.: *Studi in onore di V. Simoncelli*, Napoli, 1917.

CICU, A.: "Il diritto di famiglia nello stato fascista", *Jus*, 1940.

CICU, A.: "Il sistema dell'accertamento della filiazione", *Rivista trimestrale diritto e procedura civile*, Giuffrè, Milano, 1950.

DOGLIOTTI, M.: "Verità biologica, legale, affettiva nel rapporto di filiazione. Spunti e riflessioni", *Famiglia e diritto*, Ipsoa, Milano, 2004.

FERRANDO, G.: "La filiazione: problemi attuali e prospettive di riforma", *Famiglia e diritto*, Ipsoa, Milano, 2008.

FERRANDO, G.: "Genitori e figli nella giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", *Famiglia e diritto*, Ipsoa, Milano, 2009.

FREZZA, G.: "Affidamento della prole e capacità autodeterminativa del minore", en AA.VV.: *Annali Lumsa 2001* (coord. por G. GIACOBBE), Giappichelli, Torino, 2001.

FREZZA, G.: "Gli effetti del riconoscimento", *Le nuove leggi civili commentate*, Cedam, Padova 2013.

GIACOBBE, E.: "Procreazione, filiazione e famiglia nell'ordinamento giuridico italiano", *Diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 2006.

MAJELLO, U.: "Il diritto di rappresentazione dei figli naturali", *Foro padano*, 1969.

PANE, R.: "Il nuovo diritto di filiazione tra modernità e tradizione", AA.VV.: *Nuove frontiere della famiglia. La riforma della filiazione* (coord. por R. PANE), Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2014.

RESCIGNO, P.: "La comunità familiare come formazione sociale", *Matrimonio e famiglia*, Giappichelli, Torino, 2000.

SESTA, M.: "Verso nuove trasformazioni del diritto di famiglia italiano", *Famiglia*, Giuffrè, Milano, 2003.

SESTA, M.: "I disegni di legge in materia di filiazione: dalla disuguaglianza all'unicità dello status", *Famiglia e diritto*, Ipsoa, Milano, 2012.

SESTA, M.: "L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari", *Famiglia e diritto*, Ipsoa, Milano, 2013.

SESTA, M.: "Stato unico di filiazione e diritto ereditario", *Rivista diritto civile*, Cedam, Padova, 2014.

UNGARI, P.: *Storia del diritto di famiglia in Italia*, Il Mulino, Bologna, 1974.

VIRGADAMO, P.: "L'ascolto del minore in famiglia e nelle procedure che lo riguardano", *Diritto di famiglia e delle persone*, Giuffrè, Milano, 2014.

ZATTI, P.: "Rapporto educativo e intervento del giudice", en AA.VV.: *L'autonomia del minore tra famiglia e società* (coord. por M. DE CRISTOFORO, A. BELVEDERE), Giuffrè, Milano, 1980.



COMENTARIOS
JURISPRUDENCIALES



LAS FACULTADES DE LA EMPRESA DE VIDEOVIGILANCIA DE
SUS TRABAJADORES. COMENTARIO A LA STC 39/2016, DE 3
DE MARZO

*POWERS OF THE COMPANY TO MONITOR COMPLIANCE
WITH LABOR OBLIGATIONS OF ITS EMPLOYEES THROUGH VIDEO
SURVEILLANCE*

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 366-373



Daniel
TOSCANI
GIMÉNEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 16 de enero de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: La sentencia, objeto de este comentario, cambia el criterio jurisprudencial que se había establecido en anteriores pronunciamientos, respecto a las facultades de la empresa de vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores a través de medios audiovisuales. Con anterioridad las sentencias hacían hincapié en la necesidad de que los trabajadores conocieran no sólo el hecho de la existencia de videocámaras, sino que dichas cámaras tuvieran por finalidad la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales y, por ende, la posibilidad de la empresa de sancionar a los trabajadores con base en las imágenes obtenidas. Ahora sin embargo, el Alto Tribunal, viene a permitir la existencia de videocámaras ocultas o clandestinas, cuando se tuviera fundadas sospechas de un incumplimiento de las obligaciones laborales por parte de un trabajador.

PALABRAS CLAVE: Video-vigilancia, intimidad, expectativas de confidencialidad.

ABSTRACT: The Court Ruling that we are analyzing changes the legal criteria that had been established in previous statements, regarding the powers of the company to monitor compliance with labor obligations of their employees, through video surveillance. Prior statements emphasized the need for workers to know, not only the fact of the existence of camcorders, but also that the cameras were intended for the enforcement of labor obligations and, therefore, the possibility of the company to penalize workers based on the images obtained. Now, however, the High Court allows the existence of hidden or covert video cameras, when there are grounds for suspicion of a breach of labor obligations by a worker.

KEY WORDS: Video surveillance, privacy, expectations of confidentiality.

SUPUESTO DE HECHO

La demandante de amparo venía prestando sus servicios para la empresa Bershka BSK España, S.A. El 21 de junio de 2012 fue despedida por transgresión de la buena fe contractual. El departamento de seguridad de INDITEX, a raíz de la instalación de un nuevo sistema de control informático de caja, detectó que en la tienda y caja donde prestaba sus servicios la demandante existían múltiples irregularidades, de lo que podría desprenderse una apropiación dineraria por parte de alguno de los trabajadores que trabajaban en dicha caja, entre ellos la demandante. Por ello encargaron a la empresa PROSEGUR COMPAÑÍA DE SEGURIDAD, S.A. que instalara una cámara de videovigilancia en la tienda donde prestaba sus servicios la demandante y que controlara la caja donde trabajaba. La cámara se instaló, no comunicando a los trabajadores dicha instalación, si bien en el escaparate del establecimiento, en un lugar visible, se colocó el distintivo informativo. b) El día 21 de junio de 2012 se comunicó a la demandante su despido. En la carta de despido constaba que era despedida disciplinariamente porque se había venido apropiando de efectivo de la caja de la tienda, en diferentes fechas y de forma habitual. En concreto, se señalaba los días y horas en los que se había apropiado del importe de 186,92 euros, habiendo realizado para ocultar dicha apropiación las operaciones falsas de devoluciones de venta de prendas. c) La demandante de amparo presentó demanda de despido contra BERSHKA BSK ESPAÑA, S.A. En su demanda solicitaba la declaración de nulidad del despido por atentar contra su honor, intimidad y dignidad, y subsidiariamente la declaración de improcedencia. La trabajadora en su demanda sostuvo que en el centro de trabajo no existía comunicación al público ni carteles comunicativos de la existencia de cámaras de videograbación, ni tampoco comunicación a la Agencia de Protección de Datos, ni autorización por la Sección de Seguridad 3 Privada de la Comisaría de Policía de León, ni tampoco comunicación o informe previo del comité de empresa de la instalación de la videograbación.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes que han sido obtenidas a través de las cámaras instaladas en la empresa con la finalidad de seguridad o control laboral, ya que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral y es conforme

• Daniel Toscani Giménez

Es Profesor Titular de Universidad del Departamento de Derecho del Trabajo y Seguridad Social de la Universidad de Valencia. Asimismo, es autor de más de 27 monografías sobre todas las especialidades de Derecho del Trabajo, Seguridad Social y Prevención de Riesgos Laborales, así como más de 70 artículos en revistas especializadas de la materia. E-mail: Daniel.Toscani@uv.es.

con el art. 20.3 TRLET, que establece que “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad humana”. Si la dispensa del consentimiento prevista en el art. 6 LOPD se refiere a los datos necesarios para el mantenimiento y el cumplimiento de la relación laboral, la excepción abarca sin duda el tratamiento de datos personales obtenidos por el empresario para velar por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. El consentimiento se entiende implícito en la propia aceptación del contrato que implica reconocimiento del poder de dirección del empresario.

La empresa colocó el correspondiente distintivo en el escaparate de la tienda donde prestaba sus servicios la recurrente en amparo, por lo que ésta podía conocer la existencia de las cámaras y la finalidad para la que habían sido instaladas. Se ha cumplido en este caso con la obligación de información previa pues basta a estos efectos con el cumplimiento de los requisitos específicos de información a través del distintivo.

El trabajador conocía que en la empresa se había instalado un sistema de control por videovigilancia, sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control. Lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados.

COMENTARIO

El art. 4.2 e) del ET, afirma que los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad. La forma más habitual que puede verse afectada la intimidad de los trabajadores es a través de la facultad legítima de la empresa de controlar y vigilar el cumplimiento de las obligaciones laborales. De este modo se crea un conflicto entre los poderes de vigilancia y control del empresario y el derecho a la intimidad de los trabajadores que debe ser resuelto fijando los límites de esos poderes de control y vigilancia, para establecer cuando son legítimos y cuando no. Esta facultad de vigilancia de la empresa se podrá efectuar a través de distintos medios. En el presente comentario, nos vamos a concentrar en las facultades de vigilar a través de medios audiovisuales.

Ante la falta de regulación expresa al respecto en la normativa laboral, la jurisprudencia, por su parte, había establecido que es posible la utilización de medios

audiovisuales, siempre que sea indispensable para garantizar el cumplimiento de las obligaciones laborales y se sujete al principio de proporcionalidad e intervención mínima (SSTC 98/2000 y 186/2000, de 10 de abril y 10 de julio respectivamente). De tal forma que para garantizar que la medida sea proporcional y lo menos entrometida posible se exigen ciertos límites:

Así, en primer lugar, se diferencia entre lugares de trabajo y lugares de descanso, ocio o recreo, propios estos últimos de la esfera privada del trabajador. De este modo, mientras se pueden emplear medios audiovisuales de control de la actividad laboral en los lugares de trabajo, no se podrá hacer en los lugares pertenecientes a la esfera personal del trabajador. Así, vestuarios, baños, cafeterías, habitaciones de recreo y otros análogos (SSTJ de Madrid de 12 de marzo de 1992, Andalucía de 17 de enero de 1994, Galicia de 21 de abril de 1995, de Valladolid de 18 de septiembre de 2006).

En segundo lugar, debe ser proporcional y lo menos entrometido posible (STC 98/2000, de 10 de abril). De este modo, por ejemplo, no se grabará audio cuando sean suficientes los medios meramente visuales para asegurar el cumplimiento de las obligaciones laborales. De este modo se prohíbe la grabación continuada, genérica e indiscriminada de todas las conversaciones realizadas en la empresa mediante micrófonos (STC 98/2000). Sólo cuando sea imprescindible se empleará también el audio y se grabarán las conversaciones (STC 231/1988 y STC 197/1991). De tal modo, que por regla general, no se podrán interceptar las comunicaciones, grabar conversaciones telefónicas, salvo que sea estrictamente necesario para asegurar el cumplimiento de la actividad laboral. Así, por ejemplo, trabajador de telemarketing, teleoperador, que trabaja a través del teléfono, siempre previo conocimiento del trabajador (STS de 5 de diciembre de 2003).

Ahora bien, como ya había destacado el propio TC (STC 114/1984), quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de otra consideración, al derecho reconocido en el art. 18.3 de la Constitución; por el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado, sino que además, es necesario que la conversación desvele aspectos que afecten a la esfera o vida personal. Por el contrario, no se vulnera la intimidad si se graba una conversación cuyo contenido exclusivo versa sobre aspectos profesionales o laborales (STS de 20 de noviembre de 2014. En la cual una trabajadora, representante legal de los trabajadores, graba a su jefe mientras le despide). No obstante, a mi modo de ver, volvería a insistir sobre las expectativas de confidencialidad del trabajador. Así, mientras esto puede ser así en conversaciones con el jefe o en actos formales, como entrega del finiquito, entrevistas, negociaciones, etc. Sin embargo, en la actualidad todos los trabajadores disponen en el centro de trabajo de dispositivos, principalmente teléfonos móviles, capaces de

grabar conversaciones. En este sentido, como ya hemos destacado, el trabajador no actuará del mismo modo en un acto formal o en una conversación directa con su jefe que en una conversación privada con otro trabajador; que podría aprovechar esta circunstancia para grabar opiniones del trabajador sobre su jefe o la empresa, que en otro contexto, no revelaría. Por eso, creo que es necesario matizar que la grabación de conversaciones privadas con compañeros sí puede vulnerar el derecho a la intimidad del trabajador grabado, por las expectativas de confidencialidad que éste pudiera tener al tratarse de una conversación privada.

En tercer lugar, los medios audiovisuales deben ser conocidos por los trabajadores, tanto su existencia, como su ubicación. No se podrán colocar medios clandestinos para grabar a los trabajadores sin que estos los sepan (GOÑI SEIN, J.L.: *La videovigilancia empresarial y la protección de datos personales*, Aranzadi, Pamplona, 2007). De tal modo que tanto la existencia de los medios, como su concreto emplazamiento deben ser comunicados a los representantes de los trabajadores, en su caso, como a los propios trabajadores (STSJ de Madrid 20 de diciembre de 2006).

Si bien, en contra, podemos encontrar otras pronunciamientos que consideran que no es necesario notificar la existencia de estos medios visuales si únicamente controlan los puestos de trabajo, ya que el trabajador debe cumplir las obligaciones concretas de su puesto de trabajo de conformidad a las reglas de la buena fe y diligencia, lo que lógicamente excluye la realización en horario laboral de actividades ajenas al puesto de trabajo (STSJ de Cataluña de 5 de julio de 2000).

Este conflicto parecía haber sido resuelto por la jurisprudencia del TC, en el sentido de que no es necesario que el trabajador ni sus representantes conozcan el emplazamiento exacto de los medios audiovisuales, siempre que estos se limiten a grabar los puestos de trabajo, pero sí es necesario que los trabajadores y sus representantes conozcan la existencia de estos medios (SSTC 241/2012 y 170/2013). Esta postura es respetuosa además con la legalidad ordinaria que como hemos visto, conforme al art. 64.5 del ET, se establece que la empresa debe recabar informe previo, aunque no vinculante, de la representación legal de los trabajadores, entre otras materias, antes de la implantación y revisión de sistemas de organización y control del trabajo.

En cuarto lugar, su utilización debe ser generalizada e indiscriminada, para controlar todo un colectivo de trabajadores, no puede ser discriminatoria, para controlar a un trabajador en concreto (STSJ de Valladolid de 18 de septiembre de 2006), ni se puede provocar el incumplimiento para grabarlo. Así, el mal llamado test de honestidad, como por ejemplo, la empresa le pone un billete grande en la caja a la cajera, que no conste, para ver si la cajera se lo queda o no. Sin embargo, la primera posibilidad, se ha admitido cuando sea de forma puntual y temporal, tras acreditadas razonables sospechas de incumplimientos contractuales y se emplea con

la exclusiva finalidad de la verificación de tales hechos, comprobar que no se trata de un hecho aislado o de una confusión, sino de una conducta ilícita reiterada (STC 186/2000, de 10 de julio).

Este parece ser ahora el criterio por el cual ha optado finalmente el Alto Tribunal en su pronunciamiento más reciente al respecto, STC de 3 de marzo de 2016. Al argumentar que esta facultad de control viene legitimada por el art. 20.3 del ET, que expresamente faculta al empresario a adoptar medidas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por los trabajadores de sus obligaciones laborales. Esta facultad general de control prevista en la ley, legitima el control empresarial del cumplimiento por los trabajadores de sus tareas profesionales y el consentimiento de los trabajadores a tales efectos viene implícito en la celebración del contrato de trabajo. Además, es suficiente con la existencia de varios distintivos desplegados por la empresa en las instalaciones, que anuncian la presencia de instalación de cámaras y captación de imágenes.

A mi modo de ver, este razonamiento contraviene meridianamente las expectativas de derechos o de confidencialidad derivadas de las reglas de uso de esos medios que la propia empresa haya establecido (SSTS de 26 de septiembre de 2007 y 8 de marzo de 2011 y SSTC 241/2012 y 170/2013). De tal forma que la empresa debe haber establecido con absoluta claridad de forma previa las reglas de uso. Confunde cámaras de vigilancia, para proteger el patrimonio de la empresa, para las cuales sí será suficiente la mera existencia de distintivos anunciando su presencia, con la videovigilancia de las obligaciones laborales de los trabajadores como puede ser el control y acceso a los puestos de trabajo, etc.

En estos casos, a mi juicio, cuando el empresario pretenda valerse de las grabaciones captadas por las cámaras de seguridad para fines de control laboral, debe previamente informar a los trabajadores de esa posibilidad, esto es, "en qué casos las grabaciones pueden ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos". En particular, el empresario debe informar en forma expresa, clara e inequívoca que las grabaciones pueden "utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo. De lo contrario, las sanciones, entre las cuales puede encontrarse un posible despido, serán nulas (STC 29/2013, de 11 de febrero). En contra, se puede mantener, como hace ahora el Alto Tribunal, que es suficiente con el mero conocimiento de los trabajadores de la existencia de tales medios, dando por hecho que los trabajadores deben conocer que tales medios son para el control del cumplimiento de las obligaciones laborales y que por lo tanto, se pueden sancionar los incumplimientos que se constaten a través de los mismos (TALENS VISCONTI, E.: "Videovigilancia mediante cámaras fijas y protección de datos en el ámbito laboral", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, 2013, núm. 33, p. 250). No obstante, a mi modo de ver, el trabajador puede pensar que

los medios tienen otras finalidades, como el proteger el patrimonio de la empresa ante robos o hurtos y no para control del cumplimiento de obligaciones laborales como, por ejemplo, el horario o que tienen una finalidad meramente disuasoria. Por ello, es imprescindible que además de su existencia, se comunique al trabajador que, asimismo, las grabaciones se podrán utilizar para la imposición de sanciones. De lo contrario, el trabajador podría alegar una expectativa de confidencialidad. Máxime cuando se le ha comunicado por parte de la propia empresa que no es un sistema de vigilancia laboral sino, por ejemplo, para evitar robos (STS de 13 de mayo de 2014).

El empresario no puede publicar, ni difundir las imágenes captadas y por lo tanto no puede utilizarlas, salvo como medio de prueba si se considera que el trabajador ha incurrido en una infracción sancionable (STSJ de Galicia de 21 de abril de 1995), siempre que hubiera comunicado la existencia de dichos medios previamente al trabajador. De lo contrario, la prueba será ilícita (STC 29/2013, de 11 de febrero).

EXTERNALIZACIÓN Y RESTRUCTURACIONES POR CAUSAS ORGANIZATIVAS: EL CASO MELIÁ. COMENTARIO A LA STS NÚM. 104/2015, OF NOVEMBER (JUR 2016, 31353)

OUTSOURCING AND COLLECTIVE DISMISSAL RELATING TO ORGANIZATIONAL CAUSES: THE MELIA LAWSUIT. COMENT ON STS 104/2015, OF NOVEMBER (JUR 2016, 31353)

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 374-391



Amparo
ESTEVE
SEGARRA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: Se analiza una importante sentencia del Tribunal Supremo en materia de despido colectivo derivado de una decisión de externalización productiva del servicio de limpieza hacia una empresa de servicios. Se debate el carácter justificado o no de la medida.

PALABRAS CLAVE: Despido colectivo, causas organizativas, externalización, empresas multiservicios, contrata.

ABSTRACT:The Court ruling that it is analyzed decides about collective redundancy. It is Caused by business process of outsourcing the cleaning services to a service company. It argues with the justified or not business decision in this legal matter.

KEY WORDS: Collective dismissal, organizational causes, outsourcing, outsourcing companies, outsourcing contract.

SUPUESTO DE HECHO

La sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2015, rcud. 104/2015, aborda un supuesto de despido colectivo en dos hoteles de la famosa cadena Meliá. La empresa decidió iniciar un proceso de despido colectivo basado en causas productivas y organizativas. Las primeras amparadas en una situación de caída de ingresos generales desde el año 2011 y del nivel de ocupación en ambos hoteles. Las segundas en la decisión de externalizar los servicios de limpieza con una empresa de servicios. El despido en ambos hoteles afectaba mayoritariamente a mujeres. La empresa a la que se externalizó el servicio de limpieza era una empresa multiservicios o de “outsourcing” que también empleaba generalmente a trabajadoras para atender dichas contratas.

Tras seguirse el período de consultas y no alcanzarse un acuerdo, el despido colectivo efectuado por la empresa fue impugnado ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la modalidad procesal de despido colectivo ex art. 124 LRJS. Los representantes de los trabajadores solicitaron la declaración del despido nulo por tres motivos: primero, por discriminación indirecta por razón de sexo; segundo, por vulneración de la libertad sindical en su vertiente de la negociación colectiva, y tercero, porque la medida de despido colectivo y externalización suponía a su juicio, una precarización extrema de las condiciones de trabajo y afectaba a la dignidad de la persona reconocida en el art. 10 de la Constitución. Subsidiariamente, la parte actora solicitaba la declaración de improcedencia del despido colectivo por carecer de causa, al reputar que no existió realmente una causa organizativa ni productiva, sino una causa económica, no negociada en el correspondiente período de consultas; o bien, de considerar el órgano judicial concurrentes las causas, suplicaba asimismo la declaración de improcedencia por estimar que la decisión adoptada por la empresa no era razonable, ni idónea al no estar ante una amortización real de puestos de trabajo, sino ante una estrategia empresarial para precarizar las condiciones de trabajo.

En instancia, el TSJ de Madrid en sentencia de 19 de noviembre de 2014, procedimiento 663/2014, desestimó las alegaciones de nulidad por discriminación por razón de sexo y vulneración del derecho a la libertad sindical en su vertiente de la negociación colectiva. Analizando las causas, el tribunal “a quo” rechazó tanto que la causa fuera económica, como aducía la representación de los trabajadores, como

• Amparo Esteve Segarra

Profesora Titular de Universidad. Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universitat de València (UV). orcid.org/0000-0003-3773-4668. También es magistrada Suplente Sala de lo Social del TSJ de la Comunidad Valenciana desde el año judicial 2003/2004 hasta la actualidad. amparo.esteve@uv.es.

la existencia de causas productivas, invocadas por la empresa. Sí admitió, empero, la concurrencia de la causa organizativa para justificar el despido colectivo, razonando que con la nueva organización se produciría una mejora del servicio al suponer una corrección de los desequilibrios existentes. La representación de los trabajadores, disconforme con esta resolución judicial, formuló recurso de casación. El Ministerio Fiscal informó a favor de la declaración de improcedencia del despido.

El Tribunal Supremo debatió el caso en el Pleno y con un voto mayoritario resolvió este supuesto el día 20 de noviembre de 2015. La sentencia fue objeto de voto particular formulado por la magistrada Doña Rosa María Viroles Piñol, al que se adherieron tres magistrados: D. Fernando Salinas Molina, Doña María Luisa Segoviano Astaburuaga y D. Jordi Agustí Julia.

La sentencia analizada es importante porque es un pronunciamiento del Pleno del Tribunal Supremo, que incide en la interpretación de una de las causas más complicadas de despido colectivo, la organizativa y, cuya complejidad se incrementa, al estar vinculada a una decisión empresarial de externalizar servicios. Tras la reformulación legal del despido colectivo en la reforma laboral del 2012, la Sala Cuarta del Alto Tribunal admite en este supuesto el despido colectivo por causas organizativas en un supuesto de descentralización productiva. La interpretación jurisprudencial controvertida –como evidencia el voto particular– puede revestir enormes consecuencias prácticas y abre una polémica sobre la conveniencia de dotar de menor rigidez a los mecanismos de ajuste de plantilla por estas causas. La sensibilidad de las causas organizativas de las reestructuraciones, donde abrir la mano con ligereza puede justificar un adelgazamiento espectacular de la estructura productiva, determina la importancia del pronunciamiento objeto de análisis.

DOCTRINA

De entrada, el Alto Tribunal rechazó todas las revisiones fácticas planteadas en los cinco primeros motivos del recurso por los actores recurrentes, por no cumplirse los requisitos procesales propios de dicha revisión en el recurso de casación. La falta de forma de las modificaciones de hechos probados fue un punto compartido incluso, por el voto particular. En todo caso, por lo que luego se dirá, no es baladí señalar que al desestimar los motivos fácticos, el Tribunal insiste en ceñir el objeto del procedimiento al carácter ajustado o no a derecho del despido colectivo, rechazando las alegaciones de los recurrentes de una posible sucesión empresarial en los servicios de limpieza o de un fraude para perjudicar derechos económicos del personal afectado por, entre otras cuestiones, no constar debidamente acreditado el personal despedido que hubiera pasado a prestar servicios para la nueva empresa, cobrando menos.

Tanto la sentencia de instancia como la de casación rechazaron la denuncia de vulneración del artículo 28 de la Constitución y el derecho a la negociación colectiva. En esencia, denunciaban los recurrentes que con la externalización a una empresa multiservicios del servicio de limpieza en los dos hoteles, se habría eludido la aplicación del convenio colectivo de hostelería de Madrid, reduciendo el ámbito de aplicación del convenio, el número de componentes del comité de empresa y, a la postre, precarizado las relaciones laborales.

El Alto Tribunal no resuelve sobre esta argumentación sobre la base de falta de cumplimiento de las exigencias formales de los motivos del recurso de casación ordinaria. Tras el típico recordatorio sobre la doctrina de la Sala sobre las exigencias de los escritos de interposición del recurso recogidas legalmente en el art. 210 de la LRJS, el Tribunal en un razonamiento deductivo, señala que, en el caso concreto, y en línea con lo informado por el Ministerio Fiscal, en el recurso no se habría razonado suficiente, la elusión de un convenio colectivo por la decisión externalizadora, ni el fraude de ley que se denunciaba. Apoya este rechazo el Tribunal Supremo en dos argumentos, a saber: primero, la falta de cita de preceptos concretos infringidos del Estatuto y, segundo, en que el objeto del litigio se ceñiría a la calificación del despido colectivo no a lo que ocurriese con posterioridad. El mismo argumento formal de falta de cumplimiento de los requisitos de interposición del recurso de casación, motivará que el Tribunal justifique la falta de examen sobre la razonabilidad del despido colectivo impugnado en el último motivo de recurso. En definitiva, estos defectos procesales, y el afán de la sentencia ceñir el objeto litigioso al despido colectivo, y no a los efectos ulteriores de la externalización, impedirán, el análisis de uno de los aspectos más interesantes que planteaba el supuesto de hecho, esto es, la precarización ulterior de las condiciones de trabajo por la vía del recurso a una empresa multiservicios no vinculada al convenio colectivo del sector de la hostelería. A postre, permitirán al voto mayoritario expresado en la sentencia, desentenderse cómodamente del enjuiciamiento de esta relevante cuestión práctica.

En otro orden de cosas, existiría coincidencia entre la sentencia de instancia y la de casación en el convencimiento de la inexistencia de discriminación indirecta por razón de sexo. Según el recurso, la discriminación derivaría de que el servicio de limpieza empleaba básicamente a mujeres, por lo que la decisión de externalización, pese a su carácter neutro, pondría en desventaja a las mujeres respecto a los hombres ya que con esta estrategia se les acabaría pagando menos. El Alto Tribunal asumiendo el razonamiento expuesto en la sentencia de instancia, considera que la decisión empresarial de despido sería ajena al sexo de los trabajadores, pues la afectación mayoritaria de las mujeres en este despido derivaría de la consecuencia de ser una actividad profesional, segregada ocupacionalmente y donde están empleadas mayoritariamente mujeres. Por ello, ambas instancias concluyeron que la decisión extintiva no traía su causa del sexo de los trabajadores buscando prescindir de

trabajadores de sexo femenino, sino del descenso de las habitaciones ocupadas y de la decisión empresarial de reorganizar el servicio. Abundaría en este razonamiento sobre el carácter neutro de la decisión empresarial desde el llamado “test de but for” o test de sustitución del sexo de los implicados, que además, se despidiera a todos los trabajadores del servicio de limpieza, incluidos también algunos varones. Nuevamente, insiste el Alto Tribunal en que la eventual discriminación salarial futura –la ligada al salario que cobran los trabajadores en la nueva empresa- escaparía al objeto litigioso del recurso, ceñido a la calificación del despido colectivo efectuado (vid. FJ 4º in fine).

El tercer motivo para fundamentar la nulidad del despido colectivo se relacionaba con la violación del artículo 10 de la Constitución y la dignidad de la mujer. El Tribunal Supremo rechazará este motivo sobre la base de que la dignidad de la mujer no es un derecho fundamental dotado de la protección establecida para los derechos reconocidos en el capítulo II del Título I de la Constitución. En segundo lugar, aduce que la decisión externalizadora se ampararía en el artículo 38 de la Constitución que reconoce la libertad de empresa. Y, en tercer lugar, reitera que la discriminación por razón de sexo no habría sido el fin perseguido por la decisión empresarial de despido colectivo y externalización del servicio.

A continuación, la sentencia analiza la concurrencia de causas organizativas como justificación del despido colectivo. El ceñir este análisis a una de las dos causas aducidas por la empresa derivaría sencillamente de que en la sentencia de instancia se habrían descartado la concurrencia de causas productivas, por lo que, al no recurrir la parte empresarial, no cabría discutir sobre esta cuestión. En síntesis, la parte laboral habría cuestionado las causas organizativas por dos razones. Primero, porque no existiría cambio organizativo, sino que la actividad de limpieza se habría mantenido. Y, segundo, porque la decisión de externalización, no habría mejorado el servicio, sino el beneficio empresarial, entendiéndose los representantes de los trabajadores que habría existido realmente una causa económica enmascarada y no negociada en el período de consultas. Asimismo, se aducían otros argumentos, pero que no merecen mayor comentario puesto que el Tribunal Supremo los desestimó fácilmente por carecer de apoyo fáctico, como el incremento de otros costes en la empresa o las intenciones futuras de la empresa de preparar la finalización de la actividad en el año 2022 mediante este previo despido colectivo.

Uno de los aspectos más interesantes es que el Alto Tribunal dedica una gran parte de sus razonamientos a delimitar las causas organizativas de las económicas. El Tribunal se basa en el tenor legal del artículo 51 ET y, sobre esta base argumental, descarta en el caso concreto la concurrencia de una causa económica no alegada como causa de despido. Se señala, en síntesis, que aunque cualquier causa puede repercutir en la salud económica de una empresa, pero «las causas económicas

“stricto sensu”, son aquellas que se ponen de manifiesto por la disminución de ingresos o ventas y la acumulación de stocks».

El Tribunal descarta también que no existiera causa organizativa por el simple hecho de la subsistencia de la necesidad de realizar la limpieza. Considerando acreditado que el nivel de ocupación de los hoteles habría disminuido de forma importante, el Tribunal parte de la licitud de la externalización. A este respecto, la Sala se apoya en su propia doctrina sobre la posibilidad de externalizar servicios propios de la actividad de la empresa, siempre que ello no amparara puramente una mera conveniencia del empleador: «siendo decisivo que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial» (STS 21 marzo 1997).

A partir de esta doctrina, y considerando concurrente la causa organizativa, el Alto Tribunal analiza si la externalización del servicio de limpieza constituía una medida organizativa idónea y proporcionada para solventar el problema de la merma de ingresos por la disminución del nivel de ocupación de los hoteles. La sentencia resuelve el nudo gordiano de la litis en un párrafo (el penúltimo del fundamento de derecho sexto) con un elenco de argumentos expuestos escuetamente:

El primero es un argumento general y, por otra parte, bien sabido, cual es que la externalización supone un cambio de sistemas y métodos de trabajo que tiene encaje en las causas organizativas del art. 51 ET.

El segundo argumento se proyecta ya sobre el caso concreto y se afirma por el Tribunal Supremo que era necesario tomar medidas para solucionar los problemas derivados de la menor ocupación de los hoteles y el paralelo incremento de costes de personal, al tener el mismo personal de limpieza con independencia del nivel de ocupación hostelera.

El tercero –repárese en que sería el más relevante pues se valora judicialmente la idoneidad de la medida- sería en palabras del Tribunal Supremo, que «la medida era idónea para atajar el problema y razonable en términos de proporcionalidad... aunque cabía reducir la plantilla por motivos económicos, la externalización suponía una respuesta más razonable y adecuada a las necesidades de la empresa, ya que la contratista se comprometía a prestar el servicio de limpieza en su integridad y a cobrar en función del número de habitaciones limpiadas y de horas empleadas. La solución tomada era más razonable que la de reducir la plantilla porque permitía atender el servicio de limpieza sin que los picos ocupacionales que por los más diversos motivos puedan tener los hoteles, supongan un problema para la empresa hotelera que no se ve obligada a realizar contrataciones para atender los períodos o días de mayor ocupación, ni a rescindir contratos en los períodos de baja ocupación,

lo que facilita su actividad de gestión, y a la par, le ayuda a ajustar los costes de limpieza a la facturación, pues, los costes suben y bajan al mismo ritmo que la facturación».

VOTO PARTICULAR

Por su parte, el voto particular centra su discrepancia en la admisión de una externalización sin límites, que permitiría la pura conveniencia y ahorro empresarial. En definitiva, se consideraría abusiva la medida por la precarización salarial y vulneradora del derecho a la dignidad de los trabajadores, que debió tener como consecuencia la declaración de nulidad de la medida empresarial, al entender que podían existir otras medidas razonables y proporcionadas.

En todo caso, el voto particular comparte algún razonamiento de la sentencia, como el rechazo de las revisiones fácticas planteadas en el recurso de casación y la existencia de discriminación indirecta. Aunque en relación con esto último, el voto particular es muy poco claro. En efecto, tras exponer un elenco de doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la discriminación indirecta por razón de sexo, la proyecta sobre el caso y de una forma escasamente categórica, señala que, si bien el razonamiento del voto mayoritario es compatible, pero que “la situación pudiere ser de discriminación indirecta para el colectivo de mujeres afectadas”. Sin embargo, a continuación, se matiza esta afirmación al añadir un giro adversativo “ahora bien, en el caso, partiendo del relato de hechos probados, se constata que el despido colectivo se ha producido como consecuencia de haberse externalizado... una actividad profesional que, normalmente está segregada ocupacionalmente”. Pero añadiendo más confusión, remata la argumentación señalando que lo importante aquí y ahora es que la discriminación indirecta no se discute en el presente caso.

En otro orden de cosas, el voto particular focaliza la atención en el análisis sobre la concurrencia de las causas alegadas. Considera estas causas inexistentes y la ilicitud de la decisión externalizadora por abusiva, reputando el despido no razonable ni proporcionado. El voto particular critica a la sentencia la falta de análisis de la licitud de la externalización, pues entiende que el voto mayoritario se limita a suponerla lícita por preverlo el art. 38 de la CE “sin mayor argumentación aplicada al caso concreto, limitándose a la cita de generalidades en relación al art. 42.1 ET, y con el art. 51.1 ET”. En su lugar, con cita referencial de la misma doctrina jurisprudencial utilizada por el voto mayoritario, apunta a que si bien el Tribunal Supremo admitía que la decisión de externalizar un servicio puede ser legítima y constituir una causa organizativa, no quedarían amparadas opciones escudadas en la mera conveniencia empresarial ni externalizaciones sin límites. El voto particular considera que ello es lo que se habría producido en el supuesto, pues subsistiría la necesidad de realizar la limpieza de las habitaciones, y el único cambio sería la reducción de costes de personal “a costa de la precarización de las condiciones laborales de las trabajadoras/es que pasarán a

cobrar un 50% de su salario por el mismo trabajo”. El voto particular, asumiendo literalmente los términos de la demanda planteada por los representantes de los trabajadores, juzga que estas consecuencias vulneran la dignidad de los trabajadores y abocan al dumping social lo que debería conducir a la declaración de nulidad de la medida empresarial. Se añade que “no se constata elemento alguno que impidiera adoptar otras medidas razonables y proporcionales, sin buscar su mera conveniencia”, aunque el voto particular no explicita cuáles pudieran ser estas medidas alternativas.

Finaliza el voto particular recordando que, tras la reforma laboral del 2012, la doctrina jurisprudencial habría señalado que, si bien el control judicial de las causas de despido no se movería dentro de los juicios de oportunidad, que pertenecerían a la gestión empresarial, a los órganos judiciales les correspondería un juicio de legalidad en torno a la existencia de la causa alegada y de razonable adecuación entre ésta y la medida empresarial. Y, en este sentido, juzga que en el caso no se habría acreditado que la medida fuera razonable en términos de eficacia de la organización productiva “sino un simple medio para un incremento del beneficio empresarial”.

COMENTARIO

Determinar si las estrategias empresariales de externalización productiva pueden servir como fundamento para la amortización de puestos de trabajo es una de las cuestiones más espinosas y que mayores debates jurisdiccionales ha suscitado en materia laboral. Esto es así, en primer lugar, porque las empresas externalizan cada vez más fases de sus ciclos productivos y recurren al factor organizativo – junto al tecnológico- como clave para lograr una eficiencia empresarial. Ello se plasma no sólo en el surgimiento de empresas con organizaciones claramente descentralizadas (empresas red, distritos industriales, etc.), sino también en la renovación de las estructuras productivas de las empresas ya creadas. En este último caso, la denominada estrategia de externalización sobrevenida suele ir precedida o seguida de medidas de ajuste de plantilla, que como ilustra perfectamente el caso Meliá, no van vinculados a situaciones de crisis en la empresa, sino que constituyen un instrumento de adecuación de la estructura productiva de las empresas a la coyuntura económica.

La “normalización” de estas prácticas como forma de adaptación de las empresas a un entorno cambiante y competitivo ha provocado cambios en la valoración judicial de las medidas de externalización como detonantes de ajustes de plantilla. En nuestro ordenamiento se ha reconocido que la descentralización productiva es una opción empresarial legítima. Por todas, la STS 27 octubre 1994, rcud. 3724/1993, a propósito de la aplicación del art. 44 ET en un supuesto de descentralización organizativa mediante la creación de una sociedad filial, rechazó las objeciones sindicales a la operación de externalización por responder a “un concepto rígido

y autosuficiente de empresa, en virtud del cual el empresario debe ser titular de todos los elementos patrimonial que intervienen en el proceso de producción”, admitiéndose la licitud de la descentralización productiva “con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores”. Sin embargo, ha sido mucho más controvertida su justificación como causa de despido, pues mediante la contratación externa se logra normalmente una mayor eficiencia en la prestación de los servicios y una reducción de los costes, pero ello se hace a costa de la sustitución de la plantilla.

La sentencia y el voto particular evidencian dos corrientes interpretativas en el Tribunal Supremo. En todo caso, antes de abordar un juicio crítico sobre las mismas merece la pena detenerse en alguna cuestión previa. Respecto a la discriminación indirecta por razón de sexo, me parece más acertada la posición del Alto Tribunal y la sentencia de instancia que la del voto particular. La afirmación apodíctica de éste de que resulta indiscutible la concurrencia de una discriminación indirecta que tiene su origen en el acceso al empleo, no resulta compartible por cuanto ello conduciría a la nulidad automática de cualquier decisión empresarial que incidiese sobre un colectivo segregado profesionalmente.

Abordando ya la cuestión central sobre la validez de los despidos, éstos se relacionarían con la concurrencia de causas organizativas (a), su desvinculación de la situación económica de la empresa (b) y la idoneidad y razonabilidad de los despidos (c).

(a).- En cuanto a las causas organizativas, son las dotadas, sin duda, de mayor ambigüedad en la definición legal de los despidos por causas empresariales. No en balde el referente normativo del artículo 51 del TRET las delimita “cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción”. Se han definido como aquellas que se “refieren a la gestión y empleo de la propia fuerza de trabajo o a la combinación de los factores productivos en general”. Estas causas tienen una potencial significación muy amplia, además, por no depender de otras variables como una innovación tecnológica, una previa inversión empresarial, un cambio en la demanda de los productos o servicios o una situación económica negativa, sino de una decisión empresarial de reorganización de servicios. Ello trae como consecuencia que la causa organizativa haya sido considerada la más compleja y la que, según ha precisado alguna antigua sentencia de suplicación, exigiría “mayor esfuerzo argumental y probatorio” (STSJ Castilla-La Mancha 19 de junio 1998, rec. 603/1998).

Es más, en los casos en los que el despido por causas organizativas responde a una operación de externalización, la justificación de la medida extintiva sería más

compleja. Ello es así en la medida en que tradicionalmente la causa organizativa se ha entendido vinculada a las medidas de gestión internas, donde el puesto de trabajo era amortizado por haberse vaciado de contenido, por la reducción del negocio o porque las funciones desempeñadas hasta el momento por el trabajador, eran asumidas por otros trabajadores de la empresa. Sin embargo, en los supuestos de descentralización productiva, como ejemplo típico de medidas de gestión externas, se parte no tanto de la amortización de un puesto de trabajo disfuncional, donde existe un hecho objetivo, constatable, que justifica el despido, sino de una perspectiva distinta, en la que al empresario le resulta más rentable la supresión de un puesto de trabajo y la contratación externa de la actividad que antes se venía desarrollando en la empresa.

Y es que, ciertamente, en estos casos, la terminación de la relación laboral depende de una decisión empresarial de reorganización de los servicios, que puede obedecer a una estrategia de reducción de costes y mejora de la productividad, fines perfectamente legítimos, pero también y a la vez, al deseo de hacer desaparecer puestos de trabajo. A ello, se suma el hecho de que la mejora de la organización empresarial, como justificación de toda operación de descentralización productiva, es, hoy en día, una exigencia de toda empresa, en una coyuntura económica caracterizada justamente por las constantes necesidades reorganizativas empresariales. En este sentido, ya se puso de manifiesto con gran clarividencia que no existían problemas en la valoración del punto de partida en las causas técnicas, organizativas y de producción, excepto en los supuestos de descentralización productiva. Son evidentes así, las dificultades ya de partida, para valorar estas estrategias, y más concretamente, para dilucidar cuando el recurso a la descentralización productiva como justificación para la supresión de puestos de trabajo constituye una pretensión injustificada del empresario de resolver la relación laboral, o bien es una necesidad de las empresas para lograr una estructura empresarial más competitiva.

En el caso analizado, considero que la empresa justificó debidamente la existencia de una causa organizativa a partir de la acreditación de las dificultades organizativas por la caída del nivel de ocupación. Sin embargo, no puede aceptarse que de la mera acreditación de la causa organizativa se derive sin más el carácter ajustado a derecho del despido colectivo. La opción de eliminación del servicio de limpieza propio y la externalización del mismo planteaba cuestiones complejas.

La relación automática entre concurrencia de causa y valoración judicial del despido aborda una cuestión delicada. En efecto, a las complicaciones intrínsecas que, como he tratado de exponer, plantea la justificación de las decisiones empresariales extintivas basadas en operaciones de externalización de servicios, ha de sumarse el hecho de que las medidas de reorganización productiva se sitúan en un marco legal, el de los despidos por causas empresariales extraordinariamente intrincado y

objeto de sucesivas reformas. Sin entrar en un examen detallado de éstas, el objetivo reformador ha ido aspirando progresivamente a dotar de mayor facilidad a este tipo de despidos, con una definición más flexible de las causas, tratando de eliminar rigideces en la valoración judicial de los procesos de reestructuración empresariales. La definición de estas causas a partir de la reforma del 2012 trataba de acotar el margen de valoración judicial, y la sentencia analizada parece situarse en esta interpretación flexible perseguida por el legislador; de que acreditada la causa, debe validarse judicialmente el efecto de los despidos. Más tarde se ha de volver sobre esta cuestión.

(b).- Otro elemento muy interesante del pronunciamiento, es que la sentencia abunda en una clara desvinculación de las causas organizativas de las económicas. En efecto, el voto mayoritario insiste en trazar una estricta línea divisoria entre las causas económicas, y las organizativas, aun argumentando que, en el fondo, todas ellas compartirían el objetivo común de mejorar la posición de la empresa en el mercado. Esta postura doctrinal de dotar de carácter autónomo a las causas organizativas tiene notable importancia al no exigirse una situación de deterioro económico para poder recurrir al despido basado en una reorganización empresarial. En este punto, ha existido una evolución en la postura de los tribunales, que inicialmente exigían, para justificar los despidos en supuestos de descentralización productiva, que el empresario acreditara una situación en la que estuviera amenazada la viabilidad futura de la empresa y además, que la amortización de puestos de trabajo contribuyera a superar esta situación de dificultad. De este modo, durante buena parte de la década de los noventa del pasado siglo se venían entendiendo injustificado el recurso a la contratación externa y la consiguiente amortización de puestos de trabajo, cuando ello constituyera simplemente una operación más rentable para la empresa. Sin embargo, la progresiva desvinculación legal de las causas organizativas –junto con las técnicas y productivas- de las económicas, permitió que las primeras adquirieran sustantividad propia y lograran alegarse con independencia de que se hallaran vinculadas o no a situaciones económicas críticas, pudiendo actuar con carácter preventivo, aunque se exigía un cierto deterioro que manifestara un riesgo para el proyecto empresarial. De las “causas económicas y tecnológicas” en la versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980, se pasó, con la reforma de 1994, a las “causas económicas, técnicas, organizativas y de producción”. Posteriormente, las sucesivas reformas legislativas incidirían en la desvinculación de las causas técnicas, organizativas y productivas de las económicas, al exigir, por ejemplo, que éstas contribuyesen a “superar las dificultades que impidan el buen funcionamiento de la empresa, ya sea por su posición competitiva en el mercado por exigencias de la demanda, a través de una mejor organización de los recursos” (art. 52.c) tras la reforma operada por la Ley 63/1997). Gradualmente se admitió también la procedencia de despidos en supuestos donde no existía una situación de viabilidad amenazada de la empresa,

sino meras dificultades o cuando la externalización de los servicios suponía una mejora clara en la prestación de un servicio.

Si sobre los despidos basados en decisiones descentralizadoras se extendía la sospecha de que las motivaciones reales del empresario no eran tanto la mejora de la eficiencia, como el desprenderse de puestos de trabajo mediante la contratación externa de un servicio que hasta ese momento se llevaba a cabo en el marco de la organización de la empresa, el Tribunal Supremo lo había validado hasta ahora en supuestos donde se cubría mejor el servicio externalizándolo (logística, jardinería, médico de empresa sustituido por una mutua que además ofrecía servicios de prevención).

(c).- El elemento de mejora en la externalización que ampara los despidos por causas organizativas es el punto más discutible, y discutido en el voto particular: La cuestión nuclear es si acreditadas las dificultades organizativas la medida de despedir a los trabajadores y externalizar el servicio a una empresa externa es adecuada y razonable para garantizar su competitividad o meramente conveniente. El voto particular se mueve en este último extremo, pues entiende que el empresario había de probar la "necesidad" del despido y dicha necesidad no habría quedado acreditada al no amortizarse los puestos de trabajo y externalizarlos.

El argumento es sugerente, pero implica volver a enunciados legales ya derogados por el legislador: El voto particular cita doctrina jurisprudencial de la Sala sobre las causas organizativas en el despido por causas empresariales, en concreto, en la exigencia de que la empresa acreditase la necesidad de la medida extintiva. Empero, no es intrascendente recordar que esta doctrina se elaboró sobre la base de enunciados legales ya suprimidos, que, por ejemplo, requerirían que en los despidos por causas empresariales la empresa acreditase la "necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo". De esta referencia legal anteriormente contenida en una versión ya derogada del art. 52.c.) ET se contrapuso la noción de "necesidad" del despido al concepto de "conveniencia" del empresario de obtener mayores beneficios o de optimizar la organización de sus recursos. En otras palabras, los Tribunales en una línea jurisprudencial desarrollada con anterioridad a la reforma laboral del 2012, no admitirán las reestructuraciones organizativas por mera conveniencia empresarial, presuponiendo esta conveniencia en los supuestos en que no se acreditaran las dificultades empresariales.

Además, no cabe olvidar que esta prueba que exige el voto particular sobre la "necesidad" de la amortización es casi imposible en los supuestos de externalización, ligados más a operaciones de mejora de la rentabilidad empresarial, que a situaciones de crisis. Por otra parte, la falta de amortización es discutible, pues los Tribunales han mantenido una interpretación formalista, conforme a la cual, la amortización del puesto de trabajo se concreta en la eliminación formal del puesto,

aunque permanezcan las funciones. Sin embargo, no se admite la procedencia de la extinción cuando existen contrataciones posteriores de personal en la empresa para desempeñar esas mismas funciones, pues se entiende que lo que se ha operado entonces es una mera sustitución de la mano de obra. En cambio, cuando ello se articula mediante una contrata, los Tribunales sí entienden cumplida la exigencia de amortización del puesto de trabajo.

Pero, en el otro extremo, la argumentación del voto mayoritario tampoco me parece la más adecuada. La STS se sitúa en una línea de aparente continuidad respecto a la posición clásica de la jurisprudencia en materia de despido por causas organizativas en supuestos de descentralización productiva. Así, en la sentencia analizada se reproduce la conocida doctrina conforme a la cual, lo decisivo para que el recurso a una contrata justifique la extinción del contrato es que "únicamente si se demuestra que la utilización de la contrata es un medio hábil para asegurar la viabilidad de la empresa o su competitividad puede jugar como causa legitimadora de la decisión extintiva, siendo decisivo que la descentralización constituya una medida racional en términos de eficacia de la organización productiva y no un simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial" (STS 21 de marzo 1997, rcud. 3755/1996 y STS 30 septiembre 1998, rcud. 4489/1997). No hay novedad alguna en esta doctrina, pero sí en la interpretación que introduce la sentencia. De este modo, y ahondando en una línea abierta en buena parte de los pronunciamientos del Alto Tribunal, de exigir que la externalización evite una dualización en la prestación de servicios o suponga un "plus", o una mejora del servicio, la sentencia introduce alguna variación importante respecto de los criterios asentados en la valoración de las operaciones de externalización como justificación para la amortización de puestos de trabajo, en particular sobre las mejoras de gestión empresarial. Pueden verse: STS 21 marzo 1997, rcud. 3755/1996, sobre un club de campo externaliza mediante una contrata los servicios de jardinería. En segundo lugar, STS 30 septiembre 1998, rcud. 4489/1997, en un supuesto en que los servicios de marketing y publicidad son asumidos por una cooperativa a la que la empresa se asocia. Lo interesante es que en esta segunda sentencia se admite la validez del cese porque los servicios prestados por el trabajador estaban cubiertos y mejor (pues la cooperativa ofertaba otros servicios). Por su parte, las SSTS 3 y 4 octubre 2000, consideran procedente el despido objetivo de un médico de empresa, al externalizarse el servicio de prevención a una mutua y partir que la amortización no era una operación puramente especulativa, sino razonable en términos de gestión empresarial, al estar cubiertos los servicios médicos en la Mutua.

Y así, en primer lugar, entre las variaciones introducidas por el pronunciamiento analizado cabe destacar que si bien la sentencia incide en el planteamiento tradicional de que la extinción de contratos y la externalización no constituyan un "simple medio para lograr un incremento del beneficio empresarial", tomando

en cuenta aparentemente el carácter no especulativo de la medida, que la única lógica no sea la de obtener mayores beneficios. Sin embargo, el voto mayoritario juzga que la externalización era la respuesta más idónea para atajar el problema del incremento de costes de personal, facilitando la actividad de gestión en la contratación y ajustando los costes de limpieza a la facturación. La causa organizativa se vincula a la mejora de gestión puesto que se ajusta a los picos ocupacionales, eliminando el problema de que la empresa deba realizar contrataciones en los días de mayor ocupación o rescindirlos en los de baja. Recordemos que la sentencia valoró que la externalización era mejor opción porque en vez de reducir la plantilla en el servicio de limpieza, la empresa contratista prestaba el servicio en su integridad y se comprometía a cobrar en función del número de habitaciones limpiadas y de horas empleadas. Los picos ocupacionales, viene a decir el Alto Tribunal, ya no son problema de la empresa hotelera en cuanto a la contratación y rescisión de los contratistas.

De este modo, la sentencia parte de la doctrina clásica pero realiza una importante novedad: valora la causa organizativa teniendo en cuenta los beneficios económicos y de gestión de recursos humanos para la empresa. Empero esta facilidad en la actividad de gestión de los recursos humanos es un elemento que aparece en toda externalización, así como el ajuste de los costes a la facturación. Siguiendo este razonamiento, la mejora de la organización empresarial con la opción por la externalización se produciría siempre, la lógica empresarial sería inatacable y los despidos siempre estarían justificados. A la postre, se haría depender la extinción del contrato de trabajo de la voluntad del empresario.

Podría contrargumentarse, y no deja de ser cierto, que el Tribunal Supremo no ha admitido en esta sentencia que la mera decisión empresarial de reorganizar el servicio se convierta en causa de despido, porque ha exigido la acreditación de una causa, en concreto, de dificultades organizativas y además en el caso de autos, la caída continuada del nivel de ocupación hostelera estaba bien acreditada. Pero no se olvide que la extrapolación de las dificultades organizativas a otros supuestos es peligrosa pues esta causa es consustancial a cualquier estructura empresarial.

Por otra parte, lo más criticable de la sentencia es la valoración de la mejora de los servicios externalizados desde la perspectiva de la gestión de los recursos humanos. La novedad no estaría en la acreditación de las dificultades de la empresa, sino en la valoración de las mejoras que supone la externalización. El criterio elegido por el voto mayoritario para admitir la justificación del despido colectivo por la externalización empresarial, cual es que es una respuesta más razonable y adecuada al problema de los costes de personal y su adecuación a los picos ocupacionales de la actividad hostelera merece algún otro comentario.

El criterio elegido por el Tribunal Supremo es extraordinariamente simple, pero potencialmente tan abierto, que permite una externalización y ajustes de plantilla con el único límite de que la empresa acredite ciertos problemas económicos y organizativos como una menor demanda y pérdidas en la facturación. En concreto, se atiende a que con la externalización se cubren en su integridad servicios, con un mejor ajuste de los costes a las necesidades empresariales, en particular, de los costes de personal, facilitando las contrataciones y despidos de los que la empresa principal queda liberada.

El Tribunal valida el que la empresa hostelera no tenga que ocuparse, del ajuste de la mano de obra a los picos de ocupación, pues con la externalización, lo puede realizar mejor la empresa contratista. Ésta, en función de la generosa posición jurisprudencial sobre el contrato para obra o servicio vinculado a una contrata, puede contratar temporalmente y rescindir dichos contratos. El criterio abierto por el Tribunal Supremo permite entender que ante la existencia de dificultades basta que el empresario acredite que la externalización cubre el servicio y responde de forma más “conveniente” a las necesidades empresariales. Este criterio tan amplio suscita perplejidad, pues parece dar carta blanca a una externalización “sin límites”, a una “precarización leonina de las condiciones de trabajo” o al “dumping social” en palabras de la demanda, repetidas en el voto particular. A mi juicio, hubiera sido preciso un razonamiento adicional para justificar las extinciones del contrato, que no hubiera estado puramente ligado a los beneficios en términos de costes de personal de la externalización del servicio.

Si bien, el pronunciamiento mayoritario acierta en la desvinculación de la situación económica de la empresa para valorar la causa organizativa. También es cierto que no puede exigirse en un contexto como el actual que las empresas hayan de soportar el coste de mantenimiento de servicios mejor desempeñados por empresas externas, pero el criterio de mayor eficiencia no puede vincularse a la flexibilidad en la contratación laboral de la empresa externa, a un mejor ajuste de la fuerza laboral a las necesidades de facturación, y aunque el tribunal se cuida de decirlo expresamente, a menores costes vinculados a los menores salarios pagados en la empresa de servicios.

Abundando en esta última idea, se nota el afán del voto mayoritario en ceñir el análisis a los beneficios de la externalización al plano de la gestión, pues se silencian otros vinculados a los costes de mano de obra externalizada. El Tribunal Supremo insiste hasta tres veces en el voto mayoritario en ceñir el objeto de la litis a la procedencia del despido y no a lo que ocurra ulteriormente con el servicio externalizado. Pese a este afán de no querer ver, apoyado en el elemento de que los salarios pagados por la nueva empresa contratista no constan en el relato fáctico, se presuponen en una lógica elemental, si la empresa contratista como

empresa multiservicios no queda vinculada por el convenio colectivo del sector del hospedaje que antes regía las condiciones de trabajo de los trabajadores del servicio de limpieza despedido. Pese a los esfuerzos del Tribunal Supremo de no valorar en el enjuiciamiento los efectos futuros de la operación empresarial, los mismos son evidentes por la precarización de recurrir a una empresa multiservicios que generalmente no se rigen por ningún convenio, aplican un convenio propio con condiciones muy bajas, o bien, seleccionan el convenio de su actividad principal o el de la contratada, lo que suele dar lugar, a la aplicación de condiciones más competitivas desde el punto de vista empresarial.

El criterio del Tribunal Supremo es demasiado flexible y puede conducir a un adelgazamiento espectacular de las plantillas y a una precarización del empleo. La sentencia se equivoca al elegir un elemento que, al producirse en toda decisión de externalización, deja en manos del empresario la extinción del contrato y alimenta la externalización como vía de precarización. Pero, además, al admitir la legitimidad de que las variaciones en la necesidad de la plantilla ya no “supongan un problema para la empresa hostelera”, retroalimenta la contratación temporal vinculada a la contrata mediante contratos de obra o servicio. Por si ello no fuera suficiente también fomenta el recurso a empresas multiservicios como vía para abaratar costes laborales.



PRIMERA CONDENA A CATALUNYA BANC POR LAS
PREFERENTES. COMENTARIO A LA STS NÚM. 102/2016, DE 25 DE
FEBRERO (RJ 2016, 1514)

*FIRST SENTENCE AGAINST CATALUNYA BANC DUE TO THE
PREFERRED STOCK. COMMENT ON STS NO. 102/2016, OF FEBRUARY
25 (RJ 2016, 1514)*

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 392-407



Ana Isabel
BLANCO
GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 10 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: La sentencia aquí comentada supone la primera condena a la entidad Catalunya Banc por la comercialización de productos complejos sin cumplir con el deber de información exigido por la normativa. Ello supone, a juicio del Tribunal, la existencia de error en el consentimiento de los consumidores, lo que determina la nulidad de los contratos. Ahora bien, la clave de esta resolución reside en el giro doctrinal que supone desvincular el perfil (inversor) del consumidor y el vicio del consentimiento.

PALABRAS CLAVE: Participaciones preferentes, error en el consentimiento, inexperiencia del inversor, deber de información.

ABSTRACT: The ruling discussed is the first sentence against Catalunya Banc for the marketing of complex financial products without complying with the duty of information required. According to the Supreme Court, the proven existence of error in the consent determines the invalidity of contracts. But, in this case, the key lies in the doctrinal shift that involves untying the profile of the (investor) consumer and the vice of consent.

KEY WORDS: Preferred stock, defect in consent, inexperience of the investor, duty of information.

SUMARIO.- I. LA PROBLEMÁTICA DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES.- 1. Fuente del conflicto.- 2. Noción de participaciones preferentes.- 3. Características: complejidad y elevado riesgo.- II. VICIO EN EL CONSENTIMIENTO.- 1. Error vicio.- 2. Labor de asesoramiento.- 3. Experiencia inversora.- III. LA IMPORTANCIA DE UNA SENTENCIA

SUPUESTO DE HECHO

La Sentencia aborda uno de los asuntos -conflictos- más importantes de los últimos tiempos y que ha afectado a un importante número de consumidores: la anulación por error vicio en el consentimiento prestado en la contratación de una serie de productos financieros complejos, en este caso, depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes, regulados por la normativa MiFID.

En concreto, hablamos de los siguientes productos, a saber:

- Depósito Líderes: cuantía de 3.000€, con devolución de capital garantizada;
- Depósito Acumula 2: cuantía de 3.000€, con devolución de capital garantizada;
- Depósito Triple Euribor 2E: cuantía de 24.000€, con devolución de capital garantizada;
- Depósito Primeras Marcas: cuantía de 2.000€, con devolución de capital garantizada;
- Pagarés de Catalunya Banc a 12 meses: cuantía de 7.647,98€;
- Deuda Subordinada de Caixa Catalunya 1ª emisión: cuantía de 30.000€;
- Deuda Subordinada de Caixa Catalunya 6ª emisión: cuantía de 18.000€;

• **Ana Isabel Blanco García**

Licenciada en Derecho (2010) y Administración y Dirección de Empresas (2010) por la Universidad de Valencia, Máster en Derecho de la Empresa (2012) y Doctora internacional en Derecho por dicha universidad (2015). Actualmente ocupa el cargo de Profesora Ayudante Doctor del Departamento de Derecho Administrativo y Procesal de la Universidad de Valencia y Secretaria académica del Máster en Derecho, Empresa y Justicia. Ha centrado sus líneas de investigación en el Derecho procesal y en el derecho bancario, especialmente en las cláusulas abusivas y las vías extrajudiciales de resolución de conflictos con los clientes bancarios. Correo electrónico: A.Isabel.Blanco@uv.es

- Deuda Subordinada de Caixa Cataluña 8^a emisión: cuantía de 15.000  (12.000  + 3.000 ); y

- Participaciones Preferentes de Caixa Cataluña: cuantía de 20.000  y de carácter perpetuo.

En primera instancia, el 1 de julio de 2013, el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Zaragoza emitió su resolución estimando la demanda de los consumidores en su totalidad e instando a la entidad demandada a restituir a la demandante la cantidad de 122.647,98 euros más las comisiones y gastos satisfechos por sus respectivas contrataciones, menos las cantidades que resulten en su caso, previa liquidación en ejecución de Sentencia, como cobradas por la parte actora.

En segunda instancia, sin embargo, la AP Zaragoza (Secc. 5) revocó el fallo de primera instancia, el 8 de octubre de 2013, estimando el recurso de apelación interpuesto por la entidad de crédito Catalunya Banc. Obviamente, los consumidores afectados recurrieron dicha sentencia ante el TS, interponiendo sendos recursos de casación y extraordinario por infracción procesal.

Finalmente, el 17 de febrero de 2016 el Tribunal Supremo anula la sentencia sobre el caso dictada por la Audiencia de Zaragoza, que dio la razón al banco, y confirma la del Juzgado de Primera Instancia número 1 de Zaragoza. Así es, emite un fallo de condena a la entidad Catalunya Banc, ordenándole a devolver 122.647,98 euros a dos clientes correspondientes a participaciones preferentes, deuda subordinada y depósitos estructurados por el incumplimiento del deber de información sobre los productos financieros complejos que impone la Directiva europea MiFID e incluso la legislación anterior.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

La cuestión principal planteada refiere de la nulidad por vicio del consentimiento en la contratación de productos derivados tales como depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes.

El Tribunal Supremo examina cada uno de los argumentos que sirven para justificar el vicio en el consentimiento y determinar así la procedencia de los recursos formulados por los consumidores afectados.

En primer lugar, analiza la teoría del vicio del consentimiento y su relación con el deber de información exigido a las entidades en la normativa. Así, de conformidad con el artículo 1265 del Código Civil, el consentimiento será nulo cuando se hubiese prestado "por error, violencia, intimidación o dolo". En este sentido, confirma la

doctrina ya expuesta en anteriores Sentencias sobre la teoría y requisitos para que concurra el error en el consentimiento alegado [SSTS 20 enero 2014 (RJ 2014/781) y 12 enero 2014], si bien matiza que la “ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo”.

Bajo esta premisa, prosigue en segundo lugar con el estudio del cumplimiento de este deber de información por parte de la entidad Catalunya Banc en el proceso de comercialización de tales productos complejos. La normativa MiFID y la Ley del Mercado de Valores establecen esta obligación de entregar información clara, precisa y suficiente de los productos, recalando la necesidad de que se realice un asesoramiento al consumidor; determinando que esta labor de asesoramiento debe realizarse en la propia oferta del producto, equiparando ambas al concluir que “[P]ara que exista asesoramiento no es requisito imprescindible la existencia de un contrato remunerado “ad hoc” para la prestación de tal asesoramiento, ni que estas inversiones se incluyeran en un contrato de gestión de carteras suscrito por la demandante y la entidad financiera. Basta con que la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición”.

Por último, el Tribunal Supremo ha introducido una novedad en su doctrina en lo que concierne al perfil del consumidor. Si bien con anterioridad incluso el propio Tribunal vinculaba el error en el consentimiento al bajo perfil inversor del consumidor o, incluso, a un perfil inversor de tipo “conservador”, en esta Sentencia el Tribunal concluye que la experiencia inversora no es un factor determinante para decretar el vicio en el consentimiento, sino la desinformación acerca del producto ofertado. En otras palabras, el Tribunal Supremo desvincula la conexión causa-efecto que antes predicaba entre la experiencia del consumidor como inversor y el error vicio en el consentimiento.

COMENTARIO

I. LA PROBLEMÁTICA DE LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES

I. Fuente del conflicto

El caso origen del litigio reside en el análisis de la posible falta de información suficiente en la comercialización de los productos híbridos y complejos que estas entidades de crédito decidieron comercializar entre el mercado minorista. La raíz del problema es determinar si en dicha comercialización se ha vulnerado las disposiciones establecidas en la normativa europea, en concreto, en la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa

a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, (*Markets in Financial Instruments Directive*), (en adelante, Directiva MiFID), relativa a normas de conducta para la prestación de servicios de inversión a clientes (DOUE L núm. 145, 30 abril 2004).

Directiva transpuesta en nuestro ordenamiento por la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, por la que se modifica la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (BOE núm. 304, de 20 de Diciembre de 2007), que también transpone disposiciones de la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva (DOUE L núm. 241, 2 septiembre 2006) y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito (DOCE L núm. 177, 30 junio 2006).

Esta norma exige a las entidades la puesta a disposición de los clientes toda la información necesaria para que comprendan no solo las características del producto que están contratando, sino también sus consecuencias económicas tanto en un escenario de bonanza económica como en uno de crisis, de forma que su consentimiento sea fundado. En otras palabras, deben aportar información acerca de los beneficios y de los riesgos asociados a dichos productos, en especial cuando se trate de productos complejos e híbridos que no todo consumidor comprende (artículo 19.3 Directiva MiFID).

En este sentido, el JPI, partiendo de que los demandantes son clientes minoristas que suscribieron contratos denominados depósitos cuando en realidad no eran imposiciones a plazo sino productos estructurados bastante complejos, así como la deuda subordinada y las participaciones preferentes son también productos complejos de alto riesgo que requieren especiales deberes de información por parte de la entidad, dictaminó que la información suministrada por la entidad financiera sobre las características de los productos ofertados y sus riesgos fue insuficiente y no se ajustó a lo previsto en la legislación sobre el mercado de valores.

2. Noción de participaciones preferentes

Encontramos una definición propia del Banco de España, donde indica que las participaciones preferentes, llamadas también acciones preferentes cuando son emitidas por una entidad extranjera, "son un instrumento financiero emitido por una sociedad que no otorga derechos políticos al inversor; ofrece una retribución fija

(condicionada a la obtención de beneficios) y cuya duración es perpetua, aunque el emisor suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del supervisor (en el caso de las entidades de crédito, el Banco de España)".

Si prestamos atención al contenido de esta definición, no somos capaces de entrever las dificultades prácticas que entraña este tipo de productos. *A priori*, se entiende que es un producto financiero no calificado de acción –de ahí la ausencia del derecho al voto–, ni presenta volatilidad puesto que ofrece una retribución fija, interpretada por muchos como rentabilidad superior a la obtenida con un depósito o imposición a plazo fijo. Este producto podría no parecernos peligroso pero, en la práctica, la falta de información sobre sus cualidades reales ha sido crucial.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV), por su parte, las define como "valores emitidos por una sociedad que no confieren participación en su capital ni derecho a voto. Tienen carácter perpetuo y su rentabilidad, generalmente de carácter variable, no está garantizada. Se trata de un instrumento complejo y de riesgo elevado que puede generar rentabilidad, pero también pérdidas en el capital invertido. Con independencia de su carácter perpetuo, el emisor, tratándose de una entidad de crédito, suele reservarse el derecho a amortizarlas a partir de los cinco años, previa autorización del Banco de España".

Estas nociones engloban las disposiciones legales contenidas en la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior (BOE núm. 160, de 5 de julio de 2003), que incluyó la Disposición Adicional segunda en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de coeficientes de inversión, recursos propios y obligaciones de información de los intermediarios financieros.

Las participaciones preferentes son, pues, un tipo de producto que queda encuadrado dentro de los "recursos propios" de la entidad de crédito, junto con las acciones ordinarias y las cuotas participativas. Puede ser calificada como deuda híbrida de capital, constituyendo una forma de financiación de carácter permanente pero subordinada (VILLAESCUSA GARCÍA, C. y CRUZ RAMBAUD, S.: "Participaciones preferentes: un análisis desde la perspectiva del partícipe", *Análisis Financiero*, 2012, núm. 120, pp. 6-17; FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005 y ALONSO GONZÁLEZ, P., "Las participaciones preferentes en España", *Actualidad Financiera*, 2001, vol. 6, núm. 7, pp. 19-31).

Aunque nos hemos centrado en el presente comentario en las participaciones preferentes, no son los únicos productos controvertidos y cuestionados en este caso, pues los consumidores contrataron, además, depósitos estructurados y obligaciones

subordinadas. Los primeros vienen definidos como “depósitos bancarios, en tanto que a su vencimiento

el cliente-depositante recuperará el capital invertido, en los cuales la rentabilidad está vinculada a la evolución de uno o varios índices bursátiles, de la cotización de un grupo de acciones, o cualquier otro. El capital está garantizado, pero lo que varía es la rentabilidad del producto, que dependerá de la fluctuación del producto subyacente. (...) Por tanto, no son meros depósitos bancarios, ni simples imposiciones a plazo, sino productos estructurados de carácter financiero, sujetos a la normativa del mercado de valores” (F.D. 3º). Por su parte, las obligaciones subordinadas son “títulos valores de renta fija con rendimiento explícito, emitidos normalmente por entidades de crédito, que ofrecen una rentabilidad mayor que otros activos de deuda. Sin embargo, esta mayor rentabilidad se logra a cambio de perder capacidad de cobro en caso de insolvencia o de extinción y posterior liquidación de la sociedad, ya que está subordinado el pago en orden de prelación en relación con los acreedores ordinarios” (F.D. 3º).

Por tanto, estos productos esconden una naturaleza compleja y volátil, siendo aptos para inversores con un perfil de riesgo alto, pero no conservador, pues sus características y riesgos jurídico-económicos no son tan fácilmente comprensibles, por lo que el cumplimiento del deber de información de las entidades deviene indispensable.

3. Características: complejidad y elevado riesgo

La problemática que envuelve a este producto híbrido comienza en su propia denominación. Ello porque no son “participaciones” ni tampoco “preferentes”. Pasamos a explicar esta consideración.

En primer lugar, la propia CNMV indica que estos valores emitidos “no confieren participación ni derecho al voto”. En otras palabras, no son “participaciones” en el sentido estricto de la palabra, pues no otorgan derechos políticos, entendidos éstos como el derecho de asistencia y de voto en las Juntas Generales de Accionistas de la entidad emisora de estos títulos.

En segundo lugar, no son “preferentes” porque su derecho de prelación solamente es mejor que el correspondiente a las acciones ordinarias, situándose, en caso de declaración de concurso de la entidad emisora, por detrás de los acreedores comunes y también de los subordinados, siendo por tanto los penúltimos de la cola en cobrar.

Por otro lado, a pesar de la confusión que pudiera acarrear la propia denominación, de las definiciones expuestas se pueden extraer las características principales (RAYÓN

BALLESTEROS, M. C. y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A.: “¿Se puede recobrar el capital invertido en participaciones preferentes?”, *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, 2013, núm. XLVI, pp. 85-88) de este producto financiero, a saber:

- No otorgan derechos políticos a los inversores ni tampoco derechos de prelación ventajosos.

- Ofrecen una retribución fija, condicionada a la obtención de beneficios de la entidad emisora de las participaciones y sin carácter acumulativo.

- Carácter perpetuo, esto es, sin vencimiento. Aunque el plazo es ilimitado, el emisor se ha reservado el derecho a amortizarlas siempre que concurra la autorización del Banco de España y respetando el requisito de solvencia o suficiencia de los recursos propios. Esto en la práctica implica la pérdida del control por parte del inversor del momento en el que recuperará los fondos invertidos.

- Su liquidez en el mercado secundario es muy escasa. La relación rentabilidad-coste es elevada por cuanto los beneficios que podrían obtenerse de la comercialización en el mercado secundario podrían no ser suficientes para cubrir la inversión total realizada. Así es, “las características del mercado AIAF, donde cotizan, hacen que la ejecución de las órdenes no sea automática, sino que se requiere de la existencia de una contrapartida adecuada en el mercado. Es decir, el hecho de que una emisión esté admitida a cotización no implica que exista negociación” (CNMV: *Memoria 2011 sobre Atención de reclamaciones y consultas de los inversores*, CNMV, Madrid, 2011, p. 7).

En consecuencia, dadas las características de las participaciones preferentes – perpetuidad, amortizables a voluntad del emisor y estatus por detrás de la deuda subordinada en la prelación de créditos–, constituyen un instrumento poco atractivo para los inversores minoristas, pero sobre todo de muy difícil valoración (A favor; BLANCO MARCILLA, E., *Participaciones preferentes: Rentabilidad de las emisiones*, CNMV Monografía núm. 24, Madrid, 2009, p. 49). Estas dificultades han supuesto que la mayoría de los adquirentes no fuera plenamente consciente de la naturaleza de estas participaciones.

II. VICIO EN EL CONSENTIMIENTO

I. Error vicio

En las Sentencias del Pleno del Tribunal Supremo, núm. 840/2013, 20 enero 2014 y núm. 769/2014, 12 enero 2015, que trae también a colación en esta Sentencia, se establece que “hay error vicio cuando la voluntad del contratante se forma a

partir de una creencia inexacta, cuando la representación mental que sirve de presupuesto para la realización del contrato es equivocada o errónea. Es necesario que la representación equivocada merezca esa consideración, lo que exige que la equivocación se muestre, para quien afirma haber errado, como suficientemente segura y no como una mera posibilidad dependiente de la concurrencia de inciertas circunstancias”.

Según el Código Civil, el consentimiento será nulo cuando se hubiese prestado “por error, violencia, intimidación o dolo” (artículo 1.265), pudiendo entenderse, a nuestro juicio, que concurre dolo en la comercialización de estos productos en tanto en cuanto consideramos que las entidades han tenido la voluntad de engañar o defraudar conscientemente al cliente sobre los elementos esenciales del contrato, en especial, sobre los riesgos, ocultando dicha información de forma deliberada.

Asimismo, la doctrina jurisprudencial ha determinado la exigencia de que concurren cuatro requisitos para estimar la existencia de error en el consentimiento (STS 113/1994, 18 febrero 1994, RJ 1994/1096), puesto que la ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo. Tales requisitos son:

a) que el error recaiga sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que hubieran llevado a celebrarlo (artículo 1266 CC);

b) que derive de hechos desconocidos por el obligado;

c) que no sea imputable a quien lo padece;

d) que exista un nexo entre el error y la finalidad que se pretendía con el negocio jurídico;

e) que sea excusable, es decir, que no se pudiera haber evitado empleando una diligencia media de acuerdo con la buena fe.

Atendiendo a esta doctrina, matiza que la “ausencia de la información adecuada no determina por sí la existencia del error vicio, pero sí permite presumirlo” (F.D. 3º, 4).

2. Labor de asesoramiento

El siguiente punto analizado en esta Sentencia es precisamente si las entidades de crédito proporcionaron toda la información sobre los productos que ofertaba y que suscribieron los demandantes, esto es, si cumplió con su deber de información. El Tribunal Supremo señala expresamente que la entidad incumplió este deber, pues

“[L]a información suministrada por “Caixa Catalunya” a los demandantes no puede calificarse como suficiente y no se ajusta a los parámetros exigidos por la normativa que entonces estaba vigente” (F.D. 3º.6).

Precisamente, el artículo 79 bis de la Ley 47/2007, de 19 de diciembre, modificando la Ley del Mercado de Valores e introduciendo la Directiva MIFID, detalla los deberes de información que deben cumplir las entidades que presten servicios de inversión. Así, establece como requisitos que: (i) la información, incluida la publicitaria, deberá ser imparcial, clara y no engañosa; (ii) se facilitará información comprensible y adecuada (a clientes actuales y potenciales) sobre los servicios que se prestan, gastos, costes asociados y riesgos, a fin de que el cliente pueda tomar decisiones sobre las inversiones con conocimiento de causa; (iii) la entidad deberá incluir información adicional y destacada sobre las diferencias entre los instrumentos financieros y los depósitos bancarios; (iv) en caso de clientes minoristas, la entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, su situación financiera y objetivos de inversión, en caso contrario, no recomendará productos de inversión al cliente o potencial cliente y, finalmente (v) la recomendación, características de producto, y objetivos de inversión se entregarán al cliente por escrito o en soporte duradero.

Es más, este precepto refuerza el artículo 5 del anexo del RD 629/1993, aplicable a los contratos anteriores a la Ley 47/2007, que exigía que la información fuera “clara, correcta, precisa, suficiente”, además de “entregada a tiempo para evitar su incorrecta interpretación”.

Este deber de información está relacionado con otra exigencia básica y fundamental para evitar que se produzca vicio en el consentimiento: el test de idoneidad. En efecto, a tenor del artículo 4 RD 629/1993, de 3 de mayo, es necesario incluir información relativa a la situación financiera del consumidor; a su experiencia inversora y a los objetivos de inversión, de forma que se acreditara la idoneidad del mismo al producto ofertado. Se trata, obviamente, de una exigencia que busca garantizar la seguridad en la inversión y, en cierto modo, la protección del consumidor.

En el asunto aquí enjuiciado se argumentaba no solo la falta de suministro de la información del producto, sino que la entidad de crédito había realizado una labor de asesoramiento de los beneficios de los productos -depósitos estructurados, obligaciones subordinadas y participaciones preferentes-, ocultándose los riesgos. Al respecto, no se pone en duda que hubo asesoramiento porque los consumidores contrataron tales productos “porque les fueron ofrecidos por la empleada de “Caixa Catalunya” con la que tenían una especial relación”.

Teniendo en cuenta que el asesoramiento es, *per se*, un servicio ofrecido por la entidad de crédito -con su respectivo contrato-, pues las entidades de crédito pueden

actuar como asesores, aconsejando a sus clientes cómo invertir sus activos para obtener rentabilidad. Actividad que recibe el nombre de “asesoramiento financiero” o “gestión del patrimonio” (en inglés, “*financial planning*”), normalmente englobada en el concepto de “Banca privada” (CULL, M., “The rise of the financial planning industry”, *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, 2009, vol. 3, núm. 1, pp. 26-37). El cliente, por su parte, que no tiene por qué ser experto en finanzas, deposita su confianza en la diligencia y responsabilidad de la entidad de crédito para gestionar sus recursos económicos de forma que le proporcionen beneficios y una mayor rentabilidad de la obtenida si ellos administrasen y gestionasen tales recursos directamente.

Sobre esta cuestión, el Tribunal Supremo desvincula el desempeño de esta labor con la firma de un contrato remunerado, pues es suficiente con que “la iniciativa parta de la empresa de inversión y que sea ésta la que ofrezca el producto a sus clientes, recomendándoles su adquisición”.

No obstante, este criterio del Tribunal Supremo contrasta con la propia interpretación normativa del deber de información y el servicio de asesoramiento, ya que a tenor del artículo 73 del RD 217/2008, que afirma que “las entidades que prestan servicios de inversión distintos de los previstos en el artículo anterior deberán determinar si el cliente tiene los conocimientos y experiencia necesarios para comprender los riesgos inherentes al producto o el servicio de inversión ofertado o demandado”, se desprende que estamos ante dos cuestiones distintas que no pueden equipararse en la forma en que lo ha hecho el Tribunal aun cuando en la oferta y comercialización de un producto o servicio financiero se informe o asesore en cierta manera al consumidor:

A nuestro juicio, el error en el consentimiento es la consecuencia directa de la falta de información suficiente de los riesgos que podrían derivarse de los productos financieros complejos, con independencia de si realmente se produjo o no una labor de asesoramiento, pues lo que ha determina el vicio en la contratación de estos productos es la ignorancia y desconocimiento de las consecuencias.

Precisamente, uno de los requisitos para declarar el error en el consentimiento -visto *supra*- es que el error sea excusable, como así sucede en el caso de autos, puesto que “la existencia de estos deberes de información que pesan sobre la entidad financiera incide directamente sobre la concurrencia del requisito de la excusabilidad del error; pues si el cliente minorista estaba necesitado de esta información y la entidad financiera estaba obligada a suministrársela de forma comprensible y adecuada, el conocimiento equivocado sobre los concretos riesgos asociados al producto financiero complejo contratado en que consiste el error, le es excusable al cliente”.

3. Experiencia inversora

La experiencia inversora previa o los conocimientos en materia financiera de los consumidores inversores condicionaban la determinación del error en el consentimiento e incluso el alcance de la estimación de la demanda, tal y como lo expresaba el propio Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de abril de 2015 (RJ/2015/4741) al argumentar que “es razonable que sean tomados en consideración los conocimientos y experiencia del hijo de la demandante a efectos de decidir si existió vicio de la voluntad por error”.

Esta percepción encontraba una justificación en la obligación de las entidades de realizar el anteriormente citado “test de idoneidad”, donde se analizaba el perfil y conocimientos del consumidor en la materia para determinar su mayor o menor capacidad para comprender las características y riesgos derivados de los productos financieros.

No obstante, en esta Sentencia el Tribunal matiza su hasta ahora criterio, señalando que el hecho de tener conocimientos financieros o un elevado patrimonio no anula la mala comercialización y, en consecuencia, el derecho de los clientes a recuperar su dinero. En este sentido, se desprende que el Tribunal quiere castigar la mala praxis de las entidades, sin atender a circunstancias que hasta ahora habían actuado como una especie de atenuantes o condicionantes para la apreciación del error en el consentimiento. A tal efecto aduce argumentos como que la contratación de productos similares en periodos anteriores no conlleva experiencia inversora. Ahora bien, añade la condición de que en aquella contratación tampoco les fuera suministrada a los consumidores la información legalmente exigida.

En consecuencia, falla a favor de los consumidores alegando que el “consentimiento fue viciado por error por la falta de conocimiento adecuado de los productos contratados y de los concretos riesgos asociados a los mismos, que determina en los clientes que los contrataron una representación mental equivocada sobre las características esenciales del objeto de los contratos, debido al incumplimiento por la empresa de inversión demandada de los deberes de información que le impone la normativa del mercado de valores cuando contrata con clientes respecto de los que existe una asimetría informativa”.

III. LA IMPORTANCIA DE UNA SENTENCIA

Estamos ante una sentencia histórica por cuanto supone la primera condena del Alto Tribunal a la entidad Catalunya Banc por el asunto de la comercialización de las participaciones preferentes. La Justicia, una vez más, ha vuelto a ponerse del lado de

los consumidores afectados por la compra de unos productos que parecían seguros y rentables pero que, con el tiempo, se ha demostrado que eran todo lo contrario.

Pero esta Sentencia va a marcar un antes y un después en la interpretación jurisprudencial por la novedad interpretativa sobre la doctrina del vicio del consentimiento en la contratación de este tipo de productos.

Al respecto de este fallo, entendemos que la intención del Tribunal es la de proteger al consumidor de la actuación omisiva de la entidad en lo que concierne a sus obligaciones informativas. Sin embargo, cuestionamos la línea argumental en tanto en cuanto el test de idoneidad refleja la capacidad del consumidor de conocer o, al menos entender, qué está contratando, por tener bien conocimientos financieros, bien experiencia inversora previa.

A nuestro parecer, la contratación de otros productos complejos le sirve al consumidor para conocer el alcance y los riesgos de tales productos, abriendo este fallo la veda a que aquellos consumidores (especuladores) puedan impugnar la contratación de estos productos alegando error en el consentimiento, recuperando la inversión porque no han obtenido las ganancias esperadas e incluso han sufrido pérdidas cuando, en el momento de contratar el producto y con independencia de la actuación de la entidad, era consciente de los riesgos que asumía.

No obstante, se trata de una resolución que aboga por acabar con los abusos de la banca y por el respeto de los derechos e intereses económicos de los adherentes del contrato: los consumidores, quienes en muchas ocasiones han visto cómo las entidades han manejado sus ahorros en beneficio propio, sin importarles los perjuicios que una mala gestión o una mala comercialización pudieran conllevar.

BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GONZÁLEZ, P.: "Las participaciones preferentes en España", *Actualidad Financiera*, 2001, vol. 6, núm. 7.

BLANCO MARCILLA, E.: *Participaciones preferentes: Rentabilidad de las emisiones*, CNMV Monografía núm. 24, Madrid, 2009.

CULL, M.: "The rise of the financial planning industry", *Australasian Accounting, Business and Finance Journal*, 2009, vol. 3, núm. 1.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: *Las participaciones preferentes. Un híbrido financiero supletorio del capital social*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005.

RAYÓN BALLESTEROS, M. C. y GÓMEZ HERNÁNDEZ, J. A.: "¿Se puede recobrar el capital invertido en participaciones preferentes?", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, 2013, núm. XLVI.

VILLAESCUSA GARCÍA, C. y CRUZ RAMBAUD, S.: "Participaciones preferentes: un análisis desde la perspectiva del partícipe", *Análisis Financiero*, 2012, núm. 120.



ADVOCACY JOURNALISM Y EL DERECHO AL HONOR:
COMENTARIO A LA STEDH DE 14 JUNIO DE 2016. CASO
JIMÉNEZ LOSANTOS C. ESPAÑA

*ADVOCACY JOURNALISM AND RIGHT TO HONOUR: COMMENT ON
ECHR JUDGMENT OF 14 JUNE 2016. CASE OF
JIMÉNEZ LOSANTOS V. SPAIN*

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 408-417



Jorge Antonio
CLIMENT
GALLART

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de febrero de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: En el presente artículo vamos a analizar la STEDH por la que se resuelve el caso Jiménez Losantos c. España. Esta sentencia resulta relevante por dos motivos: el primero, porque trata el llamado “advocacy journalism”; y el segundo, porque a pesar de reconocer que el uso de determinadas expresiones por parte del periodista podría ser reprochable deontológicamente, considera su actuación amparada bajo la libertad de expresión.

PALABRAS CLAVE: Honor, libertad de expresión, Convenio Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ABSTRACT: In this article we analyze the judgement of ECHR in the case of Jimenez Losantos v. Spain. This verdict becomes relevant for two reasons: first, because it deals with the so-called “advocacy journalism”, and second, because although recognizing that the use of certain expressions by the journalist could be reproachable deontologically, ECHR considers his conduct protected under freedom of expression.

KEY WORDS: Honour, freedom of expression, European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights.

SUMARIO.- I. EL TEST DE ESTRASBURGO.- II. CRITERIOS DE PONDERACIÓN.- I. Interés público de la noticia y personaje público.- 2. El honor de los políticos.- 3. La sanción penal.- 4. Declaraciones de hechos o juicios de valor.- 5. "Advocacy journalism" y la deontología periodística.

SUPUESTO DE HECHO

El pasado día 14 de junio de 2016 se dictó sentencia por la Sección Tercera del TEDH, por la que se estimaba la demanda interpuesta por el periodista D. Federico Jiménez Losantos contra España, por lesión de su derecho a la libertad de expresión reconocida en el artículo 10 CEDH.

La demanda tiene origen en la condena por la comisión de un delito de injurias por parte del periodista a raíz de una serie de comentarios que llevó a cabo en su programa matutino de la cadena COPE, contra el entonces Alcalde de Madrid, D. Alberto Ruíz Gallardón.

De conformidad con la sentencia comentada, el supuesto de hecho se puede resumir del siguiente modo: El Sr. Ruíz Gallardón acudió, en fecha 7 de junio de 2006, a un foro organizado por el periódico ABC. Ante las preguntas de sus interlocutores en relación a la posición del Partido Popular y la suya propia respecto a las circunstancias que rodearon el atentado llevado a cabo en la estación de Atocha el 11 de marzo de 2004, el Alcalde contestó indicando que las críticas que se debían llevar a cabo contra el Gobierno socialista tenían que fundamentarse en la mala gestión efectuada por el PSOE durante esos dos años de legislatura. Según el Sr. Gallardón, el estar hablando todos los días sobre lo sucedido entre el 11 y el 14 de marzo de 2004 podía dar a entender que el PP no tenía argumentos sólidos para sustituir al partido gobernante. Para presentarse como una verdadera alternativa al PSOE, era necesario presentar un proyecto de futuro, no basado en el radicalismo, ni en revisionismos históricos, ni en miradas hacia atrás.

Antes de continuar, debemos destacar que desde que se produjo el atentado, e incluso hasta hoy en día, hay un pequeño núcleo de periodistas que ha cuestionado abiertamente la versión oficial de los hechos, incluida la propia sentencia por la que

• Jorge Antonio Climent Gallart

Profesor Asociado de Derecho Internacional Público de la Universidad de Valencia y Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Su labor investigadora se ha centrado fundamentalmente en el área de los Derechos Humanos y, en particular, los conocidos como derechos y libertades de primera generación, tema este sobre el que ha publicado diversos trabajos. Responsable de la Sección de Derechos Humanos del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: jorge.climent@uv.es

se determinó la responsabilidad judicial por aquel atentado. Entre estos periodistas se encontraba el Sr. Jiménez Losantos.

Así mismo, y para comprender mejor el caso, debemos señalar también que el Sr. Losantos lleva a cabo lo que se ha dado en llamar en EEUU, "advocacy journalism" o "periodismo de defensa de un determinado punto de vista" [traducción empleada por MUÑOZ ALONSO, A: "El Poder Político ante los medios" en AA.VV.: *Opinión pública y comunicación política* (coord. A. MUÑOZ ALONSO), Ediciones de la Universidad Complutense, Madrid, 1990, p. 334)]. Este tipo de periodismo tiene una amplia tradición en EEUU, y supone que el periodista adopta una determinada postura frente a unos hechos concretos, y da una explicación de los mismos desde dicha posición. Su objetivo no va a ser tanto contar los hechos de un modo aséptico, objetivo y neutral, sino más bien dar una interpretación de los mismos, conforme a su posicionamiento ideológico. Los profesionales que abogan por este tipo de periodismo se defienden alegando, en primer lugar, que la objetividad y la neutralidad informativas absolutas son imposibles, pues, por mucho que se puedan pretender o aparentar pretender, lo bien cierto es que todos partimos de un determinado posicionamiento ideológico en la vida que va a condicionar nuestro punto de vista ante unos mismos hechos. Ello va a ser determinante a la hora de darle mayor importancia a unos aspectos o a otros de una misma noticia, incluso sin tener una intención manifiesta. Pero además, también alegan que no pretenden engaño alguno, pues ellos, desde el primer momento, ya indican cuál es su posicionamiento. A partir de ahí, habrá quien los quiera escuchar, leer o ver; porque se identifiquen con lo que dicen, y, además, les refuercen su posicionamiento ideológico con argumentos y, por el contrario, habrá quien no. En el fondo, nos encontramos ante el resultado de lo que los anglosajones han venido en llamar "libre mercado de las ideas", es decir, en una sociedad democrática todas las ideas deben poder tener acceso a la sociedad, y ya será esta la que decida por cuál opta.

Volviendo al caso, a la vista de las declaraciones efectuadas por el Sr. Gallardón en el foro organizado por el periódico ABC, el demandante lanzó en su programa "La mañana" de la COPE, una serie de diatribas a lo largo de varios meses contra el Alcalde que se pueden resumir, fundamentalmente, en que al político le daba igual que el atentado hubiese causado 200 muertos, 1.500 heridos y que el mismo hubiese sido instrumentalizado como un golpe contra su propio partido. Recordemos que el 14 de marzo se celebraron elecciones y ganó el PSOE, desplazando del poder al PP. Así mismo, le acusa de no querer que se investiguen las verdaderas circunstancias del atentado por un puro interés personal, para que ello no le pudiese perjudicar en su carrera política. Todo ello aderezado con diferentes epítetos descalificadores.

DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

El TEDH ha venido reconociendo, desde el principio, la importancia mayúscula que tiene la prensa como “perro guardián público” (“public watchdog”) de la actuación del poder político, amparando su proceder bajo el artículo 10 CEDH. Naturalmente, para que se le reconozca dicho estatus privilegiado, aquello sobre lo que se esté informando u opinando debe ser de interés público.

Ahora bien, los profesionales de la información también se encuentran sometidos a los límites que, con carácter general, establece el artículo 10.2 CEDH a la libertad de expresión. Además, a los periodistas se les exige una serie de deberes y responsabilidades que se podrían resumir en lo que se ha dado en llamar el periodismo responsable, es decir, aquel que actúa con pleno respeto a la deontología profesional. No obstante, en el caso que estamos analizando, y contradiciendo su propia jurisprudencia consolidada anterior, el TEDH terminó amparando al periodista, a pesar de reconocer que el uso de determinadas expresiones podía considerarse reprochable deontológicamente.

En cuanto al derecho al honor de los representantes públicos, el TEDH ha manifestado que, dado que se exponen conscientemente a un escrutinio público, deberán mostrar una mayor tolerancia hacia las críticas políticas por duras, hirientes y desabridas que estas sean.

Para el TEDH, las sanciones penales a los periodistas, especialmente si estas tienen origen en la crítica política, tienen un evidente efecto disuasorio (“chilling effect”), incompatible con el papel de guardián público que se le atribuye a la prensa.

COMENTARIO

Teniendo como referencia la anterior doctrina jurisprudencial, creemos ahora oportuno llevar a cabo el correspondiente análisis de los criterios que tuvo en cuenta el TEDH cuando efectuó la ponderación de los dos derechos en conflicto: la libertad de expresión (art. 10 CEDH) y el derecho al honor (art. 8 CEDH). Con carácter previo, llevaremos a cabo un pequeño repaso del llamado test de Estrasburgo.

I. EL TEST DE ESTRASBURGO.

El TEDH no tiene como papel sustituir la labor jurisdiccional de los órganos internos de un país miembro del Consejo de Europa. Su función se limita a comprobar si las resoluciones adoptadas por ellos resultan compatibles o no con lo dispuesto en el CEDH, en la interpretación dada por dicho TEDH.

Para comprobar si la medida restrictiva estatal, apreciada como justificada por los tribunales internos, es legítima, el TEDH utiliza el llamado “test de Estrasburgo”, es decir, constata si la limitación llevada a cabo por el Estado resulta compatible con el CEDH, siendo sus requisitos los siguientes: que la limitación venga impuesta por ley; que esté justificada por alguno de los fines establecidos en el apartado 2 del artículo 10 CEDH; y que la medida sea necesaria en una sociedad democrática. Los dos primeros no van a resultar problemáticos; no así el tercero, que es en el que se fundamentan la mayoría de sus sentencias.

El TEDH interpreta el término “necesaria” como “necesidad social imperiosa”, es decir, que la medida restrictiva debe responder a una necesidad social imperiosa en una sociedad democrática. Considerará que la injerencia no responde a una necesidad social imperiosa propia de una sociedad democrática cuando entienda que los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla no son pertinentes o suficientes, o cuando se entienda que la medida es desproporcionada respecto del legítimo objetivo que se pretende conseguir.

En aplicación del test de Estrasburgo al presente caso, el TEDH ha entendido que la medida restrictiva sí que venía prescrita en la ley (el Código Penal), sí que atendía a una finalidad legítima prevista en el artículo 10.2 CEDH (la protección de la reputación de terceros), pero no respondía a una necesidad social imperiosa.

II. CRITERIOS DE PONDERACIÓN.

I. Interés público de la noticia y personaje público.

Empezaremos señalando que el esquema general de criterios de ponderación es el que ha mantenido constantemente el TEDH a la hora de resolver este tipo de conflictos.

Así pues, los dos primeros criterios a los que atiende el TEDH para comprobar si, en abstracto, la libertad de expresión podía ser alegada, se refieren al objeto y al sujeto de la noticia.

En cuanto al objeto, cabe señalar que se exigirá que la noticia se caracterice por su interés público (o también llamado interés general). Del estudio de la jurisprudencia del TEDH sobre este concepto, podemos concluir que se suele englobar bajo el mismo toda noticia o comentario que contribuya a un debate sobre cuestiones de relevancia pública. Esta es, evidentemente, una respuesta muy poco precisa. A la vista de tal ambigüedad, será el propio TEDH el que, analizando caso por caso, y, por tanto, a posteriori, determinará si la noticia respondía al interés general o no.

En cuanto al sujeto, el TEDH ha tenido muy en cuenta, como criterio de ponderación, que las informaciones se refieran a personas públicas o con notoriedad o trascendencia pública. Dentro de la categoría de personajes públicos, el político representa el paradigma perfecto, pues su actividad está ligada directamente con la gestión de los intereses de la población a la que representa. Evidentemente ello comportará el estar sometido al control público, llevado a cabo principalmente a través de la prensa, habida cuenta su papel de guardián público.

En el presente caso, es obvio que la información y las opiniones vertidas se podrían calificar como de interés general, y ello porque estamos hablando de las circunstancias que rodearon el mayor atentado que ha sufrido España, y del posicionamiento personal del Sr. Ruíz Gallardón respecto al mismo. En cuanto a la persona respecto a la cual se refieren la información y las opiniones, cabe indicar que se trata del entonces Alcalde de Madrid, es decir, un político y, por tanto, personaje público por excelencia. En consecuencia, tanto por el objeto como por el sujeto, la información y las opiniones sí que estarían dentro de los límites genéricos de la libertad de expresión. Ello no obsta para que tras analizar las expresiones en concreto, las mismas se consideren o no amparadas por dicha libertad.

2. El honor de los políticos.

Cabe señalar, aunque parezca una obviedad, que los políticos, a pesar de estar expuestos al escrutinio público, siguen teniendo reconocido su derecho al honor. En consecuencia, no estamos ante un debate sobre su titularidad, lo cual es indubitado. Estamos, en realidad, ante un problema de ponderación entre dos derechos humanos, el derecho al honor del político y el derecho a la libertad de expresión (e información) de los periodistas y de la ciudadanía. La jurisprudencia ha reconocido un mayor peso a esta última, dado que por medio de la misma se promueve el libre debate de las cuestiones públicas, fundamental en toda sociedad que se precie de ser democrática, debiendo, el político, ceder en la protección de su reputación.

No podemos obviar que quien es político lo es por su propia voluntad. En consecuencia, consciente y voluntariamente decide ponerse bajo los focos mediáticos. De por sí, ello lo diferencia del particular anónimo, que no desea ningún tipo de publicidad sobre su persona. Pero además, ello es así por la función que desarrolla, que tiene carácter público, pues gestiona los intereses de la ciudadanía.

3. La sanción penal.

Con carácter previo al estudio de las manifestaciones del Sr. Jiménez Losantos, debemos señalar que uno de los grandes aciertos que tiene la sentencia es que se reconoce implícitamente que en España se sigue utilizando el Código Penal para acallar al discrepante. Así pues, el TEDH entiende que la aplicación en este caso de

la sanción penal era innecesaria en una sociedad democrática. Este tipo de condena puede tener un indeseable efecto disuasorio, tanto en el periodista al que se le aplica como en el resto de compañeros de profesión. Así pues, una condena penal no solo podría comportar que el convicto, en caso de duda, no se atreviese a volver a comunicar una información o expresar una opinión determinadas, sino que también el resto de la profesión periodística podría acabar padeciendo del mismo temor. Y la verdaderamente perjudicada de esa situación sería la ciudadanía en su conjunto, pues con la autocensura se les restringiría el acceso a dichas informaciones u opiniones, quedando mermada así la tan necesaria pluralidad informativa.

En relación al efecto disuasorio, la sentencia analizada hace referencia, de manera explícita, a las consecuencias nefastas que toda inscripción de antecedentes penales puede tener en la forma de trabajar del periodista.

Ello no conlleva que el honor quede sin amparo legal. Por supuesto que puede y debe estar protegido, pero por la norma restitutoria y resarcitoria por excelencia, como es la civil. En nuestro país, por ejemplo, contamos con la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen. Por tanto, sería innecesaria la sanción penal de la difamación, pues ya tenemos una ley civil que protege el honor. En consecuencia, el TEDH entiende que la medida restrictiva aplicada por el Estado español era desproporcionada respecto del fin que pretendía, la protección de la reputación de terceros. Ello se podía conseguir con la aplicación de la norma civil.

Tan solo con este argumento, el TEDH podría haber amparado la demanda del Sr. Jiménez Losantos, sin necesidad de entrar en los demás, que resultan un tanto más complejos, pues requieren de una mayor labor interpretativa, con la carga subjetiva que ello siempre comporta, y la subsiguiente inseguridad jurídica.

4. Declaraciones de hechos o juicios de valor:

El núcleo fundamental de esta STEDH se encuentra en uno de los puntos más controvertidos a los que hemos hecho referencia: la diferenciación entre libertad de opinión (también conocida como libertad de expresión en sentido estricto) y libertad de información. Son objeto de la libertad de información los hechos, mientras que los juicios de valor, las opiniones, las ideas, lo serían de la libertad de opinión. No es una diferencia baladí, pues como viene afirmando constantemente el propio TEDH, las manifestaciones sobre hechos sí que pueden estar sometidas a prueba, mientras que a los juicios de valor, opiniones o ideas, en tanto que manifestaciones subjetivas, no se les puede exigir prueba alguna. De hecho, el exigir prueba a un juicio de valor, a una opinión o a una idea, supone, en sí mismo, una violación del artículo 10 CEDH. Ahora bien, el TEDH no admite críticas carentes de fundamento fáctico alguno, pues ello podría conllevar un claro abuso del derecho en perjuicio de terceros. Dicho de

otro modo, no admite un pretendido derecho a la difamación o al insulto gratuito, desligado totalmente de una base factual.

La práctica periodística demuestra que hay multitud de supuestos límites, en los que es muy difícil determinar si nos encontramos ante una afirmación de un hecho o ante una opinión o juicio de valor, siendo que en muchas ocasiones se muestran entremezclados. Será la propia casuística la que lleve al TEDH a calificar de afirmación de hechos o de juicio de valor lo relatado en un medio, e incluso, si dicho juicio de valor tiene base factual suficiente como para sustentar la opinión vertida. No es, desde luego, una función interpretativa sencilla.

En todo caso, cuando nos referimos a la libertad de expresión sin más, en sentido amplio, bajo la misma se deben entender incluidas también la libertad de información, la libertad de prensa, así como las facetas activa (el derecho a comunicar) y pasiva de las mismas (el derecho de la ciudadanía a recibir esas informaciones y opiniones sobre temas de interés público). Hacemos esta salvedad, a fin de evitar confusiones innecesarias.

El Sr. Jiménez Losantos fue condenado en España por injurias, debido a la falta de veracidad en sus afirmaciones de hechos, y, además, porque las expresiones empleadas eran, según la Magistratura española, claramente insultantes e innecesarias.

Sin embargo, para el TEDH el error del que parten los tribunales internos es precisamente la calificación de las palabras del Sr. Jiménez Losantos. Así pues, nos encontramos ante la emisión de unas opiniones o juicios de valor que expresa el locutor sobre las palabras pronunciadas por el Alcalde de Madrid, y como tales suponen un claro ejemplo de crítica política. El periodista era libre para interpretar y así comunicar a sus oyentes que, a su juicio, el Alcalde no tenía deseo alguno de que se investigara lo ocurrido el 11 de marzo de 2004 por puros intereses políticos egoístas y espurios. Al encontrarnos ante expresiones de carácter puramente subjetivo, no objetivables, no se les podía exigir el requisito de la veracidad.

Pero es que, además, para el TEDH es obvio que dichas opiniones no estaban carentes de base fáctica. De hecho, en el juicio celebrado en España quedó demostrado que otros medios y periodistas habían llevado a cabo la misma interpretación que la efectuada por el Sr. Jiménez Losantos.

5. “Advocacy journalism” y la deontología periodística.

Este es el punto más grave de toda la sentencia y respecto del cual deseamos expresar nuestra más absoluta y desagradable sorpresa. Al analizar las concretas expresiones vertidas por el demandante, el TEDH llega a una conclusión contradictoria, como ahora expondremos.

Por una parte, el TEDH acepta que nos encontramos ante expresiones graves y provocadoras, que pueden ser calificadas incluso de vulgares, pero que se encuentran amparadas por la libertad de expresión, pues el estilo en la comunicación forma parte de la misma, especialmente en el ámbito de la prensa. El TEDH entiende que este tipo de expresiones pueden estar destinadas a captar la atención del público. De estas afirmaciones, podríamos concluir que el TEDH ampara el “advocacy journalism”.

Pero, a la vez, entiende que el uso de estas expresiones es reprochable desde el punto de vista de la deontología profesional. Y es aquí donde el TEDH se aparta de toda la línea jurisprudencial anterior. El respeto a la ética periodística ha sido desde siempre, para el TEDH, el requisito *sine quae non* para poder amparar la libertad de prensa. Debemos tener en cuenta que la información se considera un bien merecedor de protección jurídica, pues la misma se encuentra en la base de la formación de una opinión pública libre, única institución que puede garantizar el pluralismo político y, por consiguiente, una verdadera democracia. Es lógico, por tanto, que a los profesionales de la información se les exija, en su proceder, una actuación ética, enmarcada en la deontología, tal y como corresponde a los deberes y responsabilidades de una profesión con tanta responsabilidad social.

No juzgamos si el uso de dichas expresiones debía considerarse o no como reprochable deontológicamente. Dicha calificación entra dentro de las potestades valorativas del TEDH y nada tenemos que decir. Ahora bien, si se afirma que la utilización de tales expresiones es contraria a la deontología profesional, la actuación del periodista no puede ser, a continuación, amparada bajo la libertad de expresión. Y si se dice que la libertad de prensa protege este tipo de manifestaciones, por graves, provocadoras o incluso vulgares que puedan ser, dado que el estilo periodístico también viene amparado por el artículo 10 CEDH, luego no se puede considerar su uso como contrario a la deontología profesional. Una calificación y su contraria no caben en un mismo fallo judicial. Si el TEDH no hubiese hecho referencia alguna a este extremo, la sentencia no incurriría en contradicciones, puesto que, como ya hemos visto, el llamado “advocacy journalism” viene amparado por la libertad de expresión. Nos encontramos ante un elemento distorsionador dentro del fallo, que era totalmente evitable, y que hace desmerecer la argumentación del TEDH, por contradictoria.

CRÓNICA
JURISPRUDENCIAL



EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE CAPACIDAD
ECONÓMICA EN LAS TASAS. UN ESTUDIO DE LA
JURISPRUDENCIA

*THE CONSTITUCIONAL PRINCIPLE OF ECONOMIC CAPACITY IN THE
TAX RATES. A STUDY OF CASE LAW.*

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 420-439



Fernando
HERNÁNDEZ
GUIJARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de abril de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 30 de abril de 2016

RESUMEN: El presente trabajo de investigación tiene por objeto el estudio y análisis del principio de capacidad económica en la figura tributaria de las tasas y se analizarán los posibles conflictos en su aplicación por parte de las Entidades Locales. Se realiza un análisis de citado principio (art. 31.I CE) acudiendo a la jurisprudencia de los Tribunales a la doctrina para delimitar el concepto y contenido de la capacidad económica atendiendo a su manifestación en las tasas y, concretamente, en las tasas del ámbito local. Por último, se realizará también una investigación empírica de la jurisprudencia de los Tribunales del orden contencioso-administrativo para ver cómo se controla jurisdiccionalmente la aplicación concreta del citado principio.

PALABRAS CLAVE: Principio constitucional, capacidad económica, tasas, jurisprudencia.

ABSTRACT: This research aims to study and analyze the principle of economic capacity in the tax rate figure and potential conflicts will be analyzed in its implementation by local authorities. The analysis of that principle (art. 31.I CE) goes to the jurisprudence of the courts and to the doctrine to define the concept and content of the economic capacity according to their manifestation in the rates and is done specifically in the local rates. Finally, it will also conduct an empirical investigation of the jurisprudence of the courts of the administrative litigation order to see how jurisdictional controls the specific application of that principle.

KEY WORDS: Constitutional principle, economic capacity, rates, jurisprudence.

SUMARIO.- I. EL FONDO ECONÓMICO DE LAS TASAS.- 1. Introducción.- 2. La capacidad económica.- II. LA CAPACIDAD ECONÓMICA Y EL RESTO DE PRINCIPIOS TRIBUTARIOS.- III. LA CAPACIDAD ECONÓMICA Y EL PRINCIPIO DE BENEFICIO-EQUIVALENCIA.- IV. LA MEMORIA ECONÓMICA COMO INSTRUMENTO DE CUANTIFICACIÓN.V. CONFLICTOS EN SU APLICACIÓN POR LAS ENTIDADES LOCALES.- 1. Tasa sin criterio para determinar la cuantía.- 2. Tasa con una tarifa desproporcionada.- 3. Tasa sin motivación de la cuantía.- 4. Tasa con cuantía irracional.- 5. Tasa que supera el límite de la no confiscatoriedad.- VI. CONCLUSIONES.

I. EL FONDO ECONÓMICO DE LAS TASAS

I. Introducción

El principio de capacidad económica tiene un valor nuclear y determinante en el establecimiento de los tributos pues el legislador “sólo puede elegir como hechos que generan la obligación de tributar hechos que, directa o indirectamente, reflejen o revelen o guarden una relación lógica y racional con una cierta capacidad económica”¹. Es decir, este principio es el que exige al legislador la configuración del hecho imponible sobre un fondo económico. Siendo éste, para el caso de las tasas “la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario, cuando los servicios o actividades no sean de solicitud o recepción voluntaria para los obligados tributarios o no se presten o realicen por el sector privado”².

Su relevancia histórica es destacada por MARTÍN QUERALT cuando afirma “en el Ordenamiento español, desde la ya lejana Carta otorgada de Bayona hasta la vigente Constitución, todas las Cartas Magnas han incorporado dicho principio, como criterio material de justicia tributaria, con fórmulas casi idénticas y en las que se establece la necesidad de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos -en proporción a

1 FERREIRO LAPATZA, J.J.: *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2000, p. 59.

2 Artículo 2.2.a) de la LGT.

• Fernando Hernández Guijarro

Profesor Asociado de la Universitat de València y de la Universitat Jaume I. Personal Docente e Investigador (PDI) de UNIR. Doctor en Derecho por la Universidad de Valencia. Máster en Teoría y Práctica Fiscal por la Universidad Antonio de Nebrija. Licenciado en Derecho y Diplomado en Ciencias Empresariales por la Universidad de Valencia. Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Valencia. Ha trabajado en despachos profesionales de reconocido prestigio como Garrigues y Arco Abogados y Asesores Tributarios. Autor de varias obras, entre otras; *La Impugnación de las Ordenanzas Fiscales*, Ediciones Francis Lefebvre, 2015; *Los Principios y Garantías Constitucionales en las Ordenanzas Fiscales*, Aranzadi, 2015; y coautor de los *Formularios Prácticos Fiscal* de Francis Lefebvre de los años 2005 a 2016. Correo electrónico: fernandohernandez@cav.es

los haberes-, -de acuerdo con la capacidad económica de los llamados a contribuir-, etc. El principio se erige así en salvaguarda frente a un pretendido poder tributario omnímodo y arbitrario y trata de embridar el ejercicio de este poder, encauzándolo a través del Derecho”³. Y este Derecho es el que preceptúa que “la ordenación del sistema tributario se basa en la capacidad económica de las personas obligadas a satisfacer los tributos” tal y como fija el artículo 3.1 de la LGT.

2. La capacidad económica

La proyección del principio de capacidad económica sobre el conjunto de sistema tributario ha sido reiteradamente señalada por el Tribunal Constitucional en sus Sentencias 26/1981, 37/1987, 150/1990, 221/1992, 134/1996 y 182/1997. Y de una forma más palmaria el citado Tribunal pone de manifiesto, en su Sentencia 194/2000, de 19 de julio, que “el tributo es una prestación patrimonial coactiva que se satisface, directa o indirectamente, a los entes públicos (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 15, y 233/1999, de 16 de diciembre, FJ 18) que, por imperativo del art. 31.1 CE, sólo puede exigirse cuando existe capacidad económica y en la medida -en función- de la capacidad económica (STC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 6)”.

Muchos autores han expresado su preferencia o especial referencia al principio de capacidad económica cuando de justicia tributaria trata. Un autorizado ejemplo nos lo da MARTÍNEZ DE PISÓN. Este profesor afirma sobre el mentado principio que “si bien es cierto que éste no agota en su formulación el significado y contenido del principio de justicia tributaria -como ha entendido la doctrina científica y jurisprudencial-, sí creo que sigue siendo éste el que paradigmáticamente aglutina al resto de principios y cataliza en gran medida el ideal de justicia tributaria que se exige en el texto constitucional”⁴.

Participamos con este autor en la medida en que la capacidad económica es la condición *sine qua non* para que exista el tributo, es decir, sólo en la medida en que se ponga de manifiesto esa capacidad contributiva a través de la realización del hecho imponible, su cuantificación económica y la aplicación del tipo impositivo, será posible exigir al obligado tributario su contribución al sostenimiento de los gastos públicos⁵.

3 MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G., TEJERIZO LÓPEZ, J.M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2000, p. 116.

4 ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Sistema tributario y Constitución”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 25, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006, p. 135.

5 La mayoría de la doctrina coincide en señalar que la capacidad contributiva se manifiesta bien como acumulación de capital o patrimonio, bien como flujo de entrada en forma de renta o como flujo de salida en forma de consumo o inversión. Sin embargo, el TC ha llegado a declarar en su Sentencia 37/1987 que “basta que dicha capacidad económica exista como riqueza o renta real o potencial en la generalidad de los supuestos contemplados por el legislador” declarando constitucional un impuesto autonómico que recaía en la utilización insuficiente o la obtención de rendimientos inferiores al óptimo señalado (con parecido fundamento, STC 295/2006, de 11 de octubre). Este mismo Tribunal, en su STC 193/2004, de fecha 4 de noviembre, declaró la inconstitucionalidad de un precepto de la LHL porque gravaba “situaciones de hecho inexpresivas de capacidad

II. LA CAPACIDAD ECONÓMICA Y EL RESTO DE PRINCIPIOS TRIBUTARIOS

En consideración a la conexión de los principios jurídicos entre sí, resulta necesario poner en relación la capacidad económica con el resto de principios tributarios. Tal y como indica MARTÍNEZ DE PISÓN "la manifiesta interdependencia de los principios jurídicos deriva precisamente de su propio contenido y definición. La intrínseca dificultad -la imposibilidad- en aislar cada principio sin el auxilio del resto de ellos se deriva del hecho de que todos ellos conforman el ideal de la justicia tributaria, de manera que las lecturas aisladas sólo pueden generar insuficiencias respecto del contenido y alcance"⁶. En atención a la anterior afirmación, la capacidad económica está inexorablemente unida al principio de generalidad en cuanto a que debe contribuir al sostenimiento de los gastos públicos todas las capacidades contributivas y al principio de igualdad en cuanto a igualdad en capacidad económica procede igualdad de carga tributaria. Asimismo, "el principio de capacidad económica tiene dos límites, uno inferior que es el mínimo exento, y uno superior que es el principio de no confiscatoriedad. Si el legislador excediera cualquiera de estos dos límites, incurriría en arbitrariedad e inconstitucionalidad"⁷.

Por todo ello, el principio de capacidad económica tendrá un papel predominante en la regulación de los tributos y será, a la vez que principio general, medida del resto de principios de justicia tributaria.

III. LA CAPACIDAD ECONÓMICA Y EL PRINCIPIO DE BENEFICIO-EQUIVALENCIA

De entre los sistemas para distribuir las cargas fiscales, la doctrina ha presentado dos tipos de criterios que bien podían configurar el reparto de los gastos públicos entre los contribuyente. A saber; el principio de beneficio⁸ -también denominado de equivalencia- y el principio de capacidad económica. Dicho esto, nuestra Constitución de 1978 establece en su artículo 31.1 el principio de capacidad económica como criterio orientador e informador de nuestro sistema tributario, mas ello no implica que todas las figuras tributarias refleje en la misma medida e intensidad este mandato.

En efecto, de las categorías tributarias establecidas en el artículo 2.2 LGT; tasas, contribuciones especiales e impuestos, las dos primeras se inclinan más a obedecer

económica", en la medida en que no preveía la reducción de las cuotas del impuesto de actividades económicas en los supuestos de cese o baja en el ejercicio de actividades económicas.

6 ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: "Sistema tributario y Constitución", cit., p. 135.

7 DE VICENTE DE LA CASA, F.: "Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos", *Crónica Tributaria*, núm. 144/2012, p. 153.

8 Este criterio de reparto de las cargas tributarias está orientado a que cada contribuyente participe en el sostenimiento de los gastos públicos en la medida y proporción al beneficio/coste que de esa actividad o servicio público disfrute/genere.

al criterio de equivalencia o beneficio⁹, y los impuestos al criterio de capacidad económica¹⁰. A tal efecto, el artículo 24 de la TRLHL resulta un ejemplo del principio de equivalencia en cuanto dispone como importe de las tasas el valor o coste de la utilidad, aprovechamiento o servicio público en cuestión¹¹. No obstante, tanto en la TRLHL como la LTPP se hace referencia a la capacidad económica a la hora de fijar las tasas; por un lado el artículo 24.4 del TRLHL establece que “para la determinación de la cuantía de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas” y el artículo 8 de la LTPP preceptúa que “en la fijación de las tasas se tendrá en cuenta, cuando lo permitan las características del tributo, la capacidad económica de las personas que deben satisfacerlas”. También el artículo 7, apartado cuatro, de la LOFCA dispone análoga referencia a las tasas que pueden establecer la CCAA al establecer que “para la fijación de las tarifas de las tasas podrán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica, siempre que la naturaleza de aquélla se lo permita”.

En definitiva, todas estas referencias legislativas a la cuantía de la tasa pasan por considerar el principio de capacidad económica cuando se pueda o lo permitan las características del tributo¹². Si bien, coincidimos con CORDÓN EZQUERRO y GUTIÉRREZ FRANCO que “lo que sucede con las tasas y las contribuciones especiales es que el beneficio es contemplado como una manifestación concreta de capacidad económica que es objeto de gravamen”¹³, por lo que, en última instancia, de forma directa o indirecta, todos los tributos están inspirados en la capacidad económica de los obligados a su satisfacción. Siendo más fuerte y plausible la aplicación de este principio en los impuestos que en las tasas y contribuciones especiales como hemos comprobado.

9 Algunos autores han denominado a este criterio de reparto como “principio de provocación de costes” (entre otros, MANUEL HERRERA MOLINA, P. *Metodología del Derecho Financiero y Tributario*, IEF 2001, p. 115).

10 La LGT define a las tasas como “tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, la prestación de servicios o la realización de actividades en régimen de derecho público que se refieran, afecten o beneficien de modo particular al obligado tributario”, asimismo, las contribuciones especiales son “los tributos cuyo hecho imponible consiste en la obtención por el obligado tributario de un beneficio o de un aumento de valor de sus bienes como consecuencia de la realización de obras públicas o del establecimiento o ampliación de servicios públicos”, definiciones éstas que responden a las características propias de un sistema de equivalencia y beneficio. No sucede lo mismo con los impuestos que son “exigidos sin contraprestación cuyo hecho imponible está constituido por negocios, actos o hechos que ponen de manifiesto la capacidad económica del contribuyente”, y por lo tanto, sin que medie utilidad, aprovechamiento o beneficio del obligado al pago.

11 A tal efecto, el artículo 7 de la Ley de Tasas y Precios Públicos dispone que el importe de las tasas “tenderán a cubrir el coste del servicio o de la actividad que constituya su hecho imponible”.

12 Esta posibilidad de considerar la capacidad económica en la tasa no fue siempre una opción. El antiguo artículo 24.3 de la LHL establecía que “para la determinación de la cuantía de las tasas deberán tenerse en cuenta criterios genéricos de capacidad económica de los sujetos obligados a satisfacerlas”, es decir, era un deber considerar la capacidad económica en las tasas lo que ahora está configurado como un poder.

13 CORDÓN EZQUERRO, T. y GUTIÉRREZ FRANCO, Y.: “Los principios constitucionales de generalidad y capacidad económica en nuestra realidad tributaria”, *Gaceta Fiscal*, Madrid, 1996, p. 191.

IV. LA MEMORIA ECONÓMICA COMO INSTRUMENTO DE CUANTIFICACIÓN

En coherencia con todo lo expuesto, las tasas deberán prestar atención a la capacidad económica de los obligados a satisfacer el tributo tal y como hemos comprobado. Este mandato tendrá un papel fundamental cuando así conste establecido en la Ley, es decir, la justificación y motivación razonada y razonable de la repercusión de la cuota a los ciudadanos y su individualización, será capital para superar el juicio de los estándares del principio de capacidad económica. Por ello el poder tributario actuante deberá documentar durante la formación de la correspondiente tasa los elementos, circunstancias y criterios que le llevan a individualizar la deuda tributaria¹⁴.

A tal efecto, será requisito legal que todo establecimiento o modificación de una tasa deba incluir una memoria económica-financiera (art. 20 LTPP) o informe técnico-económico (art. 25 TRLHL) que, como afirma FUNES EXTREMERA, "el informe técnico-económico y la memoria económica-financiera son documentos análogos, que deben detallar y justificar el valor de mercado de la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público o el coste previsto del servicio, configurando un requisito de carácter esencial cuya incorporación al expediente debe realizarse de forma previa a la adopción del acuerdo provisional de modificación o establecimiento de las tarifas de la tasa"¹⁵.

Otra opinión sobre la relevancia e importancia de esta memoria nos lo brinda MARTÍN FERNÁNDEZ, el cual afirma que es "el documento preceptivo, emitido antes del establecimiento o modificación de las tasas, en cuya virtud se procede a calcular la relación que guardan los costes del servicio o actividad con los ingresos esperados, para justificar el grado de cobertura financiera del servicio o actividad de que se trate, evitando la arbitrariedad y sirviendo de instrumento de control de las actuaciones de los Poderes Públicos"¹⁶.

Por todo ello, esta memoria será esencial y fundamental para la cuantificación de la tasa y deberá atender a magnitudes económicas en su cuantificación y al principio de capacidad económica en su distribución y reparto entre los obligados tributarios.

14 El paradigma de esta obligación municipal lo representa el art. 25 TRLHL que dispone que "los acuerdos de establecimiento de tasas por la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público, o para financiar total o parcialmente los nuevos servicios, deberán adoptarse a la vista de informes técnico-económicos en los que se ponga de manifiesto el valor de mercado o la previsible cobertura del coste de aquellos, respectivamente. Dicho informe se incorporará al expediente para la adopción del correspondiente acuerdo".

15 FUNES EXTREMERA, J.: "El informe técnico-económico para el establecimiento de las tasas en las Entidades Locales", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n° 23, 2010, p. 3339. El citado autor traerá a colación al STS 2309/2010, de 18 de marzo, que se pronuncia en el sentido transcrito.

16 MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: *Tasas y precios en la Hacienda Local. La experiencia española*, Marial Pons, 2013, Madrid, p. 132 y 133.

Esta cuantificación, a como acertadamente indica SÁNCHEZ GARCÍA, "se realizará de distinta forma, según se trate de tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, en la que por su propia naturaleza la cuantía coincide normalmente con la cuota que debe satisfacer el sujeto pasivo; o bien de tasas por la prestación de servicios o realización de actividades administrativa, en las que es necesario realizar una cuantificación global previa del coste del servicio o de la realización de la actividad, para más tarde individualizar la tasa que satisfará el sujeto pasivo"¹⁷

A continuación se analizarán situaciones jurídicas donde la capacidad económica es conculcada por la norma municipal.

V. CONFLICTOS EN SU APLICACIÓN POR LAS ENTIDADES LOCALES

Tras lo expuesto hasta el momento sobre la capacidad económica, procede ahora abordar y comprobar los posibles conflictos derivados de la aplicación de una tasa que choque con este principio, es decir, que en su aplicación no haya un criterio económico, o sea desproporcional, irracional o exceda el límite de la confiscatoriedad. Todo ello, a través del análisis jurisprudencial de los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativo cuando conoce de recursos contra la normativa que dictan las Entidades Locales.

I. Tasa sin criterio para determinar la cuantía

Un ejemplo de esta necesaria labor de justificación y acreditación nos lo muestra la Sentencia número 1224/2008, de 27 de julio, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, recurso 213/2008, que estimó lo siguiente "no puede significar, en manera alguna, que en el establecimiento de esas cuotas o esos índices la Administración municipal pueda actuar sin sujeción a criterio alguno dentro de los márgenes permitidos por los preceptos habilitantes y, mucho menos, sin que el criterio que definitivamente adopte -esto es, la cuantificación concreta de tales índices o coeficientes- quede excluido de la obligada fiscalización jurisdiccional si es impugnado por el o los legítimamente interesados, principalmente por los obligados tributarios. Es más: así como la fijación de las cuotas mínimas por Real Decreto Legislativo, según previene el art. 86 de la precitada Ley Fiscal, ha de ajustarse a las pautas en dicho precepto señaladas, también los coeficientes e índices en cuestión, esenciales para la determinación de la cuota según el art. 85 de la propia norma, han de obedecer a criterios razonados y razonables donde los principios de capacidad económica y proporcionalidad sean, por supuesto, tenidos en cuenta. En este punto,

17 SÁNCHEZ GARCÍA, N.: *Tributos Locales. Comentarios y casos prácticos*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015, p. 904.

la motivación en la Ordenanza Fiscal correspondiente ha de ser lo suficientemente expresiva como para permitir deducir, con claridad, cuáles hayan sido esos criterios”.

Por consiguiente, resulta palmaria la necesidad de sujetar a criterios razonados y razonables la Ordenanza Fiscal, sobre todo a la hora de fijar directa o indirectamente las concretas cuotas tributarias. Debiendo estos criterios, en virtud de este principio, necesariamente considerar factores que denoten o muestren capacidad económica.

Esta exigencia no sólo responde al deber de motivar la Ordenanza Fiscal, pues, como continúa la citada sentencia, “por consiguiente -añadimos ahora- los índices de situación han de ser fijados por los Ayuntamientos de manera motivada, racionalmente referidos a criterios de justicia fiscal y expresados de manera entendible para los contribuyentes que pueden impugnarlos, correspondiendo a los Tribunales el control y, en su caso, rectificación de los índices, sin que a ello se sustraiga la actividad discrecional en su elaboración por los Ayuntamientos”.

La justificación de la Ordenanza del Ayuntamiento no es, por lo tanto, una atención de cortesía hacia el contribuyente, sino un deber de actuar siguiendo criterios de justicia fiscal y la proscripción de la arbitrariedad. Llegando dicha motivación a ser fundamental para poder ejercer en plenitud el derecho de defensa ante un eventual recurso y, desde luego, como condición *sine qua non* para que el Tribunal pueda valorar la bondad de la citada norma pues, las decisiones de plano en este tipo de actuación, son expulsadas del Ordenamiento jurídico tal y como sucedió en el caso de Autos.

2. Tasa con una tarifa desproporcionada

Otro ejemplo de la falta de consideración por parte de un Ayuntamiento del principio jurídico que soporta la exigencia del tributo es la contemplada en la Sentencia 505/2010 del Tribunal de Justicia de Aragón, recurso número 391/2007. El citado Tribunal confirmó la sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo, número 1 de Huesca por cuanto: “La sentencia referida, tras comparar la tarifa por el apartado referido con las establecidas para otros establecimientos y apreciar que resulta superior cuarenta veces al resto de las tarifas, considera que resulta desproporcionada teniendo en cuenta que no queda justificada por la aplicación del principio de capacidad económica, invocado por la representación del Ayuntamiento de Fraga...

Para resolver la cuestión de ilegalidad bastará con significar que la sentencia razona con acierto acerca del precepto reglamentario de que se trata y de la desproporción y falta de justificación de la tarifa impugnada, por lo que de acuerdo

con dichos razonamientos debe estimarse su disconformidad con el Ordenamiento jurídico¹⁸.

La capacidad económica que, como vemos, muchas veces va de la mano de la proporcionalidad¹⁹, es también analizada por el Tribunal Supremo acudiendo a un criterio tan elemental como la lógica. Este es el caso de la Ordenanza Fiscal número 1 del Ayuntamiento de Almería que disponía en su art. 2.3 relativo a contribuciones especiales que “cuando la situación del hecho imponible coincida con la confluencia de dos o más vías públicas de distinta categoría, se aplicará la cuota o tarifa correspondiente a la vía de superior categoría”. Dicho precepto fue declarado nulo por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su sede de Granada, y su sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en fecha 13 de octubre de 2001, número de recurso 5818/1994. Y ello con el siguiente fundamento “sostiene la Sala que el precepto infringe los principios de proporcionalidad y capacidad contributiva, lo que la llevó a sustituir la cuota indicada por la cuota promedio de las correspondientes a la longitud de fachada que presente el edificio.

Prescindiendo de la incorrecta expresión de la Ordenanza al utilizar la expresión «la situación del hecho imponible», para aludir al inmueble que en que se genera el beneficio de los sujetos pasivos, es lo cierto que tal y como viene redactado el precepto puede dar lugar a situaciones vulneradoras del principio de proporcionalidad, invocado por la sentencia infringida. Pensemos en un inmueble que tenga escasos metros por la vía principal y extienda, en cambio, la mayor parte de su fachada por una calle secundaria, que se vería obligado a soportar la contribución en forma claramente desproporcionada al beneficio que pueda recibir el inmueble. Lo lógico, lo proporcional, habría sido acudir a fórmulas compensadoras entre una y otra vía, para evitar tales situaciones”.

Esta referencia expresa al principio de proporcionalidad que realizan los Tribunales citados entendemos que es del todo procedente dado que, tal y como fija el artículo 3.2 de la LGT, “la aplicación del sistema tributario se basará en los principios de proporcionalidad...”, y si bien la proporcionalidad no es un principio de ordenación del sistema tributario como es la capacidad económica, sí lo es de su aplicación. Por consiguiente, la Ordenanza Fiscal deberá observar dicho principio

18 Esta sentencia hará referencia a la doctrina establecida en la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 1999 (RJ 1999, 2540) en cuanto declaró que, “en el caso contemplado en la misma, la liquidación no podía tomar como base imponible la totalidad del capital social del Banco «sino la parte del mismo que exprese la capacidad de expansión comunicada por la sucursal o agencia”. La consideración de todo el capital social de la entidad financiera para la liquidación de un tributo en un municipio es la causa de tal desproporción en la medida en que se pretendía gravar una capacidad económica que responde, o se distribuye, a todas las sucursales de dicha entidad -Banco Sabadell SA- repartidas por innumerables municipios.

19 La Sentencia 460/2013, del TSJ de Andalucía, sede en Granada, rec. n° 1364/2011, de 11 de febrero de 2013, sostiene con gran acierto que “el Derecho como Ordenamiento para la justicia se vería frustrado inevitablemente si en la fase de concreción y aplicación de la norma la Administración incurre de forma continuada en excesos y aplicaciones desproporcionadas, adoptando medidas que no se adecuan al contenido de las potestades administrativas habilitantes y los fines predeterminados por el Ordenamiento”.

para que, de su aplicación, no resulten situaciones tributarias desproporcionadas e ilógicas que, como concluyen los citados órganos jurisdiccionales, no son ajustadas a Derecho.

3. Tasa sin motivación de la cuantía

La motivación de los actos de las Administraciones y, concretamente, de los acuerdos que se dicten en virtud de potestades discrecionales²⁰, es necesaria pues esta actividad “comporta un elemento substancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia Administración con la que se concreta el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular”²¹. Y esta estimación debe poner de manifiesto su razón de ser y contener una causa, motivo y fin legítimo que permita “conocer los hechos y razones jurídicas que impulsan el actuar de quien emana”²².

En palabras de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de mayo de 2008, número de recuso 5082/2002, “la motivación en la Ordenanza Fiscal correspondiente ha de ser lo suficientemente expresiva como para permitir deducir, con claridad, cuáles hayan sido esos criterios.

Es preciso, sobre todo en la motivación -memoria o exposiciones- que debe preceder a las Ordenanzas correspondientes, o en la de los actos que afectan, o pueden afectar, a derechos subjetivos o intereses legítimos de los administrados, explicitar las razones o criterios a los que respondan las soluciones concretas adoptadas.

Por consiguiente los índices de situación han de ser fijados por los Ayuntamientos de manera motivada, racionalmente referidos a criterios de justicia fiscal y expresados de manera entendible para los contribuyentes, que pueden impugnarlos, correspondiendo a los Tribunales el control y, en su caso, rectificación de los índices, sin que a ello se sustraiga la actividad discrecional en su elaboración por los Ayuntamientos”

20 Es de advertir que la LRJPAC dedica un precepto específicamente a esta obligación. Concretamente el art. 54 que se denomina “motivación”, es su apartado f), hace mención a los acuerdos que “se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa”. El ejercicio de potestades regladas reduce la actividad de la Administración a la comprobación del supuesto de hecho y aplicar lo que la Ley determina, obviando cualquier actuar subjetivo. Ciertamente el art. 6 LGT indica que la potestad reglamentaria tributaria es reglada. Sin embargo, esta potestad, en el ámbito local, está plagada de habilitaciones y facultades de disposición de las Entidades Locales que, si bien deben respetar escrupulosamente la reserva de Ley, en un justo equilibrio con el principio de autonomía y suficiencia financiera, tendrán cierto margen de maniobra en la determinación de sus tributos propios.

21 GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T-R.: *Curso de Derecho Administrativo I*, ob. cit. p. 463.

22 STS de 9 de marzo de 1998, número de recurso 4055/1999 (RJ 1998, 2294).

El criterio del Alto Tribunal no podemos menos que suscribirla en su totalidad dado que parte de la motivación suficiente y expresiva (art. 54 LRJPAC), lo que implica dar cuenta de las razones y criterios que determinan los hechos imposables, bases y cuotas tributarias (seguridad jurídica, art. 9.3 CE), y estas razones y criterios deben estar encaminados a la justicia tributaria (art. 31.1 CE y 3.1 LGT).

Junto a ello, el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria va más lejos en su concreción de lo que significa el deber de motivar las Ordenanzas Fiscales y continúa afirmando en la citada sentencia: “la motivación no se cumple con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón, con la amplitud necesaria, del proceso lógico y jurídico que determina la decisión, para el debido conocimiento de la misma por los interesados y posterior potencial de defensa de sus derechos e intereses... causa indefensión la omisión de las circunstancias que permitan ponderar el cambio o modificación del correspondiente índice de situación y categoría de cada una de las vías públicas afectadas por el cambio. Si no se explicitan los criterios básicos tenidos en cuenta para la elevación de los coeficientes de situación y la asignación de nuevas categorías a determinadas calles del municipio respecto a los anteriormente existentes, no es posible comprobar ni la “ponderación” en el uso de la potestad discrecional de los Ayuntamientos para su fijación y modificación ni la motivación exigible... La nulidad del acuerdo municipal impugnado, que necesariamente ha de declararse como consecuencia de las consideraciones expuestas, obliga a tramitar un nuevo expediente en el que se corrija el defecto de motivación apreciado”

En resumen, podemos concluir este apartado con la breve pero concreta y contundente exposición que hizo el Tribunal Supremo sobre la necesidad de motivación de los actos discrecionales de la Administración cuando afirmó: “cabe recordar que la actuación de una potestad discrecional se legitima explicitando las razones que determinan la decisión con criterios de racionalidad (sentencia de este Tribunal de 11 de junio de 1991), pues, en suma, la motivación de la decisión es el medio que hace posible diferenciar lo discrecional de lo arbitrario”²³.

4. Tasa con cuantía irracional

La exigencia de racionalidad y razonabilidad que se predica del Derecho, se traslada sin matiz al control judicial de la actuación de la Administración Local. Ello es así porque el artículo constitucional de donde se desprende esta necesidad (la motivación racional y razonada diferenciará lo discrecional de lo arbitrario) es de

23 STS de 27 de julio de 2006, número de recurso 2393/2003, y junto a lo expuesto determinó que “la revisión jurisdiccional de los aspectos discrecionales de la potestad de planeamiento ha de descansar, en primer término, en la verificación de la realidad de los hechos, pues la existencia y las características de estos escapan a toda discrecionalidad, ya que son tal como la realidad los exterioriza; y, en segundo lugar, en la valoración de si la decisión planificadora discrecional guarda coherencia lógica con aquéllos, de suerte que cuando se aprecie una incongruencia o discordancia de la solución elegida con la realidad que integra su presupuesto, tal decisión resultará viciada por infringir el Ordenamiento jurídico y más concretamente el principio de interdicción de la arbitrariedad de los Poderes Públicos”.

aplicación a todos los Poderes Públicos, por lo que no sólo estará presente en el control jurisdiccional de las tasas, sino que permanecerá vigente dentro del propio sistema de recursos contra las resoluciones judiciales. En virtud de lo expuesto, los Tribunales deberán velar por el respeto de este principio en el ejercicio de su función jurisdiccional cuando resuelvan un recurso contra una Ordenanza Fiscal y, al mismo tiempo, estarán sometidos a dicho principio cuando desarrollen dicha función.

Podemos constatar la eficacia de este principio en el ejercicio de la potestad-función ejercida por el Ayuntamiento. A tal efecto el TS no duda en afirmar que “aceptando que se está ante una potestad discrecional conferida a los Ayuntamientos, ello no significa que la misma carezca de límites ni que esté exenta de control jurisdiccional (que se llevará a cabo por la vía de los principios generales del derecho -hoy constitucionalizados-, entre los que adquiere relevancia especial el de “interdicción de la arbitrariedad”, consagrado en los artículos 9.3 y 103 de la Constitución (RCL 1978, 2836) , que implica que toda actuación administrativa, en cuanto basada en una potestad-función, debe de ser siempre racional, coherente y orientada sólo a la satisfacción de un interés público -y, cuando no es así, se la califica de arbitraria y contraria, por tanto al Ordenamiento jurídico-”²⁴

Por lo que la ausencia de justificación o cuando la misma sea irracional o incoherente, determinará la nulidad de la tasa tal y como hemos visto.

Una vez aprobada la norma y habiendo sido sometida a su revisión por los órganos jurisdiccionales, puede suceder que la resolución que se dicte sobre la conformidad o no a Derecho de la misma, quede soportada con argumentos que no superen los juicios de racionalidad y razonabilidad. Este es el supuesto analizado por el Tribunal Supremo cuando conoció de un recurso contra una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura y afirmó sobre ésta que “no sólo es que sea arbitraria la interpretación que ha hecho la Sala de instancia, es que, además y como dejamos apuntado al analizar el motivo primero, ni supera el test de racionalidad (que mira a la forma en que está construida la sentencia) ni supera el test de razonabilidad (que implica la comparación de la decisión con algo que está fuera de ella). Lo primero, porque olvida un elemento tan pertinente como la declaración de desafectación de los terrenos que ha hecho la Junta de Extremadura -acto administrativo formal legalmente determinante de la reversión

24 STS de 16 de julio de 2003, rec. núm. 10632/1998. Esta Sentencia fue citada expresamente en la STSJ de la Castilla y León, Valladolid, número 2703/2008, de fecha 24 de noviembre, rec. núm. 1200/2007, que declaró nula la clasificación hecha en la tasa por IAE, concluyendo que “el ayuntamiento demandado, en palabras de la STSJ Madrid Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 4ª, S 2-3-2007, n° 275/2007, rec. 520/2006 (PROV 2008, 27540), mediante el instrumento del callejero se ha multiplicado en proporción notoriamente exagerada un impuesto sin razón alguna, lo que es un supuesto de arbitrariedad prohibido por el art. 9.1 CE” (entendemos que se refiere al art. 9.3 CE, sin perjuicio de que el apartado 1 someta a los Poderes Públicos a la CE, y por ende, a la interdicción de la arbitrariedad).

del que no se hace mención, ni para bien ni para mal, en la sentencia impugnada, y porque incluye elementos impertinentes, como el de calificar de <absurda> (sic) la reversión pretendida, valoración descalificadora que contradice frontalmente la clarísima regulación de esa unidad jurídica y la precedente afirmación que hace la propia sentencia de que ha habido desafectación (aunque, reiteramos, olvida hacer referencia alguna al acto formal expreso que la declara). Y no supera tampoco el test de razonabilidad porque considera que es compatible una planta siderúrgica instalada en el seno de una zona de regadío de alto interés nacional con la conservación de un sistema, como es el caso concreto de Valuengo, en que se producen déficits periódicos de los aportes hídricos naturales²⁵

De conformidad con sentencia transcrita, vemos como el Alto Tribunal no escatimó adjetivos contra la resolución judicial impugnada. Por un lado tachó de arbitraria su interpretación, denunció la omisión de actos administrativos con repercusión en el asunto enjuiciado y, por último, calificó de impertinentes e irrazonables algunos de los argumentos esgrimidos por la sentencia de instancia.

5. Tasa que supera el límite de la no confiscatoriedad

Los principios de progresividad y no confiscatoriedad están especialmente unidos al principio de capacidad económica. Si bien es cierto que todos los principios constitucionales del artículo 31.1 están relacionados y comunicados entre ellos²⁶, resulta mayor si cabe esta conexión entre los citados principios tributarios. Si el primero propondrá el incremento de la tributación por aplicación de mayores tipos impositivos conforme aumente la capacidad económica a gravar, el segundo indicará hasta dónde puede llegar ese incremento impositivo.

El nivel de contribución que pueda considerarse confiscatorio es una cuestión compleja y difícil de acotar²⁷. Nuestro Tribunal Constitucional ha resuelto esta cuestión de una forma, a nuestro entender, poco satisfactoria dado que con la postura indicada por el supremo intérprete de la CE, es harto complejo apreciar dicho límite.

25 STS 10 de mayo de 2000, Recurso n° 6808/1995, FJ 5°. Esta Sentencia citará también en su fundamento otras del mismo Tribunal, a saber: STS de 1 de diciembre de 1986 (asunto Plan General de Rubí); STS de 22 de septiembre de 1986 (asunto Plan General de Rubí); STS de 20 de marzo de 1993 (asunto reglas sobre alturas en calle de Ripollet); STS de 18 de julio de 1988 (Plan General de Banyoles); STS de 4 de abril de 1990 (Plan General de Lloret de Mar).

26 Interpretación reiterada por el Tribunal Constitucional en SSTC 27/1981, de 20 de julio; 46/2000, de 17 de febrero; 193/2004, de 4 de noviembre y 10/2005, de 20 de enero.

27 No resulta difícil llegar a esta afirmación dado que nuestro sistema tributario está compuesto por multitud de impuestos (estatales, autonómicos y locales), tasas y otras tantas figuras impositivas que actúan de forma conjunta y, en ocasiones, sobre el mismo objeto. Piénsese, por ejemplo, en la propiedad de un inmueble como segunda residencia que tributará: en IRPF como imputación de renta inmobiliaria y en IP e IBI por su titularidad. Sobre esta imposición solapada ver el artículo de LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Análisis sobre la conveniencia de nuevos enfoques en la confluencia del poder tributario estatal con los impuestos municipales", IEF, Doc. n° 15/2011, p. 27 a 34.

En efecto, la STC 150/1990, de 4 de octubre, haciendo referencia a la posible infracción del principio de no confiscatoriedad estableció que “el sistema fiscal tendría dicho efecto si mediante la aplicación de las diversas figuras tributarias vigentes, se llegara a privar al sujeto pasivo de sus rentas y propiedades”.

Esta Sentencia llega a poner como ejemplo de infracción de este principio un sistema tributario donde el IRPF “alcanzara un tipo medio de gravamen del 100 por 100 de la renta”. Supuesto que nos parece del todo desacertado porque, para darse esa situación -tipo medio 100%-, deberían existir tipos marginales superiores al cien por cien, y ello se traduciría en un sistema tributario más que confiscatorio, pues a determinados niveles de renta se sancionaría la obtención de la misma al exigir una cuota tributaria superior a la base imponible. Dicho de otro modo, el ejemplo de TC es de un sistema que tipifica la obtención de renta por encima de un umbral como si de una infracción se tratase. Y por ello entendemos que dicho ejemplo no es del todo procedente²⁸.

Por todo lo expuesto, este principio jugará un papel de tope o límite para la regulación de tributos por legislador u Administración con capacidad normativa pero su aplicación en el control de las tasas por parte de los Tribunales será escasa dada la doctrina constitucional expuesta. No obstante lo anteriormente expuesto, hemos podido encontrar situaciones donde la jurisdicción se pronuncia sobre este límite cuando se aplica a tasas locales.

En nuestra jurisprudencia menor podemos encontrar la Sentencia número 1214/2006, de 30 de noviembre de 2006, del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, recurso 60/2006, que, resolviendo un recurso de apelación contra la sentencia núm. 72/2006, dictada en fecha 5 de abril de 2006, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 3 de Barcelona y su provincia, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo 568/2004, interpuesto contra la resolución del Ayuntamiento de Vilafranca del Penedés, desestimatoria de la reposición interpuesta contra liquidación en concepto de tasas de prestación de servicios de intervención integral de la administración municipal en las actividades e instalaciones, en su fundamentación jurídica la Sala afirma que “aplicando los criterios expuestos al caso de autos, ha de concluirse que supone una manifiesta desnaturalización de la tasa de que se trata que su importe sea de más de 105.000 euros cuando el proyecto técnico a que se refiere la Ley, y que hay que “comunicar” para su comprobación, ha ascendido, según consta probado en los autos, a poco más de 3.200 euros. No

28 Opinión distinta nos merece la Sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 22 de junio de 1995 que, como indica MENÉNDEZ MORENO entendió que “la imposición, para no incurrir en la prohibición de confiscatoriedad, no puede superar un límite aproximado del 50% de los rendimientos” (MENÉNDEZ MORENO, A.: “El marco constitucional de la financiación de las comunidades autónomas”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº extraordinario, 2004, p. 489).

resulta racional que el coste de comprobar un proyecto ascienda a una cantidad que multiplica por más de 32 veces el coste del propio proyecto.

Tal conclusión, además de irracional, es contraria al tenor del art. 24 de la Ley de Haciendas Locales, produciéndose la citada desnaturalización de la tasa por un exceso injustificado, reprobable, notorio y excesivo, porque nunca una simple recepción de una comunicación y documentación, y una estereotipada actividad municipal (en realidad, según el contenido del expediente administrativo, ninguna actividad administrativa distinta de la propia liquidación de la tasa), puede suponer una tasa de más de 17 millones de pesetas. Es un ejemplo típico de los denunciados por la doctrina de frecuentes fenómenos de “desnaturalización” de la tasa, convirtiéndolo en la práctica en un impuesto indirecto, sin legitimación legal para ello y con resultados injustos de forma patente, pues no cabe permitir la imposición de verdaderos impuestos indirectos sobre el uso de los servicios públicos (SS TS de 11 de junio de 1996, de 6 de febrero de 1995, de 20 de julio de 1994, de 22 de mayo de 1998)’’.

Ciertamente, la injustificada cuantificación de la tasa que llega a ser “32 veces más que el coste del proyecto” denota una ausencia total del citado principio, en la medida que, como afirma el Tribunal, “nunca una simple recepción de una comunicación y documentación, y una estereotipada actividad municipal (en realidad, según el contenido del expediente administrativo, ninguna actividad administrativa distinta de la propia liquidación de la tasa), puede suponer una tasa de más de 17 millones de pesetas”.

En el supuesto analizado la quiebra de la capacidad económica no viene por aplicación de un tipo impositivo fijo ni progresivo, situación ésta que, como se ha dicho anteriormente, es difícil de apreciar en el sistema tributario local español. Es el resultado de la aplicación de una cuota fija más una parte variable²⁹ que tiene como resultado una infracción grave a la prohibición de confiscatoriedad en la medida en que la cuantía de la tasa resulta altamente superior al “coste del propio proyecto” a realizar.

Otra situación que puede darse en el establecimiento de los tributos locales es que, como consecuencia de la Ordenanza Fiscal de la tasa, resulte un tipo impositivo superior al 100%. Este es el supuesto que resolvió el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, sentencia 423/2003, número de recurso 180/2001, siendo ponente el Ilmo. Sr. D. Emilio Rodrigo Aragonés, cuando enjuiciando la conformidad a Derecho

29 Esta previsión está expresamente indicada en el art. 24.3 del TRLHL, por lo que su aplicación goza de legalidad plena. Sin embargo, un establecimiento excesivo de estas cuantías sobre las que se obtiene la cuota tributaria en la Ordenanza Fiscal, sí puede dar lugar, como en el presente caso, a una situación en la que el resultado sea “injusto de forma patente” como indica el Tribunal, y, por lo tanto, proceda la nulidad de la misma en dicho extremo.

o no de una ordenanza, afirmaba que, “el sistema contenido en la Ordenanza es manifiestamente erróneo, y como tal, arbitrario, porque no se fija la cuantía en relación con el valor en el mercado de la utilidad o aprovechamiento, sino en relación con el valor de repercusión del suelo calculado según las normas estatales para el valor catastral del IBI.

Por tanto, si a tal valor en venta se aplica un tipo general de gravamen del 175%, se está cobrando no el precio de mercado de la utilidad del aprovechamiento, sino más del propio precio de compra del suelo utilizado, lo cual no puede estimarse sino como arbitrario, cuando no directamente disparatado”.

Y por último, otro supuesto donde la Ordenanza Fiscal desconoce absolutamente la prohibición de confiscatoriedad nos lo proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 22 de mayo de 1998, número de recurso 6694/1992, siendo ponente el Excmo. Sr. D. Pascual Sala Sánchez, que sin citar expresamente el principio jurídico que estamos analizando, muestra como la cuota determinada conforme a la Ordenanza Fiscal resulta de un tipo impositivo del 550%. Todo ello en estos términos “en materia de bases y tarifas, su art. 6.º, lejos de reflejar unas tarifas calculadas sobre la base del coste real o previsible de esa actividad de verificación, erige como base la cuota que la persona o entidad que pretenda la licencia de apertura satisfaga al Tesoro... y, por consiguiente, por completo al margen de los costes globales del servicio, de los que, además, ningún vestigio existe ni ningún estudio se ha hecho que relacione o sirva para relacionar con ellos las cuotas porcentuales aplicables, cuotas éstas que, conforme ha sucedido en el supuesto de autos, pueden llegar al 550% de las meridadas bases y arrojar una liquidación, como se ha dicho, de 17.116.682 pesetas”

Por todo ello entendemos que la prohibición de confiscatoriedad, como límite de gravamen sobre la capacidad económica, pese a no ser un principio de extendida aplicación en el control de las norma fiscales, si tiene cabida a la hora de valorar la conformidad o no a Derecho de las Ordenanzas Fiscales que establecen tasas locales. No tanto por su cita expresa, como hemos visto en las anteriores Sentencias, sino por mero sentido jurídico de justicia tributaria. Principio éste que debe iluminar y guiar el razonamiento de Jueces y Magistrados cuando ejercen su importantísima función jurisdiccional.

VI. CONCLUSIONES

Como conclusiones del presente trabajo de investigación podemos afirmar que, el mandato esencial sobre el que se asienta la capacidad económica en relación a las tasas es que han de responder de una u otra forma a la capacidad económica del obligado tributario, procurando que -respetando la igualdad- paguen más los

que tengan mayor capacidad económica; teniendo presente el límite de la no confiscatoriedad.

No obstante, esta distribución de la carga tributaria de la tasa será más adecuada a la capacidad económica del obligado tributario en las tasas por la utilización privativa o aprovechamiento especial del dominio público, en la que por su propia naturaleza la cuantía coincide normalmente con la cuota que debe satisfacer el sujeto pasivo, que en las tasas por la prestación de servicios o realización de actividades administrativa, en las que es necesario realizar una cuantificación global previa del coste del servicio o de la realización de la actividad, para más tarde individualizar la tasa que satisfará el sujeto pasivo.

También hemos comprobado la importancia del principio de capacidad económica como elemento esencial de tasa. Es un mandato fundamental a la Corporación Local para que grave hechos que, directa o indirectamente, reflejen, revelen o guarden una relación lógica y racional con una cierta capacidad económica. Siendo la capacidad económica requisito *sine qua non* de todo tributo del sistema fiscal español.

Llevado el análisis de la capacidad económica al ámbito de las tasas locales, hemos comprobado cómo la jurisprudencia ha puesto de manifiesto la conculcación de este principio por parte de las normas que las aprueban, y hemos apreciado un denominador común, cual es la falta de justificación de la cuota tributaria o de criterios de reparto de la misma. Esta necesidad de que la deuda fiscal y su distribución sea realizada considerando la capacidad económica de los obligados al pago, llevará pareja la obligación de motivar en la Ordenanza Fiscal dichos extremos y, para para ello, se elaborará la correspondiente memoria o informe económico que, deberá detallar y justificar el valor de mercado de la utilización privativa o el aprovechamiento especial del dominio público o el coste previsto del servicio. Dicho documento, emitido con carácter previo al establecimiento de la tasa, servirá para justificar la cuantía de la misma, evitando posibles vicios de ilegalidad y sirviendo de instrumento de control de las actuaciones de los Poderes Públicos.

Además, dado que el principio de capacidad económica hace referencia directamente al elemento económico y patrimonial de la relación jurídico-tributaria, es decir, el *quantum*, la Ordenanza Fiscal que apruebe la tasa deberá velar para que de la aplicación de la misma no resulten deudas carentes de motivación o justificación, desproporcionadas o ilógicas, o que quiebren el límite de la no confiscatoriedad que, en última instancia, afecten gravemente a la capacidad contributiva de los llamados al pago del tributo local y que, por dicho motivo, puedan ser expulsadas del Ordenamiento jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: "Sistema tributario y Constitución", *Cuadernos de Derecho Público*, n° 25, Instituto Nacional de Administración Pública, 2006.

CORDÓN EZQUERRO, T., y GUTIÉRREZ FRANCO, Y.: "Los principios constitucionales de generalidad y capacidad económica en nuestra realidad tributaria", *Gaceta Fiscal*, Madrid, 1996.

DE VICENTE DE LA CASA, F.: "Los principios de capacidad económica y no confiscatoriedad como límite a la concurrencia de tributos", *Crónica Tributaria*, n° 144/2012.

FERREIRO LAPATZA, J. J.:

- "Los impuestos de las Corporaciones Locales", *Curso de Derecho Tributario. Parte Especial*, Marcial Pons, 1991.

- "La Hacienda Local. Antecedentes Históricos y situación actual. El marco constitucional", *Tratado de Derecho Financiero y Tributario Local*, Marcial Pons, Madrid, 1993.

- *Curso de Derecho Financiero Español*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2000.

FUNES EXTREMERA, J.: "El informe técnico-económico para el establecimiento de las tasas en las Entidades Locales", *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, n° 23, 2010.

HERRERA MOLINA, P. M.: *Metodología del Derecho Financiero y Tributario*, IEF, 2001.

LÓPEZ ESPADAFOR, C. M.: "Análisis sobre la conveniencia de nuevos enfoques en la confluencia del poder tributario estatal con los impuestos municipales", *IEF*, Doc. n° 15/2011.

MARTÍN FERNÁNDEZ, J.: *Tasas y precios en la Hacienda Local. La experiencia española*, Marcial Pons, 2013, Madrid.

MARTÍN QUERALT, J., LOZANO SERRANO, C., CASADO OLLERO, G., TEJERIZO LÓPEZ, J. M.: *Curso de Derecho Financiero y Tributario*, Tecnos, Madrid, 2000.

MENÉNDEZ MORENO, A.: "El marco constitucional de la financiación de las comunidades autónomas", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° extraordinario, 2004.

SÁNCHEZ GARCÍA, N.: *Tributos Locales. Comentarios y casos prácticos*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2015.

**EL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO: CRITERIOS DELIMITADORES**

***THE PROFIT OR PRIVATIVE CHARACTER OF THE COMPENSATION
FOR DISMISSAL: DELIMITERS PRINCIPLES***

Rev. Boliv. de Derecho N° 23, enero 2017, ISSN: 2070-8157, pp. 440-457



Diego Eloy
GARCÍA GARCÍA

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de marzo de 2016

ARTÍCULO APROBADO: 15 de abril de 2016

RESUMEN: No siempre ha sido pacífica la consideración como bien ganancial o privativo de las indemnizaciones por despido percibidas por uno de los cónyuges. A partir de 2007 en adelante la doctrina del Tribunal Supremo generaliza una serie de criterios a tener en cuenta para determinar si dicha indemnización puede considerarse como bien privativo o ganancial y cuyas directrices han tratado de seguir las Audiencias Provinciales.

PALABRAS CLAVE: Bien ganancial, bien privativo, indemnización por despido, sentencia de divorcio.

ABSTRACT: It hasn't always peaceful the considerations as community property or privative of the compensation for dismissal received by one of spouses. From 2007 until now the doctrine of the Supreme Court generalizes a number of criteria to consider in determining if such compensation can be considered as a privative good or community property good and whose underlines have tried to follow the provincial courts.

KEY WORDS: Community property good, privative good, unemployment compensation, divorce sentence.

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. II. SENTENCIAS RECIENTES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ACERCA DE LA CONSIDERACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO: SUPUESTOS DE HECHO, DOCTRINA Y FALLOS. III. CRITERIOS Y/O ELEMENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Y EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL. 1. El momento de percepción de la indemnización. 2. El derecho al trabajo y la indemnización por despido. Calificación de la indemnización en función de su naturaleza (artículos 1346 y 1347 del Código civil). 3. Cómputo de la indemnización por despido. Qué parte de la indemnización se integra en el activo de la sociedad de gananciales. IV. CONCLUSIONES.

I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La indemnización por despido percibida por uno de los cónyuges fue uno de los focos problemáticos en materia matrimonial durante un largo periodo de tiempo por cuanto a su consideración como bien ganancial y por tanto, integrable dentro del activo de la sociedad de gananciales o, en cambio, su consideración como bien privativo o perteneciente en exclusiva al cónyuge que la percibe.

La jurisprudencia antes del año 2007 exponía distintos criterios y alcanzaba soluciones distintas en función del caso concreto. A partir del año 2007, el Tribunal Supremo trata de forma amplia y exhaustiva la calificación como bien ganancial o bien privativo de la indemnización por despido en función de la presencia o no de una serie de requisitos.

El Tribunal Supremo configura una serie de elementos a analizar para concluir si la indemnización por despido tiene carácter privativo o ganancial, elementos que se analizarán más exhaustivamente en posteriores apartados.

A partir de esta sentencia del año 2007 y posteriores sentencias en 2008 se unifica doctrina en la materia y las Audiencias Provinciales han acogido las directrices del Tribunal Supremo, no existiendo en la actualidad prácticamente ningún foco de conflicto acerca de la indemnización por despido.

Antes existían dos corrientes jurisprudenciales contradictorias:

La primera corriente consideraba que en la medida en que la indemnización por despido retribuía la prestación de servicios en la empresa, en tanto en cuanto la

• **Diego Eloy García García**

Graduado en Administración de Empresas y Derecho en la Universidad de Valencia, estudiante del Máster Universitario de Acceso a la Abogacía de dicha Universidad, Responsable de Comunicación del Instituto de Derecho Iberoamericano. Correo electrónico: Diegar6@alumni.uv.es

indemnización correspondiera a los años de trabajo constante matrimonio, tendría la consideración de bien ganancial por tratarse de una cuantía que se obtiene como compensación económica por el incumplimiento del empresario y el cálculo de la misma se realiza en función de los años trabajados.

La segunda corriente consideraba que en la medida en que el despido del trabajador afectaba a su derecho al trabajo, la indemnización tiene un importante componente moral de resarcimiento del perjuicio causado a su derecho al trabajo, aspecto este que resultó clave para considerar en un primer momento la indemnización por despido como bien privativo en base a la afectación a un derecho de la personalidad (artículo 1346.5º del Código civil). Esta posición se mantuvo durante bastante tiempo por gran parte de las Audiencias provinciales hasta el 26 de junio de 2007, incluso algunas Audiencias han seguido manteniendo este criterio a posteriori. No obstante, si esta posición ha seguido siendo adoptada por ciertas Audiencias provinciales, lo ha sido con carácter marcadamente residual.

Finalmente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo acabó desechando la segunda corriente y apostó por la primera desarrollando los concretos requisitos necesarios para considerar dicha indemnización como bien ganancial.

II. SENTENCIAS RECIENTES DE LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES ACERCA DE LA CONSIDERACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO: SUPUESTOS DE HECHO, DOCTRINA Y FALLOS.

Los supuestos de hecho que serán mencionados son especialmente recientes y confirman la consolidación de la jurisprudencia entre los años 2007 y 2008 del Tribunal Supremo.

a) En primer lugar, la SAP de Alicante 1 octubre 2015¹, en la cual se parte del siguiente supuesto de hecho: en primera instancia se celebró juicio de liquidación del régimen económico matrimonial, dictándose sentencia por al Juzgado de Primera Instancia de Alicante en cuya parte dispositiva negaba el carácter ganancial de la indemnización por despido percibida por el esposo. La mercantil extingue su contrato de trabajo fruto de la decisión de despido colectivo por parte de la empresa, cuyo periodo de consultas finaliza con acuerdo, siendo despedido e indemnizado.

El Juzgado de Primera Instancia de Alicante dicta sentencia en la cual determina el inventario correspondiente a la liquidación de la sociedad de gananciales, quedando excluido del activo de la sociedad de gananciales la indemnización percibida por el esposo.

1 SAP Alicante 1 Octubre 2015 (RAJ 2015, 299)

La sentencia de instancia es recurrida en apelación ante la Sección 4ª de la AP de Alicante por la ex-esposa del apelado. Sin embargo, en esta segunda instancia la AP considera que, si bien, la indemnización se cobró posteriormente a la fecha de disolución de la sociedad de gananciales, lo determinante es cuál fue el periodo en que se generó el derecho a percibirla, pues la indemnización se calcula en función de los años trabajados y lo verdaderamente determinante es la indemnización se cause constante la sociedad de gananciales, con independencia de que se perciba con posterioridad a la sentencia de despido (doctrina jurisprudencial del TS en el año 2008, posteriormente a una sentencia de junio de 2007)

Conforme a ello, aunque la indemnización es considerada por la Audiencia como bien ganancial integrable en el activo de la sociedad de gananciales, argumenta que no comprende todo el montante de la indemnización porque parte de la indemnización percibida se corresponde a periodos de prestación de trabajo en los que los esposos no estaban casados y por tanto no existía sociedad de gananciales. Por ello, la indemnización se integra en el activo de la sociedad de gananciales en proporción al periodo en que coinciden prestación de trabajo y vigencia de la sociedad de gananciales (FJ 2º)

Finalmente, la AP estima el recurso de apelación de la antigua esposa del apelado declarando la indemnización por despido como bien ganancial y revoca la sentencia de primera instancia integrando en el activo de la sociedad de gananciales la indemnización por despido percibida por el esposo correspondiente a los años trabajados vigente la sociedad de gananciales.

b) En segundo lugar, la SAP de Burgos 22 marzo 2016 ² se pronuncia de manera similar pero con alguna matización en el supuesto de hecho que da lugar al posterior pronunciamiento de la Audiencia provincial:

También en este caso se plantea en primera instancia la liquidación de la sociedad de gananciales estimando parcialmente el Juzgado de Primera Instancia la demanda e incluyendo en el inventario de la sociedad de gananciales distintos créditos y deudas pero sin hacer expreso pronunciamiento sobre determinadas partidas, entre ellas la indemnización por despido percibida por la ex esposa.

El esposo recurre en apelación ante la Audiencia Provincial de Burgos la sentencia dictada en primera instancia basándose en la existencia de incongruencia omisiva del artículo 218 de la LEC pues la sentencia ha obviado según la parte apelante pronunciarse sobre la inclusión y exclusión de determinadas partidas. Solicita entre otras la inclusión de la indemnización por despido percibida por su antigua esposa en el activo de la sociedad de gananciales como crédito a favor de la sociedad.

² SAP Burgos 22 de marzo 2016 (RAJ 2016, 117)

Según la Audiencia provincial, el Juzgado de Primera Instancia sí se pronunció sobre el carácter de la indemnización por despido, atribuyéndole naturaleza privativa.

La parte apelada aduce como motivo de la consideración de la indemnización como bien privativo el hecho de que la indemnización se percibió una vez producida la separación de hecho y presentadas sendas demandas de divorcio, y que por tanto, al percibirla cuando estaban separados (de facto) no tiene la consideración de ganancial sino de bien privativo.

La Audiencia provincial considera que aunque la indemnización se percibió en diciembre de 2012 cuando la demandante desistió de la demanda de despido a cambio de aceptar la indemnización y la separación de hecho y la presentación de demandas para la ruptura formal del vínculo tuvieron lugar en los meses de septiembre y octubre respectivamente, la rescisión de la actividad y el devengo de la prestación por desempleo se produjeron anteriormente en julio de 2012 estando vigente la sociedad de gananciales, por lo que la indemnización tendría carácter ganancial.

Es lógico pensar que el devengo de la prestación se produce antes de la separación de hecho y la presentación de demandas de separación puesto que en diciembre de 2012 reconoció la empresa la improcedencia del despido, por lo que aceptando la improcedencia del despido, el devengo de la indemnización tuvo realmente lugar en julio cuando se produjo el despido que adoleció de defectos formales y, por tanto, todavía existía la sociedad de gananciales.

La diferencia con respecto al anterior supuesto es que la cuantía de la indemnización que la Audiencia Provincial decide incluir en el activo es la totalidad de la misma porque la indemnización comprendía todo el periodo de existencia de la sociedad de gananciales, debiendo integrarse en el activo el montante completo como crédito a favor de la misma pues no había existido actividad laboral previa al matrimonio.

c) En el mismo sentido se pronuncia la SAP de Madrid 6 marzo 2015³ en la cual en primera instancia el Juzgado de Primera Instancia de Madrid dicta sentencia en un procedimiento de liquidación de régimen económico-matrimonial por la cual incluye dentro del activo de la sociedad de gananciales la indemnización percibida por uno de los cónyuges vigente la sociedad de gananciales.

El esposo recurre en apelación ante la Audiencia Provincial de Madrid, la cual desestima el recurso interpuesto sobre la base de que el despido y el percibo de la indemnización se produjeron con anterioridad a la sentencia formal de separación

3 SAP Madrid 6 marzo 2015 (RAJ 2015, 225)

aunque se hubiere producido en primer lugar la separación de facto. La AP se apoya en la jurisprudencia del TS, concretamente las sentencias de junio de 2007 y mayo de 2008.

Cita la Audiencia en el FJ 2º de la sentencia el pronunciamiento del TS contenido en la sentencia de 28 de mayo de 2008 en los siguientes términos:

“Debe distinguirse entre lo que se debe considerar el derecho al trabajo, que permite obtener un empleo en el mercado laboral y que constituye el título en cuya virtud el cónyuge trabajador accede al mercado de trabajo y desarrolla allí sus capacidades laborales, del beneficio que se va a obtener con el ejercicio del derecho al trabajo. El primero es un bien privativo por tratarse de un ‘derecho inherente a la persona’, incluido en el artículo 1346.5 del CC, mientras que el segundo va a ser un bien ganancial, incluido en el Art. 1347.1 CC.

Algunas veces se ha considerado que la indemnización va a sustituir la pérdida de un derecho privativo, por ser inherente a la persona, como es el derecho al trabajo y por ello dicha indemnización no debe tener la condición de ganancial, sino que es un bien privativo, por aplicación del principio de la subrogación.

Pero este argumento no resulta convincente, puesto que el derecho al trabajo permanece incólume, ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido; en realidad lo que ocurre es que la indemnización por despido constituye una compensación por el incumplimiento del contrato y por ello mismo va a tener la misma consideración que todas las demás ganancias derivadas del contrato, siempre que se hayan producido vigente la sociedad de gananciales”.

En base a los argumentos del TS, la Audiencia provincial concluye considerando ganancial la indemnización por despido porque se ha devengado y percibido durante la existencia de la sociedad de gananciales y tiene su causa en el contrato de trabajo, asimilando la indemnización a una ganancia originada por el desempeño de la prestación laboral existiendo matrimonio entre cónyuges.

Por todo ello, la Audiencia provincial desestima el recurso interpuesto por el apelante.

III. CRITERIOS Y/O ELEMENTOS PARA LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER GANANCIAL O PRIVATIVO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO Y EVOLUCIÓN DE LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.

I. El momento de percepción de la indemnización

La fecha en que se percibe la indemnización ha sido y es un elemento clave a la hora de determinar la naturaleza privativa o ganancial de dicha indemnización.

Antes de la sentencia del TS de 26 de junio de 2007, las Audiencias provinciales por regla general mantuvieron un criterio distinto al escogido por dicha sentencia.

En un principio no existió ninguna duda acerca de las indemnizaciones por despido percibidas fuera de la vigencia de la sociedad de gananciales. Aquellas que se percibían disuelta la sociedad de gananciales tenían carácter privativo pues dichas indemnizaciones como salarios futuros que se perciben disuelta la sociedad pertenecen a la esfera privada del ex cónyuge. Esta posición la adoptan, por citar a modo de ejemplo, algunas Audiencias provinciales como la AP de Madrid en su sentencia de 15 de mayo de 1995 o la propia sentencia del TS de 29 de junio de 2005 con cita de anteriores sentencias del propio Alto Tribunal de 18 de mayo de 2000, 26 de octubre de 2000, 6 de abril de 2001 y 31 de mayo de 2001.

La STS 29 junio 2005⁴ se pronuncia expresamente sobre el carácter de la indemnización y considera que dicha indemnización "es un bien adquirido tras las extinción de la comunidad de gananciales y no pertenece, retroactivamente, a ésta, sino que es un bien propio de la persona que lo adquiere."

Más problemas provocó inicialmente la percepción de indemnizaciones por despido estando vigente la sociedad de gananciales, situación que supuso verdaderas diferencias de criterio entre Audiencias provinciales.

Así, la SAP de San Sebastián 9 septiembre 1998 sostiene que la indemnización por despido tiene naturaleza ganancial porque "es producto del trabajo desempeñado cuando estaba vigente la comunidad de gananciales, y por ello, debe calcularse sobre la base del periodo de tiempo existente entre la fecha de inicio de la comunidad que se produce con la celebración del matrimonio hasta la extinción con la sentencia formal de separación (véase párrafo XI del Preámbulo de la ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria y 777.10 LEC y Código notarial respectivamente por cuanto a la posibilidad de finalizar el vínculo matrimonial de mutuo acuerdo por las partes a través de decreto del Secretario Judicial o escritura notarial) independientemente

4 STS 29 junio 2005 (RAJ 2005, 541)

de que la indemnización se haya percibido posteriormente a la disolución del matrimonio.

También la SAP de Guadalajara 2 noviembre 2000⁵ afirma que aquella indemnización por despido que se percibe durante la vigencia de la sociedad de gananciales debe ser considerada bien ganancial. "Aquella más que un salario diferido constituye un resarcimiento por la pérdida de empleo y justo es que su importe acreciente los bienes comunes pues frutos son del trabajo o actividad, actualizados en momento idóneo."

A su vez, la SAP de Zaragoza 17 julio 1999 sostiene que la indemnización por despido no puede ser excluida del activo de la sociedad de gananciales, "pues se abona en sustitución de unos salarios que hubieran debido percibirse constante matrimonio, y que, por tanto, hubieran recaído en la comunidad".

Sin embargo, otras sentencias como la SAP de Palencia 31 mayo 2004 entre otras⁶ en su FJ 2º considera que "la indemnización por despido tiene siempre carácter privativo del cónyuge que la recibe, siendo independiente el momento en que la misma se perciba, ya constante el matrimonio y vigente la sociedad de gananciales, ya después de la separación de los cónyuges y disuelta, por tanto, esta".

En el mismo sentido se pronuncia el propio Tribunal Supremo en la sentencia 22 diciembre 1999⁷ que es confirmada posteriormente por el Alto Tribunal en la sentencia 29 junio 2000⁸ argumentando que "la indemnización por despido no tiene carácter de bien ganancial porque no es retribución de trabajo alguno".

Como se puede comprobar, en estos años no hay un criterio unificado acerca de la indemnización. Para algunas Audiencias Provinciales, la indemnización tiene carácter ganancial, y sin embargo, para otras tiene carácter privativo con independencia del momento en que esta se hubiere percibido por el cónyuge. Incluso el Tribunal Supremo comenzó otorgando carácter privativo a dicha indemnización.

En este sentido, la STS 26 junio 2007⁹ resuelve en cierta manera la controversia acerca de las indemnizaciones por despido.

En primera instancia, el Juzgado estimó parcialmente la demanda de liquidación de sociedad interpuesta por el esposo habiendo reconvenido su esposa y consideró

5 SAP Guadalajara 2 noviembre 2000 (RAJ 2000, 403)

6 SAP Palencia 31 mayo 2004 (RAJ 2003, 488)

7 STS 22 diciembre 1999 (RAJ 1999, 1096)

8 STS 29 junio 2000 (RAJ 2000, 674)

9 STS 26 junio 2007 (RAJ 2007, 715)

que la indemnización por despido tenía carácter ganancial y debía integrarse en el activo de la sociedad de gananciales.

Distinto pronunciamiento adoptó la AP de Madrid ante el recurso de apelación interpuesto por ambos cónyuges, entendiendo que la indemnización por despido tenía carácter privativo por tener un componente de resarcimiento moral.

El TS admite que la indemnización tiene un importante componente moral, pero fija dos parámetros a tomar en consideración a la hora de calificar la indemnización por despido, como son la fecha de percepción de la indemnización y la distinción entre el derecho a cobrar dichas prestaciones y los rendimientos de dichos bienes devengados durante la vigencia de la sociedad de gananciales.

En base a ello, el TS resuelve otorgando carácter ganancial a la indemnización por despido porque la sociedad de gananciales se disolvió tres meses después de la percepción de la indemnización esta es considerada como una consecuencia económica del trabajo efectuado por el perceptor (FJ 3º).

Posteriormente en el año 2008 el TS trata más exhaustivamente la fecha de percepción de la indemnización por despido.

La STS 28 mayo 2008¹⁰ considera que lo relevante es que la indemnización se cause constante la sociedad de gananciales aunque se perciba con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales (véase también pronunciamiento del Magistrado Antonio Javier Pérez Martín).

En dicha sentencia, el Tribunal recuerda como hechos probados que la fecha de cese del trabajo del marido fue el día 15 de diciembre de 1993, la fecha de sentencia firme de separación es de 21 de diciembre de 1993 y la fecha de cobro de la indemnización es de 31 de enero de 1994.

Por ello, aunque la indemnización se percibiera posteriormente a la disolución de la sociedad de gananciales, el argumento clave de esta sentencia es que la indemnización se causa constante la sociedad de gananciales, por lo que tendría carácter ganancial. Dicha sentencia completa en este punto la argumentación efectuada por el TS en la sentencia de 26 de junio de 2007.

Por cuanto al momento en que se entiende disuelta la sociedad de gananciales, el TS en la sentencia se remite a los artículos 95.1, 1392.3 y 1394 del Código civil.

Será la sentencia firme de separación o de divorcio habiendo agotado las vías de recurso precedentes si fuera necesario la que extinguirá el régimen económico

10 STS 28 mayo 2008 (RAJ 2008, 429)

matrimonial atendiendo a la dicción literal del artículo 95 del Código civil, y en lo que a la sociedad de gananciales concretamente se refiere, resultan aplicables los artículos 1392.3 y 1394 del Código civil (véase también ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria y artículo 777.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)

2. El derecho al trabajo y la indemnización por despido. Calificación de la indemnización en función de su naturaleza (artículos 1346 y 1347 del Código civil)

El derecho al trabajo como derecho constitucional contemplado en el artículo 35 de la Constitución española comprende tanto el derecho a desempeñar la prestación laboral como la protección contra el desempleo.

Ha existido durante bastante tiempo una cierta conflictividad acerca de si el despido de un trabajador lesiona su derecho al trabajo o si, por el contrario, el derecho al trabajo permanece incólume pudiendo el trabajador despedido buscar un nuevo empleo dentro del mercado de trabajo.

Determinar a qué finalidad obedece la indemnización por despido se convirtió en una tarea crucial para concluir si esta tiene la consideración de bien privativo o bien ganancial.

Algunas Audiencias provinciales a finales de los años 90 y principios de siglo actual consideraban que la indemnización por despido no retribuía un trabajo prestado con anterioridad sino la pérdida del derecho al trabajo.

Así por ejemplo, destaca la SAP de Vizcaya 7 julio 2015¹¹ en cuyo FJ 2º concibe la indemnización por despido como "una compensación por la pérdida de un bien exclusivamente personal e individual, su propio trabajo, desarrollo de su personalidad, resultado o consecuencia de una formación profesional, lo que no cabe confundir con los rendimientos que de este se obtienen. El primero es un elemento esencialmente privativo y, por ende, será privativa la indemnización que sustituye (artículo 1346.5º CC) al trabajo perdido; los rendimientos del trabajo sí son gananciales **ex** art 1347 del Código civil".

Se entendía la indemnización por despido como una compensación o resarcimiento moral por la lesión producida sobre el derecho al trabajo.

La AP de Madrid en la sentencia 28 septiembre 2006¹² excluye del activo de la sociedad de gananciales la indemnización por despido percibida por una de los cónyuges calificando como bien privativo la indemnización por despido, pues considera a tenor de la anterior sentencia de 12 de julio de 2005 de la misma Sala,

¹¹ SAP Vizcaya 7 julio 2015 (RAJ 2015, 534)

¹² SAP Madrid 28 septiembre 2006 (RAJ 2006, 994)

que la indemnización no tiene encaje en el artículo 1347.1º del Código civil, “ya que la misma ni retribuye una actividad laboral desempeñada con anterioridad, ni constituye un complemento del entonces sueldo percibido, ya que lo determinante de la misma no es en sí, de modo directo e inmediato, el trabajo ya retribuido salarialmente en el pasado, sino la pérdida de dicho derecho fundamental (artículo 35 de la CE), teniendo en consecuencia, un indiscutible componente de resarcimiento moral.” En base a ello, se encuadra en el artículo 1346.5º del Código civil por entender el derecho del trabajo como un derecho de la personalidad cuya calificación es la de bien privativo.

En el mismo sentido se pronuncian otras Audiencias como la AP de Granada (RJ 2007, 339) en la sentencia 20 julio 2007¹³ y la AP de Madrid en una sentencia ligeramente anterior 7 marzo 2006.

Incluso hay Audiencias Provinciales que han encuadrado la indemnización por despido como bien privativo pero no por medio del número 5º del artículo sino del número 6º del artículo 1346 del Código civil “por tratarse de una indemnización que compensa un daño sufrido en sus bienes privativos, indemnización por daño moral al perder el trabajo”. La jurisprudencia relaciona el derecho al trabajo con la indemnización por despido a través del artículo 1346.6º bajo el argumento de que la indemnización va a resarcir la pérdida del derecho al trabajo siendo privativo el resarcimiento por los daños inferidos a la persona de uno de los cónyuges o a sus bienes privativos.

A partir de las sentencias 26 junio 2007, 18 marzo¹⁴ (RJ 2008, 216) y 28 mayo 2008 el TS diferencia el derecho a cobrar dicha prestación considerado como bien privativo y los rendimientos de dichos bienes privativos que tendrían la consideración de gananciales, y a su vez cambia de criterio y explica por qué la indemnización por despido no tiene por finalidad compensar por la pérdida del derecho al trabajo o resarcimiento moral.

El Tribunal Supremo en el FJ 3º de la sentencia 18 marzo 2008 argumenta que hay que “diferenciar entre el derecho al trabajo que permite obtener un empleo en el mercado laboral y que constituye el título en cuya virtud el cónyuge accede al mercado de trabajo y desarrolla así sus capacidades laborales, del beneficio que se va a obtener con el ejercicio del derecho del trabajo”.

Entiende el TS que el primero es un bien privativo por tratarse de un derecho inherente a la persona, y por tanto, incluido en el artículo 1346.5 del Código civil,

¹³ SAP Granada 20 julio 2007 (RAJ 2007, 339)

¹⁴ STS 18 marzo 2008 (RAJ 2008, 216)

mientras que el segundo es un bien ganancial contemplado en el artículo 1347.I de Código civil.

No hay duda de que, por beneficios que se obtienen con el ejercicio del derecho del trabajo, se encuentra presente el salario percibido por el desempeño de la prestación laboral. Más dudas planteó la calificación de una indemnización que según el TS “son ganancias obtenidas en virtud de un contrato de trabajo que se acaba y se extingue por alguna de las causas establecidas en la legislación laboral”.

Para el Tribunal no resulta convincente el argumento de que la indemnización por despido porque “el derecho al trabajo permanece incólume ya que el trabajador despedido sigue en el mercado de trabajo y puede contratar su fuerza laboral inmediatamente después del despido”.

En palabras del Alto Tribunal la indemnización por despido sea o no improcedente constituye una compensación por el incumplimiento del contrato por parte del empresario, lo que dará lugar a considerar que es idéntica a las demás ganancias derivadas del contrato de trabajo siempre y cuando estas hayan tenido lugar estando vigente la sociedad de gananciales, es decir, antes de que se dicte sentencia firme de separación o divorcio (artículo 95 del Código Civil).

Finalmente, concluye diciendo que el derecho al trabajo no se ha lesionado en absoluto, vulnerándose únicamente “la efectiva obtención de ganancias originadas por la inversión de capital humano”.

A partir de estas sentencias, se ha clarificado la controversia sobre la calificación de la indemnización por despido estando vigente la sociedad de gananciales, siendo incluida dentro del activo de la sociedad ganancial (artículo 1347.I CC) siempre que la decisión empresarial de extinguir el contrato por despido haya recaído antes de producirse la separación legal o el divorcio por sentencia firme, independientemente de que el importe o cuantía de la indemnización se perciba posteriormente a la disolución de la sociedad de gananciales

Distinta es la indemnización percibida por uno de los cónyuges pero que obedece a otra causa como es la del artículo 49.I e) del Estatuto de los trabajadores cuando concurre una situación de incapacidad permanente total o absoluta.

En estos casos, desde la STS 22 diciembre 1999¹⁵ que consideró como bien privativo la indemnización percibida por uno de los cónyuges fruto de un plan de bajas incentivadas llevadas a cabo en la empresa, lo que colocaba al trabajador en situación de jubilación.

15 STS 22 diciembre 1999 (RAJ 1999, 1096)

A partir de aquí, ha habido una tendencia general por las Audiencias provinciales a considerar como privativa la indemnización percibida en supuestos de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez sobre la base de la afectación al derecho a la integridad física, derecho de la personalidad y a la merma que se produce sobre la capacidad de trabajo del cónyuge que sufre esta situación de incapacidad que le imposibilita de forma ininterrumpida poder seguir desempeñando la prestación laboral en la rama de actividad en que prestaba servicios e incluso no poder acceder nunca más al mercado de trabajo en atención a la patología o dolencia que padezca.

Conforme a ello, sí ha existido en estos casos mayor unanimidad en orden a la consideración de la indemnización percibida como bien privativo del cónyuge o ex cónyuge que la percibe, estando vigente o no la sociedad de gananciales.

Vigente la sociedad de gananciales, la incapacidad supone una situación que afecta a una vertiente tan personalísima del cónyuge, que para los Tribunales no ha sido un dato a tener en cuenta el hecho de que la indemnización por extinción del contrato en base a un supuesto de incapacidad se perciba antes o después de la disolución del matrimonio.

Así, la sentencia de la AP de A. Coruña 23 enero 2014¹⁶ en su FJ 3º diferencia la indemnización por extinción de contrato basada en despido procedente o improcedente (FJ 3º STS 18 marzo 2008) de la indemnización por extinción de contrato basada en un supuesto de incapacidad.

La segunda “no es una indemnización derivada de un incumplimiento contractual en la que permanece incólume la capacidad de trabajo del marido, sino que por mor de una enfermedad común, que el mismo sufre y afecta directamente a su salud, que conforma un bien personalísimo, padece una merma en su capacidad laboral que le imposibilita permanentemente para el ejercicio de su profesión habitual, lo que provocó la extinción de la relación laboral con la empresa para la que trabajaba.

No es por lo tanto, una indemnización por incumplimiento contractual del empresario, sino por enfermedad común, ajena a la observancia de las obligaciones directamente dimanantes del vínculo contractual laboral.”

La finalidad de dicha indemnización es resarcir al sujeto que sufre una patología física que tiene una repercusión crucial sobre la posibilidad de ejercer una profesión habitual a causa de una dolencia “en su personalísimo patrimonio biológico”.

Finalmente, la Audiencia Provincial concluye que dicha indemnización “nació de una vicisitud estrictamente personal ajena a la condición de casado. La finalidad de la

16 SAPA Coruña 23 enero 2014 (RAJ 2004, 8)

indemnización deriva de una lesión física o mental que afecta a la capacidad laboral más reconducible al individuo que al consorcio conyugal.”

Por ello, dicha indemnización tiene la condición de bien privativo, porque el derecho al trabajo aparece altamente mermado y el derecho que permite el ejercicio de la fuerza de trabajo negativamente disminuido, vertiente personalísima de quien sufre una patología física o mental y en consecuencia recibe la indemnización.

Suficientemente clarificadora es la SAP de Zaragoza 20 octubre 2005, en cuyo FJ 3º sostiene en un supuesto de incapacidad permanente absoluta el carácter resarcitorio de la indemnización ante la existencia de un perjuicio personal como es la merma física, aspecto que anula la capacidad laboral e incide en la vertiente personalísima del cónyuge que percibe la misma, teniendo carácter privativo.

La SAP de Lugo 5 junio 2006¹⁷ (RJ 2006, 165) considera que dicha indemnización tiene una clara vocación de futuro y tiene por objeto resarcir la pérdida total o absoluta de la capacidad de trabajo.

También la SAP de Badajoz 19 junio 2007 en su FJ 4º se pronuncia sobre la indemnización por incapacidad permanente y destaca su proyección de futuro y su carácter privativo.

3. Cómputo de la indemnización por despido. Qué parte de la indemnización se integra en el activo de la sociedad de gananciales.

La correspondencia exacta entre el tiempo trabajado por los cónyuges y la existencia de la sociedad de gananciales no plantea problemas en términos de indemnización por despido. En estos casos, toda la cuantía de la indemnización formaría parte del activo de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, el problema se plantea cuando el cónyuge cuyo contrato es extinguido a través de una decisión empresarial de despido durante la vigencia de la sociedad de gananciales había desempeñado la prestación laboral en la empresa antes de contraer matrimonio.

Por lo que a salarios se refiere, no cabe duda de que los salarios percibidos antes de existir la sociedad de gananciales tendrían la consideración de bien privativo (1346.1º del Código civil).

Con respecto a la indemnización por despido, las sentencias del TS 18 marzo 2008 y 28 mayo 2008 anteriormente mencionadas se pronuncian sobre esta cuestión, doctrina jurisprudencial que será acogida por las distintas Audiencias provinciales

¹⁷ SAP Lugo 5 junio 2006 (RAJ 2006, 165)

como se ha expuesto al inicio del comentario con algunos de los supuestos de hecho.

En el FJ 3º de la sentencia 18 marzo 2008 el Tribunal Supremo, con ocasión de una indemnización que comprende el trabajo desempeñado antes y durante el matrimonio, argumenta "que para el cálculo de la concreta cuantía de indemnización que pasará a formar parte del activo hay que tener en cuenta el porcentaje de indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio".

En el mismo párrafo, el Alto Tribunal dice que, "a la vista de que la indemnización se calcula en base al número de años trabajados, no deberían tener naturaleza ganancial aquellas cantidades correspondientes a los años en que no existía la sociedad de gananciales".

En la STS 28 mayo 2008 anteriormente, el Tribunal se remite de nuevo al porcentaje de indemnización que corresponde a los años trabajados durante el matrimonio. Y a su vez dice lo siguiente: "Porque puede que el trabajo que se ha perdido por el despido y que ha generado el cobro de la indemnización haya empezado antes del matrimonio, así como debería tener en cuenta en la liquidación de gananciales la capitalización por posibles indemnizaciones que se generen por despidos por contratos de trabajo vigentes durante el matrimonio y por el periodo de tiempo trabajado vigente la sociedad".

Esta es la posición más lógica y coherente para evitar situaciones de posible enriquecimiento injusto que se producirían si se integrara toda la indemnización como activo de la sociedad de gananciales habiendo prestado servicios el cónyuge que la percibió para la empresa tanto antes como después de contraer matrimonio.

El otro cónyuge estaría percibiendo por vía de liquidación de gananciales más de lo que le correspondería ya que estaría percibiendo parte de indemnización que sería privativa de uno de los cónyuges teniendo en cuenta que parte de la prestación de servicios fue anterior a la celebración del matrimonio y por consiguiente a la existencia de la sociedad de gananciales.

IV. CONCLUSIONES

La indemnización por despido ha sido ampliamente tratada en todas sus vertientes conflictivas, ejerciendo el Tribunal Supremo una tarea unificadora de gran importancia siguiendo la mayoría de las Audiencias Provinciales los criterios adoptados en los años 2007 y 2008 por el Alto Tribunal hasta la actualidad.

Sin embargo, ha habido Audiencias provinciales que en contra de los criterios acogidos por el Tribunal Supremo en dichos años dictan resoluciones en años posteriores que se apartan de dicha doctrina jurisprudencial.

Así, pueden citarse sentencias como la SAP de Madrid 13 marzo 2008¹⁸ que es ligeramente posterior a la STS 26 junio 2007 en la cual siguen basándose en doctrina jurisprudencial anterior como la STS 22 febrero 1999 para considerar que la indemnización por despido tiene carácter privativo por el especial componente de resarcimiento moral que conlleva y la compensación de la lesión de un derecho constitucional del artículo 35 de la Constitución española como es el derecho al trabajo.

También la SAP de Madrid Sección número 22¹⁹ se pronuncia en el mismo sentido, lo que contrasta con una sentencia actual de la misma Sección de la AP de Madrid 20 mayo 2016 en la cual acoge la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de 18 de marzo y 28 de mayo de 2008 del TS.

Si bien la sentencia de 26 junio 2007 del TS fue clave para establecer los criterios a tener en cuenta en la consideración de la indemnización por despido como bien ganancial, más importantes si cabe fueron estas sentencias del año 2008 porque continuaron perfilando los argumentos de la anterior sentencia 26 junio 2007, y es en realidad a partir de estas sentencias en adelante cuando ya no se observa que las Audiencias Provinciales se aparten de dicha doctrina.

En la actualidad, no se observan discrepancias entre Audiencias provinciales, y en caso de existir alguna es mínima puesto que esa doctrina del TS ya está suficientemente asumida y consolidada.

Los argumentos dados por el TS en su momento son coherentes con la dicción literal de los artículos 1346 y 1347 del Código civil, siendo ganancial la indemnización por despido que uno de los cónyuges haya devengado por haber sido objeto de una decisión empresarial de despido, con independencia de que esta se perciba después de la disolución de la sociedad de gananciales.

No obstante, si bien no hay ninguna objeción por mi parte a la propia consideración como ganancial de la indemnización por despido, si puede plantearse alguna duda con respecto al propio carácter resarcitorio de la indemnización y la situación del mercado laboral en la actualidad.

Aunque los salarios percibidos por cada uno de los cónyuges tienen consideración de bien ganancial mientras esté vigente la sociedad de gananciales, la indemnización

18 SAP Madrid 13 marzo 2008 (RAJ 2008, 330)

19 SAP Madrid 2007 Sección 22 (RAJ 2007, 672)

por despido deriva de una circunstancia personal de uno de los cónyuges, pues ha sido objeto de la decisión empresarial de despido, decisión que tiene especial trascendencia dada la coyuntura actual.

Es una vicisitud que se produce en la figura de uno de los cónyuges y aunque el derecho al trabajo no se ha visto lesionado porque el trabajador puede buscar empleo en el mercado de trabajo sin quedar imposibilitado para ello salvo que existiera alguna causa de incapacidad permanente, la decisión empresarial de despido es ajena a la voluntad del propio trabajador y le causa un perjuicio mayor si cabe actualmente dada la situación del mercado de trabajo.

En sí, la indemnización por despido está compensando el perjuicio ocasionado al trabajador máxime cuando este es declarado improcedente dado que se genera un incumplimiento contractual por parte del empresario.

Las sentencias del TS hacen alusión expresamente a que no se ve lesionado el derecho al trabajo porque el trabajador puede acceder al mercado de trabajo y encontrar otro trabajo. No obstante, la situación actual del mercado de trabajo y las dificultades que existen actualmente para acceder a otro puesto de trabajo puede convertir la indemnización junto con la prestación por desempleo en los elementos principales de subsistencia de aquella persona que a partir de la disolución de la sociedad de gananciales pasará a depender de sí mismo y no tendrá el soporte del otro cónyuge.

No se cuestiona el hecho de que se vea afectado el derecho al trabajo, aspecto que como ha quedado claro en este artículo no se produce. Pero tampoco hay que obviar que aunque no se lesiona el derecho al trabajo puesto que el trabajador no tiene vedada la posibilidad de acceder a otro puesto de trabajo, las escasas posibilidades que el mercado ofrece al trabajador que ha sido despedido podría generar cierto debate sobre si fuera de la lógica del Código civil se considera justo que parte de la indemnización por despido a que tiene derecho uno de los cónyuges se integre en la liquidación de la sociedad ganancial y hacer partícipe al otro cónyuge de esta.

No se trata de personalizar caso por caso la consideración de la indemnización por despido como bien ganancial o privativo, aspecto sobre el que a día de hoy no se puede generar debate dada la consolidada doctrina jurisprudencial, pero sí tener en cuenta que aunque no se lesione el derecho al trabajo, la decisión empresarial de despido como mínimo genera un perjuicio de una importante envergadura que obliga a plantearse si el otro cónyuge debe beneficiarse al liquidar la sociedad de gananciales de parte de la cuantía que viene destinada a resarcir el perjuicio que la decisión empresarial genera para el cónyuge que la sufre.



TÉRMINOS Y CONDICIONES DE USO DE RBD



I. Generalidades.

Este sitio web (www.revistabolivianadederecho.com), es propiedad de la “Fundación Iuris Tantum”, entidad boliviana sin ánimo de lucro, con domicilio en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra.

El uso de este sitio web implica la aceptación y el cumplimiento, por parte del usuario del sitio web, de todas y cada una de las presentes Condiciones de Uso, especialmente, del compromiso de no realizar aquellas conductas que más abajo se detallan como prohibidas. El mero acceso y/o utilización del sitio web, de todos o parte de sus contenidos y/o servicios significa la plena aceptación de las presentes condiciones generales de uso.

La “Fundación Iuris Tantum” podrá establecer limitaciones y/o condiciones adicionales para el uso y/o acceso al sitio web y/o a los contenidos, las cuales deberán ser observadas por los usuarios en todo caso.

2. Usos permitidos.

La utilización permitida del presente sitio web atiende a fines exclusivos de investigación y documentación jurídica, sin que se permita la explotación privada o comercial de ninguna de las obras que forman parte de los distintos números de la Revista Boliviana de Derecho, ya sean ordinarios o extraordinarios. Queda prohibido el uso de cualquier sistema o software automatizado para extraer datos de esta página web para fines comerciales (adquisición de datos o “screen scraping”).

Ante el uso indebido y no autorizado de la presente página web, la Fundación Iuris Tantum se reserva el derecho a ejercitar las acciones que considere oportunas, incluso a instar procedimientos judiciales sin previa notificación.

3. Modificaciones de los términos y condiciones de uso.

La Fundación Iuris Tantum se reserva la facultad de modificar en cualquier momento, sin previo aviso, las condiciones generales de uso del sitio web.

4. Obligaciones del usuario.

El usuario deberá consultar y respetar en todo momento los términos y condiciones establecidos en las presentes condiciones generales de uso del sitio web. Asimismo, deberá cumplir las especiales advertencias o instrucciones contenidas en el sitio web y a obrar siempre conforme a la ley, a las buenas costumbres y a las exigencias de la buena fe, teniendo en cuenta la naturaleza gratuita del servicio del que disfruta.

5. Cláusula de limitación de responsabilidad.

La Fundación Iuris Tantum no asume responsabilidad alguna respecto a los posibles daños y perjuicios causados por el uso de este sitio web o de cualquier otro al cual se haya accedido a través de un enlace inserto en el presente sitio web.

6. Propiedad intelectual e industrial.

El presente sitio web se reserva todos los derechos sobre los contenidos, información, obras, textos, gráficos, diseños, logos, marcas, símbolos, signos distintivos, datos y servicios que ostente.

En ningún caso se entenderá que se concede licencia alguna o se efectúa renuncia, transmisión, cesión total o parcial de dichos derechos, ni se confiere ningún derecho de explotación sobre dichos elementos, sin la previa autorización expresa y por escrito de la Fundación Iuris Tantum o de los titulares de los derechos correspondientes.

7. Cláusula de legislación aplicable, jurisdicción competente y notificaciones.

Las presentes condiciones se rigen y se interpretan de acuerdo con la legislación boliviana.

Todas las controversias o diferencias con relación a la interpretación, aplicación, cumplimiento y ejecución del presente contrato, renunciando expresamente a cualquier otro fuero que pudiera corresponderles, se resolverán en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial (CCAC) de la Cámara de Industria, Comercio, Servicios y Turismo de Santa Cruz (CAINCO), conforme a los siguientes medios: Como primer medio de solución se establece la Conciliación, la cual se registrará de acuerdo al Reglamento del Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO, vigente al momento de la presentación de la conciliación. Si la controversia no ha sido resuelta a través de la conciliación o persistiera parte de ella, como

segundo medio se aplicará el arbitraje institucional a efectuarse en el Centro de Conciliación y Arbitraje Comercial de CAINCO de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia), al que se encomienda la administración del arbitraje conforme al Reglamento vigente a la fecha en que se presente la solicitud de arbitraje. El presente acuerdo implica la renuncia expresa a iniciar cualquier proceso judicial.

En materia penal se someten a los Juzgados y Tribunales de la ciudad de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia).

Todas las notificaciones, requerimientos, peticiones y otras comunicaciones que el usuario desee efectuar a la Fundación Iuris Tantum deberán realizarse por escrito y se entenderá que han sido correctamente realizadas cuando hayan sido recibidas en la siguiente **dirección.revistarbd@gmail.com**



INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

INSTRUCCIONES A LOS AUTORES

I. Invitación

La invitación para publicar en cualquiera de las secciones de la Revista Boliviana de Derecho está abierta a autores nacionales y extranjeros, siendo el requisito imprescindible, que el contenido de los artículos esté relacionado con las ramas del Derecho y sea de interés para la doctrina jurídica boliviana o iberoamericana.

II. Envío de artículos, fechas de recepción y aceptación

1. Los trabajos deberán enviarse mediante archivo electrónico en CD, al Director de Iuris Tantum – Revista Boliviana de Derecho (Calle Tumusla N° 77, Santa Cruz, Bolivia) ó a los correos electrónicos:
revistabolivianadederecho@hotmail.com, orlandoparada.vaca@gmail.com
2. Las fechas para la recepción de los trabajos a ser publicados en los números de julio y diciembre de cada año, serán hasta el 7 de enero y 15 de junio, respectivamente.
3. La fecha de aprobación de trabajos para su publicación en los números de julio y diciembre no excederá el 31 de marzo y 30 de septiembre, respectivamente.
4. La aceptación de un trabajo para su publicación, supone que los derechos de copyright (Derechos de Autor), en cualquier medio y por cualquier soporte, quedan transferidos a la Fundación Iuris Tantum, editora de la revista.

III. Sistema de arbitraje

Una vez recibido el artículo, el Consejo Editorial decidirá en un lapso no mayor a los cinco días, si el mismo cumple con los requisitos básicos para su publicación. En caso afirmativo, el artículo será enviado a evaluación de expertos temáticos.

Cada artículo será evaluado por expertos temáticos externos a la revista, quienes no conocerán el nombre del autor del texto (sistema de doble revisión "a ciegas"). El evaluador tendrá un período de dos semanas para comunicar su dictamen al Comité Editorial. El nombre del evaluador será reservado.

Los posibles dictámenes son:

1. Se aprueba la publicación del artículo.
2. Se aprueba la publicación del artículo, con observaciones a corregir.
3. Se rechaza la publicación del artículo.

Si el dictamen del revisor observa algunas correcciones, el autor tendrá un plazo de quince días para realizarlas.

El que un artículo sometido a evaluación sea aprobado, no implica su inmediata publicación. La decisión final para la publicación de un artículo corresponde al Consejo Editorial de la Revista.

Una vez que se decida respecto del dictamen de publicación o rechazo del artículo, el autor recibirá notificación directa y por escrito informándole de la decisión final.

IV. Normas editoriales

A) Respecto al autor

- Deberá incluirse una corta biografía del autor, de no más de 50 palabras (incluyendo sus grados académicos más relevantes, ocupaciones y cargos actuales, y publicaciones principales). Adjuntar el currículum académico detallado, no olvidando la inclusión del correo postal, correo electrónico, dirección, teléfono y fax.
- Será responsabilidad del autor adjuntar todos los datos en su reseña personal.

B) Respecto al artículo

- Todo artículo propuesto para ser publicado en *Iuris Tantum* – Revista Boliviana de Derecho debe ser original e inédito.
- Los artículos deben escribirse en idioma español.
- Debe especificar el conflicto de interés o, cuál la importancia de escribir sobre el tema elegido.
- Buena redacción, ortografía y organización.
- Se deberá anteponer un resumen del trabajo, de no menos de 50 y no más de 70 palabras.

- Cada artículo debe tener una traducción al inglés del resumen, así como del título.
- Las palabras claves de los artículos deben ser extraídas utilizando un Tesauro Normalizado. Éstas deben incluirse en español e inglés.
- El artículo deberá ir acompañado de un Sumario, que se incluirá al inicio del mismo (redactado en minúsculas, salvo la letra que encabece cada uno de los epígrafes) y de una bibliografía, que se incluirá al final del mismo, utilizando el sistema de citas propio de la revista.

V. Formato de Texto

- El artículo debe contener un máximo de mínimo de 30 páginas y un máximo de 50 páginas, salvo razones fundadas, que justifiquen una extensión superior:•
- Papel blanco, tamaño carta o A4
- Utilizar una sola cara del papel
- Tipo de letra: Times New Roman
- Tamaño de letra: 12 puntos
- Tinta negra
- Interlineado doble espacio
- Alineación todo a la izquierda, excepto citas mayores a las 40 palabras.
- Sangría al inicio de cada párrafo, se deben dejar cinco espacios.
- Tres niveles de títulos:
 1. Uno principal escrito en negrillas, mayúsculas, y centrado (14 pts)
 2. Uno secundario escrito en negrillas Tipo oración (12 pts)
 3. Uno terciario en negrillas Tipo oración
- Incisos: Números: 1º)

VI. Notas a pie de página

- Se utilizarán para descargar el texto de notas bibliográficas, de referencias de jurisprudencia y de opiniones o comentarios incidentales, así como para ampliar las ideas expresadas en el texto, en cuya redacción de empleará un estilo ágil, claro y conciso.
- Deben ir numeradas correlativamente con números arábigos.

VII. Citas

Todas las citas de autores y resoluciones judiciales deberán realizarse en nota a pie de página, nunca en texto.

VIII. Referencias bibliográficas

- **Material consultado en Internet.-** Debe respetar el siguiente orden:
Autores.- Los documentos de la World Wide Web que indican que son “mantenidos”, generalmente se refieren al autor con el apelativo de Maintainer (Maint), aunque también puede usarse más genéricamente Editor (De).
Fecha de visita al documento (año, mes , día).
Título que puede ser tomado de la barra superior del navegador.
Tipos de documento.- Indicar si son html, consultas en bases de datos, imágenes en formato .gif, .jpg u otro, archivos de sonido o de video, archivos FTP, etc.
Información acerca de la publicación, la que comienza con <http://www...>
- **Material consultado en Internet.-** La jurisprudencia se citará según sea habitual en el país de origen de cada escritor, con su respectiva referencia.

IX. Otras secciones de la Revista.

- **Cuestiones jurídicas:** Se trata de una sección que incluye artículos breves, sin adscripción temática clara o con un impacto reducido a una determinada área geográfica.
Su estructura y requisitos formales son exactamente iguales que los de los artículos insertados en la Sección de Doctrina.
- **Crónicas jurisprudenciales:** Se trata de una exposición sistemática de la jurisprudencia existente sobre una determinada materia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellas se acompañará, al igual que respecto de los artículos, un sumario, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios.-** Se trata de análisis de textos legales novedosos o de especial importancia, cuya extensión debe oscilar entre 20 y 30 páginas (a doble espacio). En ellos se acompañará, al igual que respecto de los artículos, el CV breve del autor, un resumen y palabras clave, en español e inglés. Deberá también adjuntarse, en su caso, una relación bibliográfica de las obras utilizadas.
- **Comentarios jurisprudenciales.-** Se trata de comentarios de sentencias especialmente relevantes, cuya estructura es la siguiente: Supuesto de hecho, Doctrina y Comentario.

- **Reseñas bibliográficas.-** Extensión máxima 3 páginas y el texto debe ir acompañado de la portada del libro en digital, ISBN y la editorial que lo publica.
- **La espada de Damocles.-** Extensión máxima de 5 páginas, excluyendo la fotocopia o el escáner de la resolución judicial o administrativa criticada. La Revista Boliviana de Derecho, otorgará el derecho a réplica.

