



diario

# LA LEY

Año XXXVI • Número 8593 • Jueves, 30 de julio de 2015

[www.diariolaley.es](http://www.diariolaley.es)

WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. no se identifica necesariamente con las opiniones y criterios vertidos en los trabajos publicados.



**Tribuna**

*La protección del hipotecado, pendiente de Luxemburgo*

2



**Tribuna**

*Una perspectiva actual de la reforma Constitucional en España*

3

## PREMIO LECTORES DEL DIARIO LA LEY

LA LEY 172859/2015

### II Premio Lectores del Diario LA LEY: finalistas junio

El Premio, tal y como consta en las bases del mismo, se ha constituido con la intención de reconocer la opinión y valoración de la comunidad de lectores del Diario LA LEY sobre los contenidos publicados. La Editorial considera que el mejor «Consejo de Redacción» es el que forman sus lectores, ya que su criterio e intereses son su más certera orientación. Por ello, junto al tradicional Premio LA LEY de artículos doctrinales en el que la valoración doctrinal de los miembros del Jurado determina el trabajo ganador, instituye este Premio de los Lectores, en el que es la opinión de ellos la que determinará los trabajos seleccionados.

Al II Premio Lectores del Diario LA LEY concurren todos los trabajos de autor publicados en la edición del Diario, en cualquiera de sus secciones, entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2015. Mensualmente se dará a conocer los tres trabajos más leídos por los lectores durante el mes inmediatamente anterior, publicándose la lista en la versión *on line* del Diario así como en pdf.

Los datos con los que se elaboran estas listas son certificados por el departamento de Control de Calidad de WKE, conforme a las estadísticas de lectura de los trabajos publicados.

Así pues, los trabajos más leídos durante el mes de junio de 2015 y por tanto candidatos al II Premio Lectores del Diario LA LEY, dotado con 3.000 euros, son los siguientes:

#### JUNIO

1. «Nulidad de cláusulas suelo ¿competencia objetiva de los juzgados de lo mercantil o de los juzgados de primera instancia? El debate se reabre por las últimas reformas legislativas y la avalancha de acciones ejercitadas»

Ana DEL SER LÓPEZ (Presidenta de la Audiencia Provincial de León y de la Sección Primera con competencia en asuntos de lo mercantil) y Gracia FERNÁNDEZ CABALLERO (Doctoranda y Colaboradora honorífica del Área de Derecho Procesal de la Universidad de León)

Diario LA LEY, núm. 8555, Sección Doctrina, 5 Jun. 2015

2. «Las llamadas sociedades civiles con objeto mercantil y su régimen jurídico»

Carlos VIGIL FERNÁNDEZ (Doctor en Derecho)

Diario LA LEY, núm. 8551, Sección Tribuna, 1 Jun. 2015

3. « Sobre el valor probatorio de conversaciones mantenidas a través de programas de mensajería instantánea (A propósito de la STS, Sala 2.ª, 300/2015, de 19 de mayo)»

José Luis RODRÍGUEZ LAINZ (Magistrado. Juzgado de Instrucción 4 de Córdoba)

Diario LA LEY, núm. 8569, Sección Doctrina, 25 Jun. 2015

## sumario

### II Premio lectores del Diario LA LEY

Finalistas junio 1

### Tribuna

La protección del hipotecado, pendiente de Luxemburgo  
**Juan IGNACIO NAVAS** 2

Una perspectiva actual de la reforma Constitucional en España  
**Alejandro VILLANUEVA TURNES** 3

Los derechos al honor, intimidad e imagen en la Constitución Española y en las de EE.UU. y Francia  
**María DE LA LUZ LOZANO GAGO** 9

### Corresponsalías autonómicas

Cataluña 13

### Jurisprudencia

Absuelta por apropiación indebida, hurto y daños la esposa que se llevó bienes del domicilio conyugal, tras el divorcio 15

Alcance de la presunción de la contratación del transporte en nombre propio previsto por el artículo 5 de la LCTTM 16

Se deniega la indemnización a la madre biológica por el acogimiento preadoptivo acordado tras los malos tratos infligidos al menor 17

## Tribunal Supremo la sentencia del día

El Tribunal Supremo declara ajustada a derecho la exigencia de someter a reconocimientos médicos a los Brigadistas Antiincendios de TRAGSA

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente

8



## Tribuna

*La protección del hipotecado, pendiente de Luxemburgo*

### LA LEY 5007/2015

# La protección del hipotecado, pendiente de Luxemburgo

Juan IGNACIO NAVAS

*Socio-director de Navas & Cusi*

*Los juzgados españoles dudan que la normativa española se ajuste al derecho a la protección al consumidor de la Directiva 93/13/CEE. Han presentado 11 cuestiones prejudiciales que —de momento— siguen a la espera de la resolución del Tribunal de Luxemburgo*

## I. INTRODUCCIÓN

La protección efectiva del hipotecado español sigue pendiente del Tribunal Europeo de Luxemburgo. Actualmente, el Tribunal de la UE acumula 11 cuestiones prejudiciales pendientes de resolver. Los jueces españoles dudan que la normativa española se ajuste a la defensa del consumidor comunitaria contemplada en la directiva 93/13/CEE.

En concreto dudan que la disp. trans. 2.ª de la Ley 1/2013 sea conforme a la directiva. Nuestra ley hipotecaria establece que en caso de que el juez observe abusividad en los intereses de demora, estos deben de moderarse a un máximo de tres veces el tipo de interés legal.

Los jueces y tribunales españoles cuestionan qué ocurre si observan abusividad en las cláusulas en base de los principios de equilibrio y efectividad en contraposición con la Directiva comunitaria de consumo. Se cuestionan si los derechos de los consumidores hipotecarios quedan efectivamente protegidos con una mera rebaja de los intereses de demora. **¿No supone una desprotección del consumidor mantener la vigencia de una cláusula considerada nula?** El pasado 21 de enero de 2015 Luxemburgo ya resolvió en una cuestión similar que el juez es plenamente competente de oficio. Pero la permanencia de la norma de la rebaja a las tres veces el interés legal del dinero despierta incertidumbre jurídica.

Además, el juzgado de 1.ª instancia e instrucción núm. 2 de Marchena pregunta **qué ocurre con aquellos consumidores previos a la entrada en vigor de la Ley 1/2013.** ¿Pueden

declararse nulos y no exigibles los intereses abusivos pagados con anterioridad?, ¿quedan desprotegidos por la ley nacional o están protegidos por la normativa nacional? En mi opinión, la conclusión es clara: la primacía del derecho comunitario hace que la protección de la directiva sobre el consumidor esté vigente desde su promulgación, el 5 de abril de 1993.

*La última palabra la dará Luxemburgo, pero el gobierno español podría adelantarse sin necesidad de esperar al reproche judicial*

Parece evidente que si ha existido abuso y desequilibrio por la aplicación de un contrato de adhesión, esa cláusula se debe tener por no puesta y considerada nula antes y después de la Ley 1/2013, ya que la Directiva de Consumo que establece equilibrio en la contratación con los consumidores es del año 1993, Directiva 13/1993.

## II. DESIGUALDAD DE ARMAS

Además, la Audiencia Provincial de Castellón planteó el pasado 24 de noviembre de 2014 la llamada «desigualdad de armas». En su

opinión, el hecho de que el consumidor no pueda recurrir la abusividad provoca que «el ejecutor profesional dispone de más medios de apelación que el consumidor ejecutado».

Luxemburgo ya resolvió un caso similar el 17 de julio de 2014. El «caso Sánchez Morcillo» obligó incluso a modificar la legislación española permitiéndose la apelación, aunque limitándose al plazo de un mes.

Y es precisamente este limitante plazo el objeto de nuevas cuestiones prejudiciales. **¿Por qué limitar tan estrechamente el plazo para poder reclamar un abuso?** El juzgado de 1.ª instancia n.º 4 de Martorell pregunta a Luxemburgo «si el plazo de un mes dispuesto por la Ley 1/2013 de Protección al Deudor Hipotecario, Reestructuración de Deuda y Alquiler Social, debe entenderse que se opone al sentido de los arts. 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE». En casos parecidos Luxemburgo ya se ha manifestado a favor de una interpretación amplia, pero los jueces reclaman una mayor concreción.

## III. EJECUCIÓN POR TRES IMPAGOS

Por otra parte, el juzgado de 1.ª instancia de Miranda del Ebro también cuestionó el 24 de febrero de 2014 si lo establecido en la normativa española de que **tres impagos de cuotas son suficientes para ejecutar** es conforme a la normativa comunitaria «sin tener en cuenta otros factores como la duración o la cuantía del préstamo o cualesquiera otras causas concurrentes relevantes».

En el «caso Aziz», Luxemburgo resolvió el 14 de marzo de 2013 que la ejecución debía ser equilibrada evitando la abusividad. Sin embargo, la legislación que permite la ejecución hipotecaria tras 3 impagos sigue vigente generando inseguridad jurídica.

Por último, varios juzgados plantean si los derechos del consumidor individual no quedan vulnerados al suspenderse su proceso hasta que no se resuelva la demanda colectiva planteada previamente. La cuestión obedece al «burladero» procesal utilizado por muchas entidades para refugiarse de las demandas individuales bajo el pretexto de la instrucción de la macrodemanda colectiva contra decenas de entidades por las cláusulas suelo.

En total son 11 cuestiones prejudiciales que ponen en solfa el sistema de protección del hipotecado español en cuanto **la normativa española no parece ajustarse al derecho comunitario**; la última palabra la dará Luxemburgo, pero **el gobierno podría adelantarse sin necesidad de esperar al reproche judicial.** ■



## Tribuna

Una perspectiva actual de la reforma Constitucional en España

LA LEY 5004/2015

# Una perspectiva actual de la reforma Constitucional en España

Alejandro VILLANUEVA TURNES

Doctorando en Derecho. Universidad de Santiago de Compostela.

*El presente estudio trata de ofrecer una visión de la reforma constitucional en España, para ello se hará una referencia al concepto de Constitución para indicar su importancia, y por tanto la importancia que se le debe dar a su reforma. Al mismo tiempo se analizarán las dos reformas que han tenido lugar desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 y se mencionarán posibles reformas que pueden tener lugar en los años venideros.*

## I. INTRODUCCIÓN

En España, es frecuente que ciertos sectores del poder político hablen de realizar cambios en la Constitución. Los motivos que han llevado a plantearse modificaciones dentro de esta norma tan esencial e importante han sido muy variados. Sin embargo, el motivo principal por el cual se ha hablado de la actualización de la Constitución en los últimos años, ha sido el de intentar poner una solución al problema que ha surgido en la Comunidad Autónoma de Cataluña, donde un sector de dicha Comunidad Autónoma reclama la independencia. Junto con este tema han sido otros los que, desde la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, se han propuesto para reformar y de los cuales se hablará en lo que sigue.

## II. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN Y SU VOCACIÓN DE PERMANENCIA

Para saber qué es lo que se está pidiendo cuando se hace referencia a la actualización de la Constitución, es conveniente conocer que se entiende cuando se habla de Constitución, por lo que éste debe ser nuestro punto de partida. Así, en primer lugar, debemos tener en cuenta que este término no es algo nuevo, ya que «normalmente suele atribuirse a los hebreos el primer concepto de Constitución, en el sentido de existir una norma

suprema a los gobernantes y gobernados que, a su vez, actuaba como límite a la acción de aquéllos. Esta norma suprema se identificaba con la ley divina, conteniendo una fuerte carga ética o moral, cuya actualización era realizada a través de los profetas» (1).

También en la Antigua Grecia se hacía referencia a la norma constitucional. Aristóteles mismo se refirió a ello, tal y como afirmó Jellinek, quien resume el pensamiento aristotélico estableciendo que «conforme a su principio fundamental de que en la forma reside lo esencial de la cosa, considera a la Constitución como la esencia del Estado, por lo cual la identidad de éste ha de descansar, en primer lugar, en la identidad de aquélla» (2).

Al mismo tiempo hay que saber que, en términos generales, «Constitución» era un vocablo que ya se utilizaba en la Edad Media, como parte de la terminología eclesiástica para hacer referencia a las reglas monacales, siendo utilizado en el siglo XVIII para referirse a las que organizaban un país (3).

Por otro lado, en tiempos romanos, se utilizaba el término para hacer referencia a fuentes de derecho que se consideraban que tenían un valor particular, aunque el término será utilizado por primera vez, como referencia a la Carta Política Norteamericana de 1786, en alusión al «acto solemne determinante de la

estructura fundamental y del poder organizado en el ámbito de una sociedad estatal» (4).

Por su parte, Rubio Llorente afirmó que se trata de «un modo de ordenación de la vida social en el que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que éstos disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder. No hay otra Constitución que la Constitución democrática» (5)

Si acudimos al significado más puramente lingüístico, puede verse como en el Diccionario de la Real Academia Española, se define con nada más y nada menos que ocho acepciones diferentes, de las cuales, a efectos de lo que se está tratando aquí, simplemente se van a señalar dos. La primera de ellas es curiosamente la octava acepción, que hace referencia a la Constitución en un sentido más histórico que actual, definiéndola concretamente como sigue: «en el derecho romano, ley que establecía el príncipe». Empero, esta definición no es adecuada, ya que precisamente no se adapta a la realidad de los tiempos actuales, por lo que la acepción más acertada para tratar en el ámbito jurídico es la que precede a ésta, es decir, la séptima, que dice: «ley fundamental de un Estado que define el régimen básico de los derechos y libertades de los ciudadanos y los poderes e instituciones de la organización política».

Una vez dicho todo esto y teniendo presente las definiciones y a los autores mencionados hasta el momento, podría ofrecerse una definición de Constitución diciendo que se trata de una norma considerada como superior dentro de un ordenamiento jurídico, siendo la base de dicho ordenamiento y estableciendo unos principios y derechos, que sirven de guía para la actuación del resto de ramas del ordenamiento jurídico y para la convivencia entre los ciudadanos del territorio en el que la norma constitucional está rigiendo.

No obstante, la definición que acaba de mencionarse carece de un elemento que, si bien no es definitorio del término Constitución, sí que debe ser tenido en cuenta. Éste es el elemento de la permanencia de la norma Constitucional. Una norma de tal importancia como es la Constitución suele redactarse y aprobarse, con carácter general, con una vocación de permanencia en el tiempo. Resulta difícil pensar en una Constitución que se realice para una duración de uno o dos años, ya que la elaboración de este tipo de norma suele ser bastante complejo y supone un esfuerzo bastante elevado.

Sumado a esto, debe tenerse presente que a mayor duración de la norma, mayor estabi-



lidad. Cuando se habla de mayor estabilidad se pretende decir que mientras la Constitución siga vigente, se entiende que el pacto constitucional que se ha llevado a cabo se mantiene.

Ahora bien, no debe confundirse esta vocación de permanencia de la que se está hablando, con una inalterabilidad de la Constitución. La Constitución nace con la idea de perdurar en el tiempo, pero en su propio texto debe contener mecanismos necesarios para adaptarla a las necesidades sociales y políticas que vayan surgiendo a lo largo de los años. De esta manera se garantiza que la propia Constitución seguirá vigente y seguirá siendo actual.

### III. CONCEPTO DE REFORMA CONSTITUCIONAL

La reforma constitucional es, sin duda, el mecanismo de adaptación por antonomasia que deben poseer las Constituciones. Entonces... ¿Qué es verdaderamente una reforma constitucional?. De forma sencilla puede decirse que una reforma constitucional es un procedimiento previsto en la Carta Magna, que tiene por objetivo realizar algún cambio dentro de la misma. Los primeros antecedentes en relación con la reforma constitucional pueden verse, dentro del continente americano, en la Constitución de 1787 de los Estados Unidos, y dentro del continente europeo, en las Constituciones de 1791 y 1793 de Francia.

Sin embargo, la reforma constitucional puede plantear un problema que es conveniente mencionar, el cual no es otro que lo que se ha denominado como «la inconstitucionalidad dentro de la Constitución». Dicho en otras palabras, debe tenerse un cuidado máximo de

no introducir un precepto inconstitucional a través de la reforma de la Constitución.

#### 1. La reforma Constitucional en la Constitución Española de 1978

Dentro de la Constitución Española de 1978, el Título X lleva por rúbrica «De la reforma constitucional». Este Título es uno de los más breves dentro de la Carta Magna española, compuesto por cuatro artículos, concretamente este Título lo componen del art. 166 al art. 169.

El primero de los preceptos que componen este Título, el art. 166, establece la legitimación para iniciar el procedimiento de reforma. Esto lo hace remitiendo a otro precepto, concretamente a los dos primeros apartados del art. 87, de tal forma que se llega a la conclusión de que la legitimación para iniciar la reforma constitucional le va a corresponder al Gobierno, a las Cortes o a las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas. Cabe advertir que la iniciativa legislativa popular, que se contempla en el apartado tercero del art. 87, no está aceptada como una forma de iniciar la reforma constitucional.

Procediendo a señalar algunos puntos característicos que dependen de quien sea el que inicie el procedimiento de reforma, nos encontramos con que en el caso de que dicho procedimiento sea iniciado por el Gobierno, no van a notarse diferencias destacables respecto de la iniciativa legislativa ordinaria. El Consejo de Ministros deberá aprobar el proyecto de reforma, y éste junto con una exposición de motivos y antecedentes, será remitido al Congreso de los Diputados para que se produzca un pronunciamiento. Los proyectos se tramitarán conforme a las reglas

establecidas en el Reglamento del Congreso, tal y como establece el art. 146 del Reglamento del Congreso.

Si el procedimiento encuentra su iniciativa en alguna de las Cámaras, es decir, en el Congreso o en el Senado, va a tener algunas características que es recomendable mencionar. Así, en el caso de que la propuesta de reforma provenga del Congreso, va a tener que ser apoyada por dos grupos parlamentarios o por un quinto de Diputados. En el caso de que la propuesta provenga del Senado, se van a requerir más de un grupo parlamentario y un apoyo por parte de 50 senadores. Con independencia de que la propuesta provenga de una u otra Cámara, será necesario que se apruebe su toma en consideración dentro de la Cámara que corresponda.

Finalmente en el caso de que el procedimiento sea iniciado por una Asamblea de una Comunidad Autónoma, hay que saber que éstas podrán hacerlo mediante dos vías, o bien solicitando al Gobierno la adopción de un proyecto de Ley, o bien haciendo una remisión a la Mesa del Congreso de una proposición de Ley. En este último caso la Asamblea de la Comunidad Autónoma delegará a 3 de sus miembros para que defiendan la proposición ante la Cámara.

Al mismo tiempo, hay que advertir que el art. 169, que es el precepto que cierra el Título X de la Constitución, se encarga de prohibir el inicio de la reforma constitucional en los tiempos de guerra o cuando estén declarados los estados de alarma, excepción o sitio. En este punto, la Constitución habla de iniciarse la reforma, lo cual implica que en el caso de que se haya iniciado con anterioridad a estas situaciones, nada impediría la continuación del procedimiento de reforma a pesar de que se estuviese en alguno de esos supuestos. Hay que tener en cuenta que al hacer esas prohibiciones, el constituyente de 1978, intentaba que en caso de producirse una reforma constitucional, ésta se hiciese con estabilidad dentro del Estado y no aprovechándose de una de esas situaciones que se han señalado, no siendo muy adecuado que continuase el procedimiento en el caso de que se declarase una de estas situaciones, aunque constitucionalmente sería posible hacerlo.

Ahora bien, sabiendo quien posee la legitimidad para iniciar el procedimiento y las limitaciones para el inicio del mismo, es imprescindible conocer que procedimiento se establece en la Constitución de 1978. A este respecto, la Carta Magna trata dos supuestos de reforma perfectamente diferenciados en relación con la materia que se desee reformar, encontrándonos con el llamado procedimiento de reforma ordinario y el procedimiento de reforma agravado o también conocido como procedimiento de revisión constitucional.



Llegados a este punto es necesario aclarar que a pesar de que a uno de los procedimientos se le denomine ordinario y a otro se le denomine agravado, ambos son de por sí agravados, ya que la reforma constitucional, en cualquiera de sus procedimientos, va a exigir una característica peculiar por la importancia de la norma que se pretende reformar.

Analizando ambos procedimientos nos vamos a encontrar con que las materias que distinguen uno de otro son el Título Preliminar, el Título I Capítulo II Sección 1.<sup>a</sup> (que es el referido a los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas), y el Título II (referido a la Corona). Por lo tanto y como criterio general, podemos decir que estas materias que acaban de nombrarse deberán seguir un procedimiento de reforma agravado, mientras que el resto de preceptos constitucionales podrán ser reformados mediante el procedimiento ordinario.

Ahora centrémonos en las diferencias entre cada procedimiento. En cuanto al procedimiento ordinario, dentro de éste los proyectos de reforma van a tener que aprobarse en ambas cámaras por una mayoría de tres quintos, en caso de no existir un acuerdo en ambas cámaras, se procederá a la creación de una Comisión de composición paritaria de Diputados y Senadores, la cual va a presentar un texto que tendrá que ser votado en ambas cámaras. En el caso de que tampoco se lograse un acuerdo con esta segunda opción, el Congreso, por una mayoría de dos tercios va a poder aprobar la reforma, siempre con la condición imperativa de haber logrado una mayoría absoluta que votase a favor en el Senado. La reforma constitucional que siga este procedimiento ordinario podrá someterse a referéndum, este referéndum está regulado en la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre Regulación de las Distintas Modalidades de Referéndum. No obstante, para que este referéndum se produzca, tendrá que ser solicitado por una décima parte de cualquiera de las Cámaras, y siempre deberá solicitarse en un plazo de 15 días desde la aprobación de la reforma. En caso de que la solicitud de referéndum se produzca, éste se convocará en un plazo de 30 días, teniendo que celebrarse dentro de los 60 días posteriores a su convocatoria. El Rey sancionará la reforma con posterioridad a los 15 días iniciales que es necesario esperar para comprobar si se solicita o no la celebración del referéndum, en caso de que éste sea celebrado, la sanción Real se producirá después de la celebración del referéndum si procediese.

Por lo que respecta al procedimiento agravado, éste es algo diferente, y tal y como indica su propio nombre, se trata de un procedimiento que plantea una dificultad más profunda. Así nos encontramos con que en primer lugar será necesario que se afecte a

una de las tres materias a las que se ha hecho mención con anterioridad. El inicio del procedimiento tiene lugar mediante un debate en el Congreso, el cual decidirá acerca de la oportunidad de la reforma votando y teniendo que obtener, para continuar el procedimiento, una mayoría de dos tercios a favor. A su vez se dará paso al Senado, dónde será necesaria una votación a favor por parte de las dos terceras partes de la Cámara.

Llegados a este momento, el Presidente del Gobierno deberá disolver las Cortes. Cuando se establezcan las nuevas Cortes, éstas deberán no sólo ratificar la decisión de las anteriores, sino que además será necesario que se estudie el nuevo texto constitucional y se tramite mediante el procedimiento legislativo ordinario, teniendo presente que tanto en el Congreso como en el Senado, deberá volver a aprobarse por una mayoría de las dos terceras partes de cada cámara. Una vez aprobada la reforma por parte de las Cortes, ésta será sometida obligatoriamente a referéndum para que se apruebe de forma definitiva o no.

### ***La Constitución Española de 1978 establece en su articulado dos procedimientos de reforma, uno ordinario y otro agravado***

Como puede observarse, este procedimiento es sin duda más complicado, ya no sólo porque tenga un referéndum obligatorio al final del mismo, sino porque va a ser imperativo la disolución de las Cortes. Se ha afirmado en bastantes ocasiones, que en España, a pesar de tener dos procedimientos de reforma constitucional, únicamente es viable el procedimiento ordinario, ya que por las características del segundo, éste es imposible de realizar. Pues bien, ante estas críticas al procedimiento agravado ha de comentarse varias cuestiones. En primer lugar, lo que se protege con el procedimiento agravado de la Constitución es lo que hace a la Constitución como tal. Es precisamente por eso que el consenso que se exija en dicha reforma sea más elevado que el que se pueda exigir a la hora de reformar otra de las partes del Texto Constitucional. Desde un punto de vista personal, la disolución de las Cortes supone una garantía de estabilidad constitucional, es decir, las Cortes existentes en un momento dado deciden un cambio, en vez de esperar a

su disolución natural para que se nombren otras y éstas puedan corroborar o intentar deshacer lo que las primeras han decidido cambiar, la propia Constitución se adelanta y decide imponer que se decida por dos Cortes diferentes la aprobación de la reforma. Las críticas a esto han sido bastantes, radicando algunas en que se pide una mayoría desproporcionada sin tener una mayoría alternativa para el caso en el cual no se pudiese alcanzar la estipulada. Pero aquí hay que preguntarse una cosa ¿Es realmente una mayoría tan desproporcionada teniendo en cuenta que se pretende cambiar una parte de las esenciales? No hay que olvidar que la Constitución de 1978 ha sido la más estable dentro de la historia del ordenamiento jurídico constitucional español, y eso ha sido gracias al consenso que se forjó a su alrededor. Lo lógico e idóneo es que sea este mismo consenso el que se consiga si se pretende cambiar, aumentar o suprimir una parte esencial dentro de la Carta Magna. La disolución de las Cortes y la formación de unas nuevas no debería suponer un problema de existir un consenso alrededor de la reforma que se pretende llevar a cabo, que por otro lado es, desde un punto de vista propio, la única manera viable de que la reforma que se pretenda sea exitosa a largo plazo.

## **2. Reformas constitucionales desde la aprobación de la Constitución**

En España nos encontramos con que la Constitución Española de 1978 ha sufrido dos reformas desde que entró en vigor. La primera reforma tuvo lugar en el año 1992. Esta reforma tiene lugar con motivo de la firma del Tratado de la Unión Europea en Maastrich, el cual suponía una modificación del art. 8.B del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea que establecía lo siguiente:

*«todo ciudadano de la Unión europea que resida en un Estado miembro del que no sea nacional tendrá derecho a ser elector y elegible en las elecciones municipales del Estado miembro en el que resida.»*

Las dudas acerca de la incompatibilidad entre este precepto y el art. 13.2 de la Constitución de 1978 eran latentes, tanto así que se consultó al Tribunal Constitucional, concretamente el Gobierno de la Nación inició el procedimiento contenido en el art. 95.2 de la Constitución para realizar esta consulta. El Alto Tribunal afirmó que eran artículos contradictorios y que la reforma constitucional que debía proceder a la hora de modificar el texto constitucional era el procedimiento contenido en el art. 167. (Declaración del Tribunal Constitucional 1/1992).

Por otro lado, la segunda reforma que ha tenido lugar es la del año 2011, consistente en modificar el art. 135 de la Constitución. Lo

que se pretendía era garantizar el principio de estabilidad presupuestaria vinculando a todas las Administraciones Públicas, reforzar el compromiso de Estado con la Unión Europea y garantizar la sostenibilidad económica y social.

### 3. Posibles Reformas constitucionales en España

Durante los últimos años se ha hablado dentro de todo el territorio español de posibles reformas constitucionales, un de ellas y sin duda la que está en auge actualmente es el paso hacia un Estado Federal. Ante dicha idea de implantar en España un Estado Federal cabe plantearse una cuestión básica, ¿acaso no es España un Estado federal? Un importante sector doctrinal considera que España es un Estado federal, mientras que esto es discutido por otro sector doctrinal no menos importante. La realidad es que examinando lo que podría denominarse Estados Federales típicos como son Estados Unidos, Alemania, Canadá, Austria o Australia, encontramos con que estos presentan diferencias respecto del Estado español, pero también presentan notables diferencias entre sí.

En España tenemos como punto de partida que la Constitución de 1978 establece que el Estado es fruto de una única soberanía y no de una unión de territorios previamente soberanos. Siguiendo a esto, tenemos que en las Federaciones existen distintos territorios que poseen una Constitución propia, a la que se la denomina Constituciones federadas, y como norma central del Estado tenemos la Constitución federal, en España esto podemos encontrarlo en cierta medida en los Estatutos de Autonomía, ya que si bien es cierto que las normas estatutarias son normas estatales en la medida en que son aprobadas mediante una Ley Orgánica, una vez aprobado un Estatuto de Autonomía, éste es una norma que encuentra bastantes similitudes con una norma constitucional, pudiendo equivaler sin demasiado problema a las ya mencionadas constituciones federadas.

Otro punto a tratar es el tema competencial, es cierto que en general, cuando se habla de competencias en Estados Federales, hay una división competencial, teniendo la competencia residual los Estados Federados. En España, atendiendo a lo establecido en la propia constitución, la competencia residual va a corresponder al Estado y no a las Comunidades Autónomas, es más podría decirse que es incorrecto decir que la Constitución Española atribuye competencias a las Comunidades Autónomas, ya que la Carta Magna simplemente se limita a admitir y permitir que las Comunidades Autónomas puedan, mediante sus Estatutos de Autonomía, asumir una serie de competencias. Aquí se nota claramente la

diferencia respecto de las competencias establecidas para el Estado, para las cuales no se da simplemente la posibilidad sino que se ya establecen como obligatorias.

Algún autor tiene afirmado que España no es un Estado Federal porque le falta un senado federal, y esto es cierto, ya que en España no existe un senado federal, pero esto no supondría un inconveniente para que España fuese considerado un Estado federal, ya que el único país que cuenta con este tipo de senado es Alemania. Hay que aclarar que el senado federal en sentido propio que existe en Alemania, conocido como Bundesrat, obedece a razones históricas, siendo el único existente en la actualidad. Ni siquiera en Estados Unidos encontramos un senado federal en sentido auténtico, porque en el caso estadounidense, el senado expresa la opinión de uno u otro partido siguiendo, por lo general, la disciplina de voto, pero no expresan la posición de los distintos territorios. En el caso alemán están representados los gobiernos de los distintos Länder y no los partidos (6).

Finalmente el propio Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el tema a raíz de la Sentencia 31/2010 afirmando que España no es un Estado Federal con independencia de algunas características de este tipo de Estados que pueda tener.

Lo que está claro es que España no tiene una Constitución federal, por lo que teóricamente no es un Estado Federal. No obstante, atendiendo a todo lo dicho, podría decirse que en la práctica, España actúa como un Estado Federal en varios sentidos, por lo que cabe la opción de considerarla como un Estado Autónomo, teniendo este una práctica federalista de facto con muchas peculiaridades que lo hacen diferente de un Estado Federal puro.

Una segunda reforma que ha estado durante el pensamiento político durante bastante tiempo, ha sido la idea de reformar el art. 57.1 de la Constitución, el cual está referido a la sucesión al trono. En dicho precepto, como bien es sabido, se establece la preferencia del varón a la mujer, algo que a todas luces va en contra del principio de igualdad que la propia Constitución declara no sólo en el art. 14, sino también en el art. 1 como valor superior del ordenamiento jurídico. Antes de proseguir es necesario hacer un breve inciso ya que lo que ampara la Constitución Española de 1978 no es la Ley sálica, tal y como en muchas ocasiones se tiene escuchado. La ley sálica estaba destinada a impedir que toda mujer pudiese reinar, en la Constitución Española se hace una preferencia por el varón, pero no se impide que reine una mujer a falta de éste, por lo que lo correcto sería decir que en España está presente una Ley sálica moderada, adjetivo que no debe faltar para entender la gran diferencia entre excluir totalmente a la mujer

y preferir al varón, o bien tal y como se le ha denominado en otros países europeos de forma más correcta, una Ley agnaticia.

Este debate en relación con la sucesión al trono ha tenido un consenso prácticamente unánime, sin embargo, en la actualidad, sería una reforma que no tendría demasiada influencia práctica, ya que la descendencia de los Reyes son dos mujeres, por lo que la heredera seguiría siendo la mayor.

No cabe duda de que en esta segunda posible reforma constitucional, el procedimiento que debe seguirse es el recogido en el art. 168, no obstante, más dudas plantea la primera de las reformas. Tendría que plantearse que es exactamente el objetivo que se desea obtener, porque si las modificaciones que se realicen provocan cambios, aunque sean cambios indirectos, en alguna de las partes protegidas por el procedimiento agravado, tendría que utilizarse también el procedimiento del art. 168, si por el contrario los cambios no se mueven fijan exclusivamente en otras partes de la Constitución, dicha reforma podría tener lugar mediante el procedimiento ordinario del art. 167.

### 4. La inclusión implícita del artículo 168 en su procedimiento de reforma

Otro punto a tratar y a tener en cuenta es un asunto algo más peliagudo que analizar los procedimientos de reforma constitucional, y es el siguiente: el propio art. 168, que establece el procedimiento de reforma agravado, no se incluye a sí mismo para las partes de la Constitución que deben seguir este procedimiento de reforma, entonces... ¿sería factible que se reformase el art. 168 mediante el procedimiento ordinario del 167?

Esta es una duda que ha estado latente alrededor del art. 168 durante bastante tiempo por parte de algún autor. En efecto, es evidente que el propio art. 168 no se nombra a sí mismo como uno de los preceptos constitucionales que requerirían seguir su procedimiento de reforma agravado, pero ni mucho menos esto no quiere decir de forma imperativa que debe ser así.

Se ha señalado, de forma acertada, que de producirse esta reforma del art. 168 mediante el procedimiento del 167, supondría un fraude contra el sentido del precepto (7) y por lo tanto un fraude contra la Constitución, o cuanto menos un fraude del sistema de reforma (8),

Además, Redondo García ha afirmado que «de nada hubiera servido todo este debate y la positivización de dicho consenso político si pudiera burlarse tan sencillamente la previsión constitucional mediante la modificación del procedimiento más gravoso a través de la

vía más sencilla. En este sentido la voluntad de los redactores de la Constitución es inducida, ofrecer máxima protección normativa a los elementos definitorios del modelo constitucional y esta voluntad ha de ser tomada en consideración a la hora de interpretar sistemáticamente los preceptos sobre la reforma» (9).

Todo lo que acaba de decirse encierra una realidad implícita dentro de la Constitución, y es que no sería posible atajar por medio del art. 167 una reforma del 168. Hay que tener presente que iría contra toda lógica jurídica constitucional, el entender que un procedimiento de reforma agravado y diseñado especialmente para proteger partes muy concretas de la Carta Magna, entendiéndose que dichas partes son dignas de esta especial protección de la que se les está dotando, pudiera ser reformado por un procedimiento más simple. Todo parece indicar que en el caso de reformarse el propio art. 168, éste debería seguir el procedimiento que el mismo procesa.

Por otra parte hay que destacar la opinión de De Cabo Martín, quien considera que existe un principio jurídico que establece que «la validez de una Norma dependerá de su correspondencia con la forma —y en su caso el contenido— de otra superior. De modo que las normas que regulan la reforma no podrían aplicarse a sí mismas. Es decir, serían irreformables» (10). No obstante, esta opinión no está tan extendida, y aunque resulta muy interesante y posee una buena base, la opinión mayoritaria se decantaría por permitir que los artículos de reforma puedan ser reformados.

#### IV. REFLEXIONES FINALES

A modo de conclusión simplemente destacar una serie de ideas básicas de lo que

se ha hablado. La Constitución Española de 1978 es sin duda una Constitución rígida, que establece en su articulado dos procedimientos de reforma, uno ordinario y otro agravado. A lo largo de la vigencia de la Constitución se han efectuado dos reformas que han seguido el procedimiento ordinario, no habiéndose realizado hasta el día de hoy ninguna modificación constitucional que requiriese seguir el otro procedimiento, el cual no es imposible de realizar, como a veces se afirma, sino que no se da llegado a un acuerdo que debe ser considerado imprescindible para la prosperidad óptima de toda reforma constitucional que se pretenda.

Por lo que se refiere a la reformas que se han sugerido en los últimos años, la más relevante es la relativa a intentar solucionar el problema surgido en la Comunidad Autónoma de Cataluña a través de una reforma constitucional orientada a convertir España en un Estado Federal, esta no es una solución adecuada para terminar con el problema si tenemos en cuenta que, como se ha dicho, España es un modelo de Estado Federal. Otra cosa es que lo que se pretenda es que la Constitución sea una Constitución Federal y mejorar el sistema establecido en ella mediante el establecimiento de una lista única de competencias, como ocurre en los Estados Federales más puros donde se establece una lista de competencias estatales y el resto de deja a los Estados federados, o bien estableciendo un listado dentro de la Constitución de los territorios federados. Esto sí podría ser una solución viable, siempre que la reforma se realice con el consenso necesario entre los territorios, buscando una solución satisfactoria para todos.

#### V. BIBLIOGRAFÍA

— ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de derecho constitucional*, vol. 1 (3.ª Edición), Tecnos, Madrid, 1999.

— CABALLERO SIERRA, G. y ANZOLA GIL, M., *Teoría Constitucional*, Temis, Bogotá 1995.

— DE CABO MARTÍN, C., *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003.

— DE OTTO, I., *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona 1999.

— DÍAZ REVORIO, J., «Perspectivas de reforma de la Constitución Española», *Parlamento y Constitución*, núm. 8, 2004, págs. 11-38.

— DUVERGER, M., *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1967.

— GUDE FERNÁNDEZ, A., «A propósito de la reforma del senado en España: La composición del Bundesrat alemán», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 11, 2001, págs. 129-152.

— JELLINEK, J., *Teoría del Estado (Prólogo y traducción por Fernando de los Ríos Urniti)* (2.ª Edición), Compañía Editorial Continental, S. A., México, 1958.

— REDONDO GARCÍA, A. M., «¿Puede reformarse el art. 168 de la Constitución a través del procedimiento establecido en el art. 167?», *Universidad de Castilla la Mancha*. Disponible en: [http://www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma\\_constitucional/ponencias/anaredondo.pdf](http://www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma_constitucional/ponencias/anaredondo.pdf).

— RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997. ■

#### NOTAS

(1) ÁLVAREZ CONDE, E., *Curso de derecho constitucional*, vol. 1 (3.ª Edición), Tecnos, Madrid, 1999, pág. 145.

(2) JELLINEK, J., *Teoría del Estado (Prólogo y traducción por Fernando de los Ríos Urniti)* (2.ª Edición), Compañía Editorial Continental, S. A., México, 1958, págs. 413-414.

(3) DUVERGER, M., *Instituciones Políticas y Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, 1967.

(4) CABALLERO SIERRA, G. y ANZOLA GIL, M., *Teoría Constitucional*, Temis, Bogotá 1995, págs. 3-4.

(5) RUBIO LLORENTE, F., *La forma del poder. Estudios sobre la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, pág. 57.

(6) A este respecto resulta muy interesante el siguiente estudio: GUDE FERNÁNDEZ, A., «A propósito de la reforma del senado en España: La composición del Bundesrat alemán», *Corts: Anuario de derecho parlamentario*, núm. 11, 2001, págs. 129-152.

(7) DÍAZ REVORIO, J., «Perspectivas de reforma de la Constitución Española», *Parlamento y Constitución*, núm. 8, 2004, págs. 11-38.

(8) DE OTTO, I., *Derecho Constitucional, sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona 1999, pág. 66.

(9) REDONDO GARCÍA, A. M., «¿Puede reformarse el art. 168 de la Constitución a través del procedimiento establecido en el art. 167?», *Universidad de Castilla la Mancha*, pág. 6. Disponible en: [http://www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma\\_constitucional/ponencias/anaredondo.pdf](http://www.uclm.es/actividades0304/seminarios/reforma_constitucional/ponencias/anaredondo.pdf).

(10) DE CABO MARTÍN, C., *La Reforma constitucional en la perspectiva de las Fuentes del Derecho*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 44.

## Tribunal Supremo

## la sentencia del día

TS, Sala Cuarta, de lo Social, S 10 Jun. 2015.

Ponente: Sempere Navarro, Antonio Vicente

LA LEY 92325/2015


 Consulte los textos íntegros en  
 www.diariolaley.es

## El Tribunal Supremo declara ajustada a derecho la exigencia de someter a reconocimientos médicos a los Brigadistas Antiincendios de TRAGSA

La Sala de lo Social ha desestimado el recurso de casación interpuesto por CC.OO., y confirma que es ajustada a derecho la exigencia empresarial de someter a reconocimientos médicos obligatorios a sus trabajadores de las Brigadas Rurales de Emergencias; a pesar de ser la voluntariedad la regla general, los reconocimientos médicos pueden imponerse en este caso excepcional, pues estos trabajadores realizan una actividad, de prevención y extinción de incendios, que es compleja y arriesgada, y requiere de una buena capacidad física y psicológica.

Rechaza el Supremo la demanda de conflicto colectivo que interesaba se declare no ajustada a Derecho la exigencia de la empresa de que los trabajadores pasen reconocimientos médicos, condicio-

nándose la permanencia en la misma además de a su realización, a su superación.

Superado el control del derecho a la intimidad, porque la medida supera el filtro de causalidad, proporcionalidad y previsión legal suficiente, se analiza si supera la controvertida medida el control de la voluntariedad y de sus excepciones. El interés individual de proteger la propia intimidad cede frente a un interés más general: el del resto de compañeros, o incluso de terceras personas. Se trata de valorar el riesgo que supondría destinar una persona sin los requerimientos psicofísicos a peligrosas tareas al desconocerse su estado de salud.

En una actividad como la que desarrollan los trabajadores de TRAGSA en la prevención y extinción de incendios, los criterios se excepción al derecho a la intimidad en cuanto a la obligatoriedad de los reconocimientos médicos que derivan del artículo 22.1 de la LPRL se cumplen de manera adecuada y con suficiente justificación. La prevención y extinción de incendios es una actividad compleja y arriesgada que exige una buena capacidad física y psicológica, por desarrollarse frecuentemente en terrenos accidentados, con muy altas temperaturas y grandes emisiones de humo, y también su trabajo consiste en la prestación de auxilio a personas y cosas en catástrofes y emergencias, de modo que su correcto estado de salud puede evitar o minimizar los peligros derivados del indiscutible riesgo propio del puesto de trabajo, tanto para el propio trabajador como para los terceros.

Tan es así que afirma el Supremo que la detección de enfermedades que conviertan en inadecuadas las tareas encomendadas evitarán que los propios trabajadores puedan tener que ser auxiliados en situaciones de emergencia, haciendo surgir un riesgo para terceros, y por ello, la comprobación de la aptitud o capacidad de los trabajadores para superar determinadas pruebas, permite excepcionar la regla general de la voluntariedad de los reconocimientos médicos. ■

Nota: El texto íntegro de la sentencia está disponible en la edición on line del Diario LA LEY.

### LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL


 NUEVO  
 Elige tu versión


Autor: José Miguel de la Rosa Cortina


 BOSCH

TODAS LAS SOLUCIONES propuestas por la doctrina científica, los criterios de la jurisprudencia y de la Fiscalía General del Estado



 smarteca  
 biblioteca inteligente profesional

VERSIÓN  
DIGITAL  
(smarteca)  
68,76 € (+IVA)



VERSIÓN PAPEL  
con 5% de dto.  
PVP: 80 € (+IVA)  
AHORA: 76 € (+IVA)

Páginas: 616 / Tapa dura  
ISBN: 978-84-9090-031-4

ADQUIERE YA TU EJEMPLAR:


 Wolters Kluwer

902 250 500 tel. / clientes@wke.es  
<http://tienda.wke.es> • [www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)





## Tribuna

Los derechos al honor, intimidad e imagen en la CE española y en las de EE.UU. y Francia

LA LEY 5006/2015

# Los derechos al honor, intimidad e imagen en la Constitución Española y en las de EE.UU. y Francia

María de la Luz LOZANO GAGO

Secretaria Judicial de la Jurisdicción Civil

Cursando Master en Derechos Fundamentales

*La constitucionalización de los derechos al honor, intimidad e imagen en España, Francia y EE.UU. Definición de los mismos como expresión de la reputación y el derecho a la privacidad. Aportaciones de Francia y EE.UU. a la incorporación constitucional de los mismos, y positivización de los mismos en el artículo 18 de la Constitución Española de 1978. La vinculación de los mismos con la dignidad humana: su tutela judicial en los tribunales franceses, estadounidenses, y españoles, acciones ejercitables en orden a aquélla en cada país. «De lege ferenda»: deberían estar recogidos «nominatim» en las respectivas Constituciones, dada su trascendencia.*

## I. ESPAÑA

### 1. Introducción

La dignidad humana, alfa y omega de los derechos fundamentales, que consagra como fundamento del orden político y de la paz social el art. 10 de nuestra Constitución, es también base de los derechos que recoge el art. 18 de la misma: honor, intimidad y propia imagen. La dignidad ha sido entendida por el TC como autodeterminación, en línea con el pensamiento kantiano, y ha de reseñarse que a diferencia de otras épocas históricas el honor no es patrimonio de determinadas clases sociales, sino que toda persona tiene derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen también, pues tal trípole de derechos dimana de la estimable consideración del ser humano como tal, con abstracción de consideraciones atinentes a su status. El TC en sentencia 53/1985, de 11 de abril (Fundamento Jurídico 8.º) la ha definido como autodeterminación, capacidad de la persona para decidir por sí misma su propio destino («la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los

demás»). El propio Tribunal Constitucional español se ha referido de manera explícita al aprecio, que como tal, merece cualquier persona, y se ha referido en este sentido al valor dignidad como «mínimum invulnerable». Merece la pena, así pues, traer a colación sus palabras: «(...) la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre, .... constituyendo en consecuencia un *mínimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona» (1) como ocurría con el honor, sólo los nobles o los aristócratas se consideraban en la sociedad «dignos» o merecedores de consideración propiamente humana. Ello se debe a que los mismos tenían el carácter de cosas *intra commercium*, eran meros bienes que podían intercambiarse, venderse, prestarse. Fue la aparición del cristianismo la que abrió paso a la idea de la igual dignidad del ser humano, se fuese pobre o rico, noble o plebeyo. La noción de dignidad se erige así en óbice frente a la cosificación del hombre. Puede decirse que hunde sus raíces el nacimiento de los derechos humanos en la doctrina cristiana, al menos en lo que a Occidente se refiere. En este orden de cosas, converjo

en que la filosofía metafísica kantiana es la que ha calado en la propia ciencia jurisprudencial. En efecto, el TC al definir la dignidad en términos de «igual libertad del hombre» no está sino acogiendo los principales valores morales kantianos. Libertad e igualdad. En efecto, la noción de dignidad humana se vincula con «el respeto incondicionado que merece todo individuo en razón de su mera condición humana, es decir, independientemente de cualquier característica o aptitud particular que pudiera poseer» (2).

### 2. Evolución en la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos del artículo 18 y del artículo 20 de la Constitución: honor, intimidad e imagen versus libertades de expresión e información

El art. 18 de la Constitución española carece de precedentes en el Constitucionalismo histórico, y no todas las constituciones, en Derecho comparado, reconocen los derechos fundamentales que en el mismo se consagran.

El TC, según Herrero Tejedor (3), en su doctrina jurisprudencial, ha experimentado una notable evolución, atravesando fundamentalmente tres fases: En la primera se daba una tutela hegemónica de los derechos al honor, intimidad y propia imagen del art. 18 de la Constitución por considerar que eran inseparables de la dignidad humana que consagra a su vez el art. 10 de nuestro texto constitucional, pasando por una segunda etapa intermedia en la que se produjo una inversión, dándose protección prioritaria a los derechos de libertad de información y expresión por cuanto coadyuvaban a la formación y expresión de una opinión pública libre y plural (2) algo consustancial a todo Estado democrático, hasta que a partir de la Sentencia de 6 de junio de 1990, recaída en el caso «José María García», se abrió paso la llamada tesis de «La tutela condicionada de los derechos a la libertad de expresión e información», en la que se adujo que ya no cabía dar una protección tan omnímoda a ambas libertades, sino que ésta había de hallarse condicionada por el amparo que a su vez merecían los derechos al honor, intimidad e imagen por cuanto los mismos forman parte de la esfera privada de las personas, siendo asimismo de rango fundamental como aquéllos. La última doctrina del TC apuntaba pues a que la libertad de expresión del art. 20 de la CE debía prevalecer con el límite siempre del honor del art. 18 CE, que a su vez se sustentaba sobre la base de la dignidad humana del art. 10 de la CE (asimismo, la libertad de información se limitaba con la veracidad u obligación diligente que incumbía al informador de haber contrastado la verosimilitud de la información; por tanto, no entendida como verdad absoluta). Esta fue la tesis que imperó desde 1990, tras la reso-

lución del Caso «José M.<sup>a</sup> García». Pues bien, en medios de comunicación de masas, como la tv o Internet, estamos asistiendo no ya a una relativización, sino a una progresiva erosión (que en la Red deviene en aniquilación) de los derechos al honor, a la intimidad y a la imagen. Los tipos penales de los art. 205 (calumnias), 208 (injurias) y 620 (faltas leves de injurias entre otras) como es bien sabido, sólo son perseguibles a instancia de parte.

Asimismo, estos derechos al honor, a la intimidad y a la imagen se han desarrollado a través 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.

#### A) Honor

Se trata de un concepto jurídico indeterminado, que ha sido definido en diversas sentencias del TC:

— STC 204/2001: «El art. 18.1 de la CE otorga rango constitucional a no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás».

— STC 145/1989: «El contenido concreto de este derecho es dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento».

— STC 185/1989: «... las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para saber si se ha producido o no lesión».

El denominador común de todos los ataques al honor sería el siguiente: «el desmerecimiento en la consideración ajena» (STC 223/1992)

Refieren Vilalta y Méndez que el derecho al honor es el derecho de toda persona a la propia estimación, al buen nombre y reputación (4). Confiere a su titular el derecho a no ser humillado ante uno mismo o ante los demás (5). Según estas autoras la doctrina científica y jurisprudencial ha aceptado de forma unánime la definición italiana del honor: dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Se integra, pues, en dos características:

a) El de la inminencia o estimación que cada persona hace de sí misma.

b) El de trascendencia o reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad.

El principal problema que plantean las lesiones del derecho fundamental al honor es su objetivación. Precisamente por ello, es espe-

cialmente interesante el elenco de supuestos en que el Tribunal Supremo ha considerado que se vulnera el mismo objetivamente, sin mayores análisis:

Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo pueden enumerarse algunas circunstancias cuya especial dureza deshonraría a cualquier individuo respecto del que se predicasen y que por lo tanto tendrían la consideración de circunstancias objetivamente lesivas del derecho al honor. Son las siguientes:

a) la asociación de una persona con el tráfico de drogas [STS 29 de abril de 1994 (LA LEY 27290-JF/0000)];

b) predicar respecto de una persona presuntas simpatías hacia delincuentes [STS 17 de noviembre de 1992 (LA LEY 256-5/1993)];

c) relacionar a una persona con el ejercicio de la prostitución [STS de 4 de octubre de 1993 (LA LEY 22939-JF/0000)];

d) relacionar a una persona con la práctica de la homosexualidad [STS 2 de diciembre de 1993 (LA LEY 13560/1993)]

Piénsese por ejemplo en los insultos que se difunden en foros en Internet, muchas veces hechos por personas que se acogen al anonimato que permite el empleo de un apodo o nick, y a veces yendo más lejos, atribuyéndose una identidad falsa (posible delito de usurpación de estado civil en caso de auto-atribución de un nombre y apellidos ajenos) En cualquier caso, la Red deviene en un medio hábil para procurarse una mayor impunidad a la hora de injuriar públicamente a alguien, pues permite la ocultación o incluso la sustitución de la propia identidad. Incluso se llega a cierta deshumanización, pues se acaba pensando que si no se insulta a una persona aludiendo a su nombre y apellidos, pues el hecho no merece la calificación de injuria. Esto último sólo es así si se hace alusión a otra persona sin identificarla, pero si se aportan datos que en el contexto permiten la identificación, sí habría que entender cometido el delito o falta en su caso. Además, ex art. 212 del Código Penal, es responsable solidario del delito de calumnia e injuria el propietario del medio de difusión (entiéndase webmaster, de modo que si el mismo no retira el contenido injurioso se puede considerar que colabora con la comisión de la infracción penal) Ahora bien, aun así se plantea un problema de Derecho Procesal Penal, pues ¿cuál sería el lugar dónde se ha cometido el delito? —que determinará a su vez la competencia judicial—. La competencia vendría por ende determinada por el lugar donde radicare la sede editora del foro. En cualquier caso, la estadística nos dice que son escasos los supuestos en que ha recaído sentencia favorable al injuriado.

Aquí los obstáculos procesales señalados más arriba se vuelven en contra del demandado (siempre que resida en España. En tal sentido el art. 52 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dice que «en materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales será competente el tribunal del domicilio del demandante». Por tanto dado el supuesto del inconveniente al que nos referimos más arriba parece más aconsejable optar por la vía civil que por la penal.

#### B) Intimidad

Otro riesgo que se corre en Internet es el referente a intromisiones ilegítimas en la intimidad. Según la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2.<sup>a</sup>, No. 73/1982, «la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren (6). El art. 12 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 reza lo siguiente: «Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

En caso de atentados a la intimidad en Internet siempre podrá acudir a la Agencia de Protección de datos, presentando la oportuna reclamación (7).

#### C) Imagen

El derecho de imagen se ha desarrollado a través 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. La Ley regula de manera más detallada el derecho de imagen y lo protege civilmente frente a todo tipo de intromisión ilegítima. La intromisión ilegítima se entiende como la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos.

Las únicas utilidades que podrían concedernos la posibilidad de hacer uso de la imagen de un tercero sin necesidad de su consentimiento son:

— Cuando se trate de personajes públicos en actos públicos.

— La utilización de la caricatura de dichas personas.

— La información gráfica sobre un suceso público cuando la imagen de una persona aparezca como meramente accesorio.

Es la propia persona la que delimita el contenido de su propio derecho a la imagen a través de su voluntad, por lo que si la reproducción de la misma se efectúa sin su consentimiento, habrá una intromisión ilegítima asimismo en su derecho a la imagen y en su consecuencia podrá accionar para instar su cesación y la correspondiente indemnización.

#### D) Privacidad

Por su parte, el apartado 4 del art. 18 de nuestra Constitución que recordamos a continuación: «4. 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». Según el Tribunal Constitucional se recoge en el mismo un derecho fundamental autónomo: el derecho a la protección de datos de carácter personal, también denominado "derecho a la privacidad", considerando a su vez que «preserva un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, el cual es necesario para mantener una calidad de vida mínima».

El art. 16 de la Ley de Servicio de la Sociedad de la Información dispone que «los prestadores de un servicio de intermediación no serán responsables de la información almacenada a petición del destinatario siempre que:

No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información facilitada es ilícita o de que lesiona bienes o derecho de un tercero.

Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos.

Ello implica, que sólo habría responsabilidad si una vez publicado el comentario y alertado el foro o Web del carácter difamatorio, injurioso u ofensivo, no se adoptasen por éste las medidas oportunas para censurarlo, y ello sin olvidar, que en un foro o red social la publicación de la opinión es automática y sin filtros previos, y en páginas webs es el administrador quién acepta, abre y publica, lo que significa que el lapso temporal para exigir una actuación diligente será diferente en uno y otro caso.

A la vista de lo anterior, parece claro que si el administrador no extrema las precauciones y ejerce un mayor control sobre las opiniones y comentarios alojados, podrá exigírsele responsabilidad en virtud de lo dispuesto en la propia Ley de Servicio de la Sociedad de la Información, la cual reconoce en su articulado que «los prestadores de servicios de la sociedad de la información están sujetos a la responsabilidad civil, personal y administrativa establecida con carácter general en el ordenamiento jurídico».

### 3. Reflexión final

Como humanos que somos, tememos muchas veces más a la difusión masiva de los insultos que propiciaría sin duda un juicio público, que a la ofensa material en sí: A lo que se denomina coloquialmente «el efecto ventilador». Hay que tener presente que los delitos de calumnias e injurias son perseguibles únicamente a instancia de parte, mediante la presentación de la oportuna querrela. Nos hallamos ante la paradoja de que un proceso inicialmente instaurado para reparar el daño, a la postre lo multiplique (el propio CP sanciona con mayor pena las calumnias e injurias si se hacen con publicidad) Los propios medios de comunicación, léase «prensa rosa» o «del corazón» y demás programas sensacionalistas o revistas de la misma índole, coadyuvan a la degradación de estos derechos fundamentales, lo que da lugar a una abundante litigiosidad. Si bien de acuerdo con la ley cada persona traza su propia esfera de intimidad, imagen con sus actos, y no ha de reconocerse la misma amplitud de contenido a un personaje público en un escenario público que a un particular, ello tampoco debe suponer una ablación injustificada de los mismos en aquellos supuestos. La dignidad humana que consagra el art. 10 de nuestra norma fundamental es un valor o principio axiológico universal y que ha de predicarse en general de todas las personas. Por otro lado, hoy día asistimos a través de dichos «mass media» a una progresiva trivialización de estos derechos que, efectivamente, como sostiene el Tribunal Constitucional, son imprescindibles para tener «una mínima calidad de vida humana», por lo que su banalización supone sin duda un detrimento de ésta, por lo que es importante no olvidar la relevancia de los mismos, y que los mismos también son expresión de libertad («mi libertad empieza donde termina la tuya»), y a su vez expresión de derechos humanos básicos, por lo que una recesión sociológica en su valoración ha de considerarse grave, y los tribunales deben actuar firmemente al respecto, en mi opinión.

Lo dicho y en síntesis: malos tiempos para la dignidad humana.

## II. FRANCIA

En términos históricos, son los juristas franceses los primeros en elaborar la noción de los derechos de la personalidad, entre los que se inscribe el derecho a la vida privada. Los tribunales galos en su jurisprudencia, aplicando las disposiciones del Código Civil relativas a la responsabilidad extracontractual, fueron asegurando el respeto a aquélla. No obstante, hasta 1970 no nos topamos una ley específica sobre la materia.

La labor de la jurisprudencia puede resumirse del siguiente modo:

a) La configuración de la noción de daño moral.

b) El intento por extender al máximo los difusos fenómenos de la reproducción y difusión abusiva de la imagen.

c) El intento, aunque ajeno al sistema normativo vigente, de dar forma a los conceptos de *respect de la vie privée* y de *intimité de la vie privée*.

d) La construcción de técnicas de defensa que fueran más allá del acostumbrado recurso al resarcimiento de los perjuicios, entre las que pueden citarse las providencias para hacer cesar de manera directa la difusión de ciertas noticias, la divulgación de cartas confidenciales o la reproducción abusiva de imágenes (8).

Abundando en la ley de 17 de julio de 1970 (puesto que en la Constitución francesa no hallamos ningún precepto como el art. 18 de la CE, que consagre expresamente los derechos fundamentales al honor, la intimidad personal y familiar, y la propia imagen), introdujo en el Código Civil francés una disposición según la cual cada uno tiene derecho al respeto a su vida privada. Más exactamente, en su art. 9: «Cada uno tiene derecho a su vida privada. Los jueces pueden, sin perjuicio de la reparación del daño sufrido, prescribir medidas tales como el secuestro, el embargo, y aquellas otras adecuadas para impedir o hacer cesar un atentado a la intimidad de la vida privada». Una de las novedades más importantes que esta Ley introduce es la sustitución de la expresión consagrada por la jurisprudencia francesa «atentados a la vida privada» por la de «atentados a la intimidad de la vida privada», lo que reduce el extenso ámbito que abarca la noción vida privada al círculo o esfera más secreta de la persona. No obstante, la jurisprudencia francesa sigue poniendo el acento en la cuestión de la intromisión, y su carácter intolerable, que en la determinación del bien jurídico que resulta lesionado. Además, debe tenerse en cuenta que el Código civil francés no regula el derecho a la imagen, sino únicamente el derecho a la intimidad. En el Derecho francés, la protección, vg, de la propia imagen se hace, o bien desde la perspectiva del derecho a disfrutar de la vida privada, reconocido en el art. 9 de su Código Civil o bien dentro del haz de facultades comprendidas dentro del derecho de propiedad.

## III. EE.UU.

Para los juristas estadounidenses Warren y Brandeis, las emociones humanas extendieron el ámbito de la inmunidad personal más allá del cuerpo humano. Primero, la reputación o fama entre iguales encontraría eco en las leyes sobre libelo y difamación. Después las relaciones familiares del hombre llegarían a constituir el ámbito

de su privacidad y más específicamente de su intimidad. Ya en su época, ambos advirtieron del «demonio de la invasión de la intimidad por la prensa» y de la necesidad de que los jueces del *common law* reconociesen la tutela a la intimidad ante dichas intromisiones a través de la acción por daños. Hay que agregar que la palabra privacidad no aparece ni en la Constitución estadounidense ni en sus primeras diez enmiendas (conocidas como «Carta de derechos»). Fue la Corte Suprema la que encontró que tanto la Carta de Derechos como la 14.<sup>a</sup> Enmienda a la misma, protegen el derecho a la privacidad relacionado con la libertad de asociarse, la integridad corporal, y las decisiones individuales acerca de la educación, la vida familiar y la sexualidad. En EE.UU. los términos privacidad y libertad se entremezclan. Como

en Francia, los ataques en este sentido tienen posible respuesta a través de la acción civil por responsabilidad extracontractual. En el Derecho estadounidense se recogen expresamente cuatro acciones en materia de los derechos objeto de nuestro estudio: frente a la intromisión en la reclusión (o vida privada), la apropiación del nombre o la figura, la distorsión de la imagen y la difusión pública de hechos privados. A su vez, la ley ha colocado límites para la indemnización por daños dimanantes de este tipo de intrusiones, como pueden ser la expectativa razonable de privacidad, la ausencia de interés público o informativo, el requisito de la información ofensiva.

#### IV. CONCLUSIONES

Llama la atención que la constitucionalización de los derechos al honor, intimidad e imagen, plena en España, brille por contra por su ausencia en las Constituciones de países como EE.UU. o Francia, que son quizá de los que más aportaciones han hecho a su constitucionalización. Sin embargo, tal omisión ha sido suplida por vía jurisprudencial en estos dos países.

No obstante ello, entiendo de la máxima importancia que derechos de tal envergadura tengan un reconocimiento constitucional expreso y «nominatim» en las Constituciones de todo el mundo, máxime en los tiempos que corren, en los que el riesgo de desconocimiento y lesión de los mismos es notorio como se ha expuesto *ut supra*. En este sentido, la labor del constituyente español puede considerarse plausible. ■

#### NOTAS

(1) STC 190/1990

(2) Bayertz, pág. 824

(3) Intimidad, honor y propia imagen, Herrero Tejedor, monografía, Colex.

4. La información no sólo protege un interés individual, sino que entraña «el reconocimiento y

garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político» (STC 104/1986, caso Soria Semanal).

(4) ATC 106/26 de noviembre de 1980 y ATC 13/21 de enero de 1981.

(5) STC 85/1992 (LA LEY 1915-TC/1992), de 8 de junio.

(6) BOE de 29 de diciembre de 1982.

(7) www.agpd.es

(8) Revista de Derecho, Vol. XI, diciembre 2000, págs. 103-120.

ESTUDIOS E INVESTIGACIONES

EL CONCEPTO DE DERECHO A LA VIDA PRIVADA EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN Y EUROPEO por Christian Suárez Crothers\*

► NOVEDAD EN VERSIÓN PAPEL O DIGITAL

## LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN O RETORNO DE MENORES EN LOS SUPUESTOS DE SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL



Autora: Sonia Calaza López

**5%**  
descuento

ELIGE  
TU  
VERSIÓN

### Herramienta imprescindible para un tema conflictivo y complejo poco tratado por la doctrina

Analiza los procesos españoles de sustracción internacional de menores o acciones de restitución directas (procesos —civiles y penales— destinados a la concreción, identificación, verificación y declaración judicial de la licitud o, en otro caso, de la ilicitud del desplazamiento y retención transfronterizos) con estudio de otros procesos relacionados. El análisis de la jurisprudencia es importante como método de acercamiento al problema desde planteamientos prácticos.

Págs.: 384 / ISBN: 978-84-9020-385-9 / Rústica.

**VERSIÓN PAPEL:** 59,62 € (+IVA)  
**AHORA:** 56,44 € (+IVA)

**VERSIÓN DIGITAL (smarteca):**  
51,24 € (+IVA)  
**AHORA:** 48,68 € (+IVA)

**Wolters Kluwer**  
LA LEY

**ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:**

902 250 500 tel. / clientes@wke.es

**PAPEL:** https://tienda.wolterskluwer.es / **DIGITAL:** www.smarteca.es

Wolters Kluwer

Tu mejor socio





## Corresponsalías autonómicas

Cataluña

Cataluña



Pol SOLÀ  
Corresponsal

## Juzgados el ex alcalde de Lloret de Mar y un empresario ruso por prevaricación y cohecho

LA LEY 172835/2015

*El Tribunal Superior de Justicia de Catalunya (TSJC) ha juzgado al ex alcalde de Lloret de Mar (Girona) y ex diputado de CDC en el Parlament Xavier Crespo por prevaricación y cohecho, juntamente con un ex teniente de alcalde y un empresario ruso. La Fiscalía Anticorrupción acusa a Crespo de beneficiar irregularmente a la empresa rusa en un proyecto urbanístico, a cambio de regalos como un reloj de lujo, un viaje a Moscú para él y su familia y patrocinios para los clubs de fútbol y hockey patines de la localidad.*

La fiscalía pide dos años y medio de cárcel para Crespo y al final del juicio rebajó la petición de pena para el empresario ruso Andrei Petrov de dos a un año de prisión, de dos años y un mes a un año para la arquitecta de este, Pilar Gimeno, y de dos a un año para el ex presidente del club de hockey Joan Perarnau. El ministerio público mantiene la petición de pena para el ex teniente de alcalde Josep Valls.

Los hechos comenzaron en 2006 cuando el Ayuntamiento de Lloret, con Crespo de alcalde, firmó un convenio con la empresa Zulueta, S.L., para urbanizar la antigua plaza de toros, donde se tenía que hacer un aparcamiento público, un equipamiento municipal y un supermercado, entre otros. El convenio fue aprobado por el pleno municipal y la Comisión de Urbanismo de Girona a finales de 2006. En la primavera de 2007, la empresa DDC, propiedad de Andrei Petrov, con ciertos vínculos con la mafia rusa, subrogó el convenio, cosa que fue aceptada por la Junta de Gobierno de Lloret agosto de 2007.

Poco tiempo después, Petrov contactó con Crespo y Valls a través de la arquitecta Pilar Gimeno, que trabajaba para el empresario ruso y era amiga del alcalde. Tras conocerse, los tres individuos mantu-

vieron varias reuniones en las que, según la fiscalía, Crespo y Valls dijeron a Petrov que «podría obtener facilidades administrativas» en la construcción de la antigua plaza de toros «a cambio de determinados favores «y de» tratar bien «los dos cargos municipales.

Por ello, según la Fiscalía, Petrov invitó en febrero de 2008 Crespo, su mujer y su hijo, así como Gimeno, su marido y su hijo, en un fin de semana en Moscú, con todo pagado, viaje valorado en unos 5.000 euros.

Uno de los tratos de favor de Crespo y Valls a Petrov fue que el Ayuntamiento no exigirle el aval de 1,9 millones de euros pactado en el convenio para la correcta ejecución de las obras. La escritura de obra nueva no se realizó hasta que terminaron los trabajos, lo que también incumplía el convenio. De hecho, según la fiscalía, DDC comenzó las obras antes de haberse aprobado el proyecto, lo que era 'conocida y consentida' por Crespo y Valls, según los fiscales.

Los dos concejales también le pidieron o exigir a Petrov que patrocinara durante cuatro años con 60.000 y 30.000 euros por temporada los clubs de hockey patines y fútbol de la localidad, respectivamente. Se da la circunstancia de que Crespo fue pre-

sidente del club de hockey tres años, antes de ser alcalde, y en la época de los hechos lo era Juan Perarnau, también acusado, y la mujer de Crespo era la vicepresidenta. Por su parte, Valls era el presidente del club de fútbol, además de regentar el bar del campo. También tenía otros familiares dentro del club. En total, Petrov terminó pagando de 2007 a 2010 un total de 270.000 euros a las dos entidades.

En septiembre del 2010 Crespo convocó una comida en el restaurante Botafumeiro de Barcelona con Valls y Petrov porque el alcalde había oído noticias que decían que el empresario ruso no estaba del todo contento con la actuación del Ayuntamiento en relación a las obras de la plaza de toros. Crespo y Valls volvieron a insistir en Petrov que sigue patrocinando los dos clubs aquella temporada, pero Petrov no cumplió el cuarto año comprometido. El 10 de septiembre de 2010, con motivo del aniversario de Crespo, Petrov le habría regalado un reloj valorado en 2.200 euros.

Todos estos donativos y regalos habrían sido, según la fiscalía, para que Petrov ahorrara dinero en la licencia de obras. El 2 de marzo de 2009, Pilar Gimeno pidió en nombre del empresario una rebaja del coste de la licencia, que era de 267.500 euros.

La ordenanza municipal establecía una exención del 95% del coste para aquellas obras realizadas o promovidas por organismos o empresas públicas destinadas a vivienda protegida o tutelado, centros de asistencia primaria, escuelas, bibliotecas u otras construcciones de especial interés municipal. También podía haber una bonificación del 50% en las obras de especial interés municipal que aprobara el pleno del Ayuntamiento siempre que fueran reparaciones y mejoras exteriores, obras interiores de conjuntos históricos y artísticos reconocidos o la reparación de inmuebles afectados por patologías estructurales.

Por ello, según la fiscalía, Crespo y Valls convencieron a sus compañeros de CiU y los concejales del PP para que votaran a favor de la calificación de las obras como de especial interés municipal y reducir la cuota de la licencia al 50%. El ministerio público considera que el resto de concejales que votaron a favor de esta propuesta desconocían que Petrov habría sobornado Crespo y Valls.

El secretario y el interventor del Ayuntamiento alertaron verbalmente al alcalde Crespo que la bonificación sería conflictiva y supondría un mal precedente. La unidad de inspección del consistorio emitió un informe donde decía que las obras no se podían incluir en los supuestos de bonificación de la licencia.

La propuesta, «radicalmente ilegal» según el fiscal, se aprobó en el pleno del 3 de abril de 2009, en ausencia de Crespo por intervención quirúrgica. Esto supuso un perjuicio de 133.000 euros para el Ayuntamiento.

Por otra parte, el 3 de diciembre de 2010 el Ayuntamiento y la empresa de Petrov, DDC, suscribieron otro convenio por el que la empresa construiría aparcamientos tanto en un terreno suyo como en subsuelo público y, a

cambio, obtendría la concesión de 82 plazas durante 25 años. La empresa inició las obras sin haber presentado los avales pertinentes, lo que Petrov y Gimeno sabían y que Crespo y Valls permitieron. ■

## breves

En Cataluña



LA LEY 172844/2015

### 30 años de prisión para un profesor por abusar de seis niñas en una escuela rural

La Audiencia de Barcelona ha condenado a 30 años de prisión a un profesor de primaria por abusos sexuales a seis niñas de entre seis y ocho años en dos escuelas de la Zona Educativa Rural del Montseny (Barcelona). El Tribunal también ha condenado al profesor a siete años de libertad vigilada desde el momento que salga de la cárcel, a indemnizar con 10.000 euros a cada una de las menores a través de sus representantes legales y le inhabilita para ejercer como profesor durante diez años más.

Los hechos se remontan a febrero del año pasado, cuando una de las víctimas alertó a su madre de los abusos. Durante una exploración en el hospital de Can Ruti de Badalona para comprobar que lo que decía la niña era verdad, salieron los nombres de otras posibles víctimas. Así, las familias de las víctimas denunciaron los hechos en julio y el juez imputó al maestro después de tomarle declaración. La Conselleria de Educación acordó apartarle de sus funciones docentes.

Los magistrados dan validez al relato de las víctimas y consideran probado que el maestro hizo tocamientos a las niñas en la zona genital y les invitaba a sentarse en su regazo durante las actividades de lectura o de juegos, cuando la actividad entre el profesor y la alumna era más cercana.

El Tribunal sostiene que «cuando una menor de edad es sometida a un abuso sexual de forma continuada, viciada por una relación de abuso de superioridad con incapacidad para poder reaccionar, está sufriendo un ataque muy grave a su dignidad y autoestima, lo que provoca daños psicológicos». Los magistrados apuntan a que cinco de las alumnas han tenido que cambiar de escuela, han tenido que someterse a sesiones psicológicas y que, al tener que cambiar de escuela, han modificado su proyecto de vida, ya que algunas han cambiado hasta incluso de domicilio.

«Los hechos son graves, las edades cortas y, aunque no se aprecian secuelas psicológicas, los peritos no descartan su posible influencia en su desarrollo sexual futuro», se señala en la sentencia. El Tribunal también apunta que no hay «ninguna prueba ni indicio» de que las chicas quisieran «ir en contra de su profesor», ya que ninguna circunstancia avala una tesis conspiratoria por parte de las chicas ni de sus familias.

El Tribunal desestimó la petición de las acusaciones de ordenar el ingreso en prisión preventiva del acusado a la espera de que se resuelvan los recursos. No obstante, ha acordado prohibirle que salga de España, que entregue el pasaporte, que comparezca en un juzgado cada 15 días y le prohíbe comunicarse con las víctimas.



LA LEY 172847/2015

### Pagan 21.000 euros a un paciente por dejarle una grapa dentro del cuerpo durante una operación

Un juzgado de Reus (Tarragona) ha condenado a un cirujano y a la mutua sanitaria Fiatc a indemnizar con 21.056 euros a un paciente por las secuelas derivadas de una intervención de hernia inguinal practicada en el Hospital de Sant Joan en 2006. El afectado, que entonces tenía 27 años, fue intervenido mediante la técnica de laparoscopia pero empezó a sufrir molestias «inusuales e impropias». La causa era una grapa que se había quedado en su cuerpo durante la operación y que no le extrajeron hasta cuatro años después, a pesar de sus quejas de dolor y un bulto aparecido en la zona operada.

A raíz de estos síntomas, el paciente acudió al doctor en varias ocasiones durante los siguientes cuatro años, pero éste consideró que se debían a «cicatrices internas», restándole importancia.

Gracias a una radiografía posterior se detectó que una de las grapas utilizadas para sujetar la malla colocada en la intervención quirúrgica se había despegado y se había quedado dentro del cuerpo del joven, siendo la causa del dolor que presentaba.

Tras confirmar con dos facultativos que ésta era la causa de sus dolores, el afectado volvió a la consulta del doctor responsable de la intervención, «que volvió a restar importancia a las molestias y al bulto, y negó toda posibilidad de desprendimiento y migración de las grapas». Además, el joven grabó la conversación. Con posterioridad, ya en 2010, otro doctor intervino quirúrgicamente el joven para extraerle la grapa.

De forma previa a la interposición de la demanda, se solicitó judicialmente al doctor responsable de la primera intervención la aportación de la historia clínica del paciente. Sin embargo, en el curso clínico el facultativo habría consignado una versión «totalmente diferente del transcurso de la última visita».

En la sentencia, que los demandados no han recurrido, la juez valora la actuación médica deficiente del cirujano, con respecto al seguimiento médico del paciente y la falta de interés respecto a sus quejas. Destaca especialmente también la alteración del contenido de la última visita que el doctor consignó en la ficha clínica en relación al contenido de la grabación de la visita, la audición de la cual fue admitida en el juicio.

## Audiencia Provincial

AP Albacete, Secc. 2.ª, S 220/2015, 2 Jun.

Ponente: Montalvá Sempere, M.ª de los Ángeles

LA LEY 83395/2015



# Absuelta por apropiación indebida, hurto y daños la esposa que se llevó del domicilio conyugal, tras el divorcio, bienes de la sociedad de gananciales aún no liquidada

**Situación de indefinición del patrimonio común, siendo la acusada titular indistinta e indeterminada de un conjunto abstracto de bienes «totum ganancial» junto al denunciante, sin tener ninguno de ellos derecho actual a una cuota. Esa comunidad que se disuelve por disolución del matrimonio persiste en la indefinición en tanto no se liquide con su previo inventario, avalúo y posterior adjudicación.**

*El matrimonio formado por la acusada y el denunciante residía en el domicilio que fue conyugal y privativo del marido. Tras el cese de la convivencia, la esposa permaneció en la vivienda hasta la ejecución de la sentencia de divorcio, siendo requerida para desalojar la misma. Transcurrido el plazo concedido se marchó de la misma, llevándose sus enseres personales y privativos, ajuar y otros bienes propiedad de la sociedad de gananciales que no había sido liquidada, siendo ayudada por varios familiares –padres y hermanos–, que han sido acusados por tal causa.*

*El MF en sus conclusiones definitivas calificó los hechos como constitutivos de apropiación indebida del art. 252 CP y un delito de daños del art. 263 CP, mientras que la acusación particular lo hizo, además, por hurto del art. 234 y 235 CP, proponiendo penas de hasta 6 años de prisión.*

*No obstante, la Sala ha absuelto tanto a la acusada como a sus familiares por todos los delitos imputados.*

*Comenzando por el delito de apropiación indebida, recuerda la AP los elementos constitutivos del tipo penal y sus modalidades, clasificándolas en: 1º/ La conducta de apropiación con ánimo de lucro; 2º/ La de distracción dando a la cosa un destino distinto; Y 3º) amén de la tradicional relativa a hacer propio lo recibido de otro por determinado título, también la administración desleal consistente en disponer de cualquier forma de bienes que integran un patrimonio ajeno en perjuicio del titular de éste.*

*También trae a colación el art. 1344 CC que establece que: «Mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para el marido y la mujer las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que le serán atribuidos por mitad al disolverse aquélla».*

*Pues bien, explica el Tribunal que esta comunidad matrimonial de bienes, según la concepción de comunidad de tipo germánico o propiedad en mano común, implica un patrimonio autónomo separado y común, del que serían titulares indistinta e indeterminadamente ambos cónyuges sin tener ninguno de ellos el derecho actual a una cuota, es decir, se trataría de un conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el totum ganancial.*

*Por tanto, la acusada era titular indistinta e indeterminada de ese totum ganancial junto al denunciante sin tener ninguno de ellos derecho actual a una cuota. Y esa comunidad que se disuelve (entre otras causas) cuando se disuelve el matrimonio persiste en esa indefinición en tanto no se liquide con su previo inventario y avalúo y posterior adjudicación.*

*En consecuencia, la Sala interpreta que la acusada no cometió el delito que se le imputa, ni en su modalidad de distracción, cuando, sumida en esa indefinición y cotitular de esos bienes sin derecho actual a cuota hasta que no se liquide la sociedad, desaloja la vivienda que fue domicilio conyugal llevándose a la vez sus bienes personales y ajuar, así como el resto de mobiliario y electrodomésticos.*

*En esa indefinición sin derecho a cuota cuando la acusada traslada el mobiliario, no puede saberse cuál era la situación económica del matrimonio en el momento en que se presenta la denuncia y si se hubiese podido por ejemplo compensar el valor de dicho mobiliario con otros bienes en favor del esposo denunciante.*

*De hecho puntualiza la Sala que ha sido la acusada quien solicita esa liquidación en la que propone una liquidación con un activo que asciende a 417.377,58 € y un pasivo de 30.333 €. Es decir que indiciariamente existe un pingüe activo esclarecedor de todo ese maremágnum vigente cuando denuncia el esposo que impide apreciar la comisión delictiva.*

*No cabe tampoco hablar de delito de hurto si falta la ajeneidad, ni de daños si falta el ánimo damnandi, por lo que la AP descarta, en el caso, cualquier ilícito contra el patrimonio, tanto por tratarse de bienes comunes o al menos de disponibilidad conjunta, como por falta de dolo o intencionalidad despatriomizadora.*

*No se infiere, asevera la Sala, el «saqueo» -en palabras de la acusación particular-, ni destrozos más allá de lo que exige la desinstalación por ejemplo de electrodomésticos o lámparas, ya que esos daños son los deterioros propios de la retirada de los enseres indicados, sobre todo cuando se trata de mobiliario unido indeleblemente al inmueble, como los de cocina. En conclusión, no se advierten deterioros propios de una intencionalidad aviesa o extraña a la mudanza realizada por los denunciados.*



## Tribunal Supremo

TS, Sala de lo Civil, S 158/2015, 1 Abr.

Ponente: Orduña Moreno, Francisco Javier

LA LEY 89112/2015

Consulte los textos íntegros en  
www.diariolaley.es

# Alcance de la presunción de la contratación del transporte en nombre propio previsto por el artículo 5 de la LCTTM

**La Sala en interpretación del artículo 5 de la Ley del contrato de transporte terrestre de mercancías, ayuda a clarificar la posición contractual de los transitarios, operadores de transportes y demás personas que intermedien en el transporte, mediante la aplicación rigurosa de la presunción establecida por el precepto citado.**

*El Tribunal Supremo ha desestimado íntegramente los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por un transportista en los que como cuestión de fondo, planteaba la interpretación del artículo cinco de la Ley 15/2009, de 11 noviembre, del contrato de transporte terrestre de mercancías, en relación al alcance del carácter presupuesto de la contratación del transporte en nombre propio.*

*El recurrente como consecuencia del impago de los servicios de transporte realizados en un porte reclamaba en la demanda original la condena solidaria de dos mercantiles: la propietaria de la mercancía y la comisionista del transporte.*

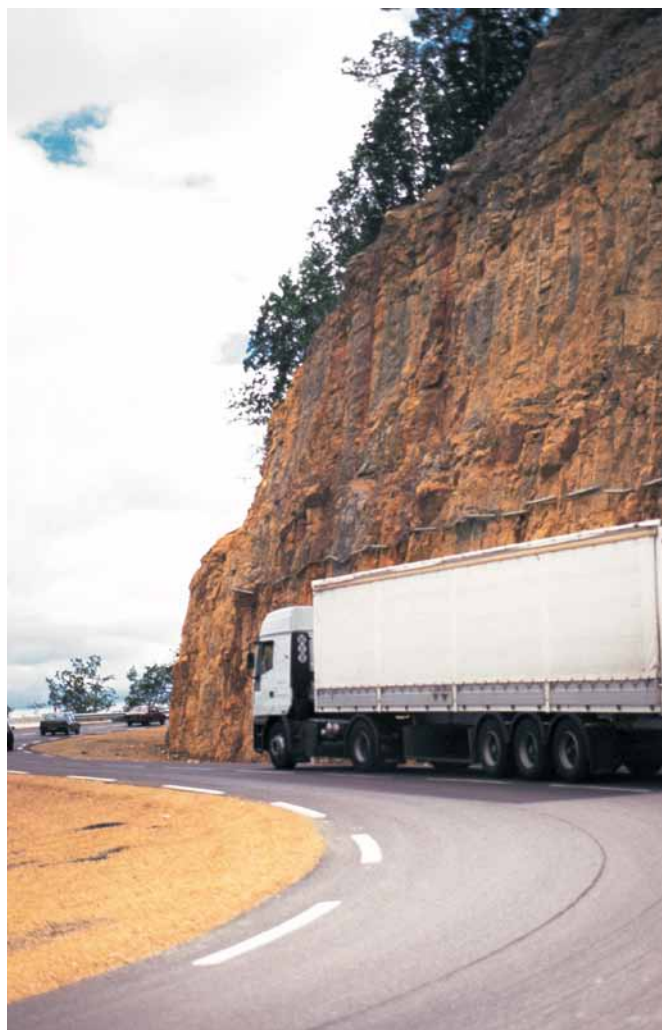
*Pese a la inexistencia de un contrato escrito, el Juzgado de lo Mercantil estimó la demanda en base a una serie de hechos como el de la utilización de un correo electrónico en el que constaban ambos nombres sociales, de los que deduce de forma suficiente la actuación frente a terceros de ambas mercantiles como una sola sociedad y la destrucción de la presunción del artículo 5 de la Ley 15/2009.*

*Absuelta en apelación la mercantil propietaria por considerar la Audiencia Provincial suficientemente acreditado documentalmente: facturas acompañadas con la demanda y cartas de porte complementadas, que el presente caso se compadece mejor con la tesis de la subcontratación que con la tesis de la contratación por cuenta de un tercero.*

*La Sala de lo Civil del Alto Tribunal tras desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal con base a su reiterada doctrina considera en primer lugar, que no cabe duda, de que la finalidad y función de la Ley de Transporte de Mercancías del 2009 en este ámbito de su regulación no ha sido otra, tal y como reza su propio Preámbulo, que la de clarificar la posición contractual de los transitarios, opera-*

*dores de transportes y demás personas que intermedien en el transporte, mediante la necesidad de la contratación en nombre propio y la asunción de la posición jurídica del porteador. Extremos o notas que la norma también deriva del principio de seguridad jurídica aplicable especialmente a este sector de la contratación y del que se deriva que la interpretación del alcance de la presuposición que realiza el artículo 5 de la Ley también debe orientarse, necesariamente a la aplicación rigurosa de la misma, tal y como la desarrolla el propio número primero del citado artículo que exige para su posible prueba en contrario, por vía excepcional y de forma acumulativa, la acreditación por constancia expresa de la contratación por cuenta ajena, su identidad y el carácter gratuito de la intermediación.*

*En cuanto al caso concreto analizado, del examen conjunto de la prueba practicada, se concluye que la transportista no ha logrado desvirtuar el alcance de esta presunción legal en los propios términos que establece el precepto, puesto que ha contratado directamente con una mercantil sin manifestación expresa de contratación por cuenta ajena. Los hechos externos alegados para acreditar la relación entre las dos mercantiles no constituyen actos propios que supongan comportamientos inequívocos y concluyentes en orden a suscitar una confianza razonable de contratar en nombre ajeno.*





## Tribunal Superior de Justicia

TSJ Cataluña, Sala de lo Contencioso-Administrativo, S 4 May. 2015.

Ponente: Pérez Borrat, María Luisa

LA LEY 79442/2015



# Se deniega la indemnización a la madre biológica por el acogimiento preadoptivo acordado tras los malos tratos infligidos al menor

**El daño que la decisión de acogimiento preadoptivo ocasionó en la madre del menor, no es indemnizable, pues esa decisión se debió a los malos tratos que se infligieron al menor, aun cuando no se haya probado si fue ella o su pareja de hecho quien se los efectuó.**

Confirma el TSJ el rechazo de la pretensión indemnizatoria articulada por la madre biológica respecto al proceso de acogimiento pre-adoptivo de su hijo porque no existe un daño efectivo, ni concurre antijuridicidad en tanto en cuanto, las resoluciones administrativas que contenían las medidas de protección del menor fueron confirmadas por resoluciones judiciales. Fueron observados todos los principios que rigen la intervención de la Administración en materia de protección de menores.

Apreciado por instancias médicas un posible maltrato físico, el menor fue declarado en situación de desamparo y las medidas de intervención adoptadas fueron proporcionadas, pues primero se decidió devolver al menor a su madre, pero luego el seguimiento demostró que persistía la situación de desamparo, y aun así

se pautaron visitas quincenales y se estudió la familia extensa para proporcionar un entorno al menor en su núcleo familiar, pero todo intento fracasó y se decidió abrir la vía del acogimiento pre-adoptivo.

Es la constatada incapacidad de la madre y los posibles riesgos derivados de esa situación para el menor fundamento bastante para justificar la intervención administrativa y la adopción de las medidas de protección en aras del superior interés del menor.

El juicio sobre lo acertado o desacertado de una decisión administrativa de tutela y protección de un menor en situación de desamparo no puede hacerse retrospectivamente, años después, cuando la situación de los padres haya podido cambiar, sino que debe venir referido al tiempo de la adopción de las medidas y atendidas las circunstancias concurrentes en ese momento.

La progenitora, hoy reclamante de responsabilidad administrativa, no puede imputar a la Administración su propia situación y de ella la pérdida de la custodia del hijo, pues con su desatendido actuar asumió el riesgo, posteriormente concretado, de que dicha pérdida se convirtiera en definitiva; sin que en ningún caso sea exigible a la Administración que mantenga al menor, por cuyo superior interés debe velar en todo momento, en situación de precariedad a la espera de una posible evolución favorable de la madre que, al tiempo de las actuaciones, se mostraba del todo incierta.

No siendo predicable del daño sufrido antijuridicidad alguna, falla uno de los requisitos imprescindibles para la existencia de la responsabilidad. Habiendo sido constatado que el menor sufrió malos tratos, y aunque no conste la autoría, pues la sentencia penal no dice que la madre no los causó sino que no se ha probado que fuera ella quien los causara, existía una situación tutelable respecto a la cual la Administración actuó dentro de la legalidad y de forma razonable y proporcionada. ■

## LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL DE 2015

CONFORME A LAS LEYES ORGÁNICAS 1 Y 2/2015, DE 30 DE MARZO

Autor: José Luis Manzanares Samaniego

Páginas: 388 / ISBN: 978-84-9020-420-7 / Rústica



VERSIÓN PAPEL:

48,38 € (+IVA)

AHORA: 38,36 € (+IVA)



VERSIÓN

DIGITAL (smarteca)

34,74 € (+IVA)

AHORA: 32,97 € (+IVA)



Wolters Kluwer  
LA LEY

ADQUIERE HOY MISMO TU EJEMPLAR:

902 250 500 tel. / clientes@wke.es

PAPEL: <http://tienda.wolterskluwer.es> / DIGITAL: [www.smarteca.es](http://www.smarteca.es)

Wolters Kluwer

Tu mejor socio

Más de 30 años dando el apoyo necesario a nuestros clientes, en 150 países, para que tomen las decisiones acertadas.

Wolters Kluwer es la compañía global líder en el mercado de soluciones de gestión y servicios de información, que provee a los profesionales de los sectores jurídico, fiscal, financiero, laboral, contable, de la educación y de la salud del software, la información, la formación y los servicios óptimos para tomar decisiones con seguridad y confianza a través de sus diferentes marcas.

**Tu mejor socio**

**Solo alguien  
que conoce tu  
negocio como tú,  
puede ser el  
mejor socio\_**



**Wolters Kluwer**

A3 Software | LA LEY | CISS | EL CONSULTOR | Ovid | LWW



**PUBLICIDAD**

C/ Collado Mediano, 9. Las Rozas (Madrid)  
Tel.: 902 250 500  
e-mail: publicidad@wke.es

**SERVICIO DE ATENCIÓN AL CLIENTE**

Tel.: 902 250 500 / Fax: 902 250 502  
e-mail: clientes@wke.es

REDACCIÓN: Collado Mediano, 9. 28231 Las Rozas (Madrid)

Tel.: 902 250 502 / e-mail: diariolaley@wke.es

JEFE DE PUBLICACIONES: Mercedes Rey García

COORDINADORA: María José Hierro Romero

EQUIPO DE REDACCIÓN: Belén Arranz Fernández, Gemma Bruno García, Pilar Muñoz Mendo, Sonsoles Navarro Salvador

ANÁLISIS DE LA DOCUMENTACIÓN: Centro de Análisis Documental LA LEY

DISEÑO GRÁFICO: Fran Vizuete González

EQUIPO DE DESARROLLO: Emérita Cerro Durán, Juan José García Lozano, Nieves García Cruz, Diana Gómez Fernández, Gloria Lalanda Marcos, Julián Maíllo Arnaiz, Estefanía Medina García, Esther Montero García, Rubén Ortiz, Beatriz Pérez-Olleros Arias, Carlos Ruiz-Capillas, Sergio Tiscar Medina, Ramón Zapata Juliá

PREIMPRESIÓN E IMPRESIÓN por Wolters Kluwer España, S.A.

Printed in Spain



© WOLTERS KLUWER ESPAÑA, S.A. Todos los derechos reservados. El contenido de esta publicación no podrá utilizarse con fines comerciales sin su expresa autorización, incluyendo reproducción, modificación, o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato.

El texto de las resoluciones judiciales contenido en esta publicación es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial.

Publicación adherida a la Asociación de Prensa Profesional (APP).