

III CONGRESO ÍTALO-ESPAÑOL DE DERECHO DE FAMILIA

«DERECHO DE FAMILIA Y RESPONSABILIDAD CIVIL»

Facultad de Derecho
(Universidade da Coruña)
Salón de Grados

2 y 3 de mayo de 2024

A cura di

Vitulia Ivone
Antonio Gálvez Criado
Marcos A. López Suárez

Università degli Studi di Salerno

Sumario

- M. Luisa Moreno-Torres Herrera, El concepto de matrimonio en el Código civil español.
- V. Ivone, Perfiles de derecho sustantivo y procesal del nuevo derecho de familia italiano.
- A. Tucci, Agire responsabilmente tra spazio pubblico e sfera privata.
- F. Fasolino, Fondamenti romanistici della responsabilità civile nella famiglia.
- J. M. De Torres Perea, El debate sobre la igualdad de género como consideración primordial al decidir sobre la custodia compartida y su posible impacto en los Derechos de familia español e italiano.
- M. E. Rovira Sueiro, Intimidad personal y familiar en el ámbito de la responsabilidad civil.
- J. M. Martín Fuster, La responsabilidad civil derivada de la vulneración de derechos fundamentales entre cónyuges y convivientes. En particular, la vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.
- J. Martín Fuster, Los pactos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y responsabilidad por su incumplimiento.
- A. Gálvez Criado, La responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge: el art. 1366 del Código Civil español.
- F. Naddeo, Violazione degli obblighi genitoriali e illecito endofamiliare.
- P. Pisacane, Minori e social network: la responsabilità genitoriale dagli obblighi di vigilanza e controllo all'educazione digitale.
- C. Pérez Dios, El sharenting, un fenómeno imparabile: consecuencias jurídicas – derechos vulnerados y responsabilidad civil – y propuesta de regulación.
- E. Brión Berdote, Los desafíos jurídicos que plantea el olvido digital de información personal de menores en redes sociales: a propósito de la responsabilidad civil de los progenitores por contribuir a dificultar la supresión de datos personales del menor en redes sociales.

EL CONCEPTO DE MATRIMONIO EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

María Luisa Moreno-Torres Herrera*

SUMARIO: 1. Breve referencia al marco normativo; 2. La incidencia de las reformas legislativas del año 2005 sobre el concepto de matrimonio; 3. Los deberes matrimoniales y el concepto de matrimonio; 4. El incumplimiento de los deberes matrimoniales como causa de resarcimiento; 5. Precisiones sobre el concepto de matrimonio; 6. Conclusiones.

1. Breve referencia al marco normativo.

El actual Derecho de familia español fue establecido, en lo esencial, en dos leyes de modificación del Código civil (en adelante, CC) del año 1981, que adaptaron la normativa a los nuevos principios que consagraba la Constitución de 1978 (en adelante, CE). Se trata de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de separación, nulidad y divorcio.

En lo referente a la regulación del matrimonio, esta última ley -que dio nueva redacción al Título IV del Libro I del Código civil, sobre el matrimonio- contiene dos grandes novedades respecto de la normativa precedente. Por una parte, introdujo el principio de igualdad del marido y la mujer¹, que se limitaba a aplicar lo ordenado por el art. 32.1 CE². Por otra parte, incluyó el divorcio como causa de extinción del matrimonio, sobre la base de lo permitido (que no ordenado) por el art. 32.2 CE³.

En el año 2005 se realizan reformas legislativas que inciden sobre el concepto de matrimonio. La Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código civil en materia de derecho a contraer matrimonio, permite el matrimonio entre personas del mismo sexo⁴. Muy poco después, la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código civil y la Ley de Enjuiciamiento civil en materia de separación y divorcio, elimina la necesidad de la concurrencia de una causa legal para la separación o el divorcio. Permite la disolución del matrimonio por voluntad de uno solo de los cónyuges y sin necesidad de invocar ni probar causa alguna.

Aunque las anteriores no son las únicas reformas legislativas referentes al matrimonio⁵, son las más relevantes en relación con el asunto que se aborda en estas páginas, el concepto de matrimonio en el Código civil español.

* Catedrática de Derecho civil de la Universidad de Málaga (España)

¹ CC., art. 66: “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”.

² “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”.

³ “La ley regulará las formas de matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación y disolución y sus efectos”.

⁴ Ello se hace añadiendo un nuevo párrafo al art. 44, que hasta la fecha se limitaba a decir que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. El nuevo párrafo dice lo siguiente: “El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo”. Posteriormente, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para garantía de los derechos de las personas LGTBI dio nueva redacción al art. 44.1, que actualmente dice lo siguiente: “ Toda persona tiene derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”.

⁵ Una exposición completa y detallada de las leyes sobre el matrimonio en el ordenamiento jurídico español puede verse en: C. Hernández Ibañez, *Revisando las leyes del matrimonio*, en F. Yáñez Vivero *et al.* (dir.), *Fortalezas y debilidades del Derecho de familia contemporáneo*, tomo I, Madrid 2023, 145ss.

2. La incidencia de las reformas legislativas del año 2005 sobre el concepto de matrimonio.

Cuando se conocen, aunque sea someramente, los precedentes y la trayectoria legislativa de las normas que, dentro del Código civil español, regulan el matrimonio, se tiende a pensar, y ello es muy lógico, que el actual concepto de matrimonio es en realidad muy reciente, y que se sitúa en el año 2005, fecha de publicación de dos leyes distintas que parecen decisivas al respecto. Por una parte, la Ley 13/2005, de 1 de julio, y por otra parte la Ley 15/2005, de 8 de julio. La primera suprimió la exigencia de que el matrimonio se contrajera entre varón y mujer y admitió el matrimonio entre personas del mismo sexo. La segunda suprimió las causas de separación y divorcio, permitiendo que las rupturas tuvieran lugar por voluntad de uno de los cónyuges, siempre que hubiesen transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, sin necesidad de ningún otro requisito. Sin embargo, y como seguidamente se argumentará, una reflexión más detenida lleva a comprender que la anterior es una idea equivocada y que, en realidad, el concepto de matrimonio, que hunde sus raíces en la CE de 1978, se introdujo por la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación o divorcio. Las reformas posteriores, como las operadas por las leyes de 2005, y alguna más, como la llevada a cabo por la Ley 15/2015, reguladora de la jurisdicción voluntaria⁶ no alteran en realidad la esencia del matrimonio que dibujó el legislador postconstitucional.

Antes de explicar las razones de tal afirmación, resulta oportuno mencionar mínimamente las dificultades y el contexto normativo y social en el que se produjo la aprobación de las leyes que permitieron el matrimonio entre personas del mismo sexo y la separación y el divorcio sin causa.

El matrimonio homosexual encontraba para algunos la dificultad de que el art. 32. 1 CE dispone que “El hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”. Esto determinó que se sostuviese que la admisión del matrimonio homosexual requería la previa modificación del texto constitucional, puesto que este garantizaba y reconocía únicamente el matrimonio entre hombre y mujer. Este razonamiento no impidió que la reforma siguiera adelante, a pesar de que suponía, según esta opinión, cambiar el concepto constitucional del matrimonio, que era “por esencia” una unión heterosexual. El mismo argumento -que durante la fase de tramitación parlamentaria fue también el del Consejo de Estado y el del Consejo General del Poder Judicial - se invocó en el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo parlamentario popular contra la totalidad de la ley. Además de considerarse que la ley no respetaba la definición constitucional del matrimonio, se argumentaba que el Parlamento “no está facultado para ignorar las instituciones jurídicas por el simple procedimiento de cambiarles el nombre o de pasar a denominar con un mismo nombre, de un día para otro, realidades sociales diferenciadas”.

Sin embargo, fue otro el criterio del Tribunal Constitucional. La Sentencia núm. 198/2012, de 6 de noviembre, desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la ley que permitía el matrimonio entre personas del mismo sexo. Explica la sentencia que el art. 32 CE tiene un doble contenido y significa que el matrimonio, en la Constitución española, “es una garantía institucional y, simultáneamente, un derecho constitucional. Por ello, el análisis sobre el ajuste constitucional de la reforma introducida en el Código civil al admitir el matrimonio entre personas del mismo sexo ha de hacerse desde una doble perspectiva. En primer término, se deberá dar respuesta a la duda de si la reforma impugnada supone un menoscabo constitucionalmente inadmisibles de la garantía institucional del matrimonio y, en segundo lugar, a la cuestión de si la reforma introduce o no límites constitucionalmente inaceptables al ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio”. Por lo que se refiere a lo primero, y haciendo una interpretación evolutiva a la luz de los textos

⁶ Suprime la dispensa del impedimento de edad para contraer matrimonio, permite celebrar el matrimonio al Letrado de la Administración de justicia y a los notarios, y admite la posibilidad de la separación y divorcio sin intervención judicial. Son todas ellas modificaciones coherentes con nuestro concepto de matrimonio.

internacionales, concluye que “Tras las reformas introducidas en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código Civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador”. Por lo que se refiere al segundo aspecto, la cuestión del matrimonio como derecho, afirma que “no puede colegirse de forma automática que el matrimonio heterosexual sea la única opción constitucionalmente legítima” y concluye que la reforma objeto del recurso de inconstitucionalidad no vulnera el derecho a contraer matrimonio. Para el Tribunal Constitucional la Ley 13/2005 supone una modificación de las condiciones de ejercicio del derecho a contraer matrimonio, que se enmarca en la tendencia a la equiparación del estatuto jurídico de las personas homosexuales y heterosexuales. Pero esta modificación no impide el ejercicio del derecho por parte de las personas heterosexuales en las mismas condiciones en que anteriormente lo ejercían; es decir, que no afecta al contenido esencial de ese derecho⁷.

El criterio del Pleno del Tribunal Constitucional no fue, sin embargo, compartido por todos sus miembros. Se presentaron cuatro votos particulares, tres de ellos discrepantes, y uno concurrente, al estar de acuerdo con el fallo, pero no con la fundamentación jurídica. Los discrepantes consideraban que la Ley, al permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo pese a lo dispuesto en el art. 32 CE, había soslayado la función normativa de la Constitución, obviando la que, según esta, es la nota esencial de la institución matrimonial, la heterosexualidad.

Es importante destacar la fecha de la sentencia, año 2012, cuando ya habían transcurrido siete años desde la publicación de la ley. Se ha dicho que este retraso fue intencionado y que lo que se buscaba era que se calmasen las aguas⁸. Y así ocurrió, en efecto. Cuando el TC dicta su sentencia, el asunto había dejado de preocupar a la opinión pública y se había normalizado bastante, incluso entre sus más acérrimos detractores, el matrimonio homosexual. Todo indica que fue incluso un alivio para el Grupo popular, que había interpuesto el recurso de inconstitucionalidad y que en la fecha en que fue resuelto se encontraba en el Gobierno. Cada día que pasaba el tema del matrimonio homosexual era menos polémico, y no solo en España. En un principio eran pocos los países que lo contemplaban (Holanda, Bélgica, Massachusetts en EEUU, y Canadá), pero desde entonces el número de países no ha hecho sino incrementarse. En definitiva, la desestimación del recurso de inconstitucionalidad era lo esperado habida cuenta del sentir social. Como en su día se afirmó, “cuando la sociedad conquista derechos como el analizado, el camino de vuelta, se quiera o no, queda irremisiblemente vallado”⁹.

⁷ En la doctrina se habían realizado previamente manifestaciones parecidas. Así, A. Gavidia Sánchez sostuvo que el matrimonio se había configurado por el legislador dentro del marco constitucional, pero que ese marco no petrificaba necesariamente todos los elementos de la institución matrimonial, la cual, además, no debía permanecer aislada de la evolución de los valores y principios constitucionales, de modo que el legislador no pudiera actualizarla, adecuándola a tales exigencias (*La libertad de elegir como cónyuge a otra persona del mismo sexo y de optar entre el matrimonio y la unión libre (Análisis crítico de la constitucionalidad del matrimonio homosexual y del llamado “divorcio express”*), en J.V. Gavidia Sánchez (coord.), *La reforma del matrimonio (Leyes 13 y 15/2005)*, Madrid 2007, 32.

⁸ Hernández Ibáñez, *Revisando* cit. 161.

⁹ A. Durán Ayago, *El matrimonio entre personas del mismo sexo*, en E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos de Derecho de Familia*, Madrid 2009, 67.

Por lo que se refiere a la separación y al divorcio sin causa, la otra gran reforma del año 2005, el debate social y jurídico fue bastante menor, probablemente porque ya en la fecha se había instalado en el ánimo de la mayor parte de la población y de los juristas la idea de que la relación matrimonial no debía continuar en ningún caso si faltaba para ello la voluntad de cualquiera de los cónyuges. Tras la aprobación de la CE, el Código civil diseñó, en 1981, un sistema de divorcio que la doctrina trataba de presentar como un sistema de divorcio-remedio, pero en el que lo cierto es que también tenía alguna relevancia la culpabilidad del cónyuge en la ruptura de la relación matrimonial. Tanto el divorcio como la separación descansaban en un número tasado de causas, encontrándose entre las causas de separación, “el abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales” (art. 82, 1ª), así como “cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar” (art. 82, 2ª). No es menos cierto, sin embargo, que de cara a la obtención de una sentencia que decretase el divorcio lo decisivo, en la mayor parte de los casos, era el cese efectivo de la convivencia conyugal¹⁰. Lo que se tomaba en consideración para decretar el divorcio era, en esencia, la constatación de la ruptura de hecho de la relación matrimonial, “huyendo, como norma general, de la indagación de las causas de la ruptura, aunque no se llegó a evitar por completo la idea de culpabilidad, admitiéndose alguna causa de divorcio que la presuponia”¹¹.

En este sistema de divorcio, en el que ya subyacía la idea de que la continuidad de la relación matrimonial debía descansar en la voluntad, no es extraño que los tribunales dieran carta de naturaleza a una “causa” de divorcio no prevista en la ley, y que entendieran que el divorcio debía decretarse, si había una solicitud al respecto, siempre que pudiera constatarse el cese de la *affectio maritalis*. Ahora bien, hay que señalar que entre los tribunales había disparidad de criterio. En concreto, mientras que la mayoría de ellos admitieron la desaparición del afecto como causa de separación y divorcio cuando lo invocaban ambos cónyuges, esto no siempre ocurría cuando era alegada únicamente por uno de los esposos.

Y este es, precisamente, el gran paso que va a dar la Ley 15/2005, favoreciendo así la seguridad jurídica. Su Exposición de motivos recoge las razones que mueven esta importante reforma legislativa, mediante la que se pretende que “la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio” y, más en concreto, “ampliar el ámbito de la libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la

¹⁰ El art. 86, en su redacción anterior a 2005, decía lo siguiente:

“Son causas de divorcio:

1ª- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2ª- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiera formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3ª- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

- a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges a petición de cualquiera de ellos.
- b) Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.

4ª- El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5ª- La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes”.

¹¹ E. Torrelles Torrea, *La Ley 15/2002, el régimen del non-fault divorce y los principios de Derecho europeo de familia*, en E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos de Derecho de familia*, Madrid 2009, 178.

relación matrimonial”. Se entiende que el ejercicio del derecho a no continuar casado “no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación”.

Se instaura así un sistema que va a traer consigo un gran alivio para los cónyuges en situación de crisis matrimonial, pues si en el sistema anterior se veían constreñidos, muchas veces, a interponer dos procesos judiciales distintos, primero uno de separación y luego otro de divorcio, a partir de entonces tienen la posibilidad, siempre que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, de solicitar directamente el divorcio, de manera unilateral, y sin necesidad de invocar ni probar causa alguna. Ello conlleva un ahorro de costes para las partes, tanto económicos como, sobre todo, personales, tal y como el propio legislador afirma en la Exposición de Motivos de la Ley.

En definitiva, y tal y como se apuntaba, puede afirmarse que la Ley que establece el divorcio sin causa, el llamado divorcio *express*, no supone sino la consagración legislativa de un pensamiento ampliamente compartido, no solo por los juristas, teóricos y prácticos, sino por la sociedad en general. No puede ignorarse que hubiera partidarios de mantener un sistema causal¹², o, más bien, formalmente causal; pero, finalmente, prevaleció el punto de vista de quienes defendían el establecimiento del denominado régimen del *non-fault divorce*, es decir, “la resolución de la crisis, con separación y divorcio, al margen de una causa o de criterios culpabilísticos”¹³, que podría decirse que el legislador español lleva a sus últimas consecuencias. Aunque el divorcio sin causa y a solicitud de uno de los cónyuges pueda verse como la consecuencia lógica de la libertad y la voluntad individuales -que presiden las soluciones del legislador español en materia de Derecho de familia-, constituye una anomalía si se observa lo que ocurre en otros países, por más que sus detractores lo hayan comparado con el repudio islámico.

Está fuera de duda que las dos leyes de 2005 introdujeron cambios muy importantes en la regulación del matrimonio, y que constituyen un hito en la evolución de la figura, siendo percibidos como tales tanto por los juristas como por los ciudadanos. No son, ciertamente, modificaciones menores, pese a lo cual, y como ya se anunciaba, no suponen, propiamente, una alteración del preexistente concepto de matrimonio.

Cuando en 1981 se da nueva redacción al Título IV del Libro I CC, sobre el matrimonio, este se concibe, novedosamente, como una relación entre iguales (art. 66 CC) y que puede disolverse en vida de los cónyuges (art. 85 CC). Lo primero era una exigencia del principio de igualdad de los arts. 14 y 32.1 CE, y lo segundo una posibilidad permitida por el art. 32.2 CE, donde, si bien no se menciona directamente el divorcio, se permite que pueda establecerse por ley ordinaria, como efectivamente ocurrió. En una perspectiva histórica estos dos cambios son muy importantes. Previamente el matrimonio configurado por el legislador español era una relación desigual y vitalicia.

La necesidad de cambiar este estado de cosas se venía dejando sentir desde hace tiempo en la sociedad española. En lo que se refiere la igualdad de los cónyuges, es muestra de ello la Ley 14/1975, de 2 de mayo, de reforma del Código civil y del Código de comercio sobre la situación jurídica de la mujer

¹² Así, el grupo parlamentario CIU presentó una enmienda (la 61), proponiendo introducir en el proyecto de ley dos causas para la separación cuando no hubiera acuerdo de los cónyuges. Pero se trataba de causas muy generales: la vulneración por parte del otro cónyuge de los deberes matrimoniales establecidos en el Código, y la voluntad unilateral de finalizar la convivencia por quiebra del afecto marital, lo que se consideraba probado por el mero hecho de solicitar la separación (*Boletín oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 16-8, de 15 de marzo de 2005). Por su parte, el Partido Popular presentó a su vez una enmienda (la 77), proponía, igualmente, el mantenimiento de causas para la separación contenciosa; en concreto, dos: “cualquier situación que implique ruptura de la convivencia familiar de forma que su continuación sea perjudicial para cualquiera de los cónyuges o sus hijos”, y “cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar” (*Boletín oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, serie A, núm. 16-8, de 15 de marzo de 2005).

¹³ Torrelles Torrea, *La Ley* cit. 190.

casada y los derechos y deberes de los cónyuges, en la que el legislador afirmaba que se debía “reconocer a la mujer un ámbito de libertad y de capacidad de obrar en el orden jurídico que es consustancial con la dignidad misma de la persona [...]”. Por lo que se refiere al carácter indisoluble del matrimonio, que lo había caracterizado durante toda la etapa de la dictadura, no contamos con declaraciones del propio legislador que decidió suprimirlo, dado que la llamada Ley de divorcio (la Ley 30/1981) no contiene un preámbulo o exposición de motivos. No obstante, a nadie se le escapa la conexión de este cambio, que encontró no pocas dificultades, políticas y sociales, con la Constitución y, en particular, con la voluntad individual y el libre desarrollo de la personalidad¹⁴. Desde la publicación de la Constitución, “la elaboración legislativa del Derecho privado tiene su inicio y fundamento ineludible en la propia Constitución y en los valores superiores del ordenamiento jurídico que la misma proclama en el art. 1.1: la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, así como en la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, en tanto que constituyen el fundamento del orden político y de la paz social (art. 10.1 CE)”¹⁵

Manifestaciones como las anteriormente recogidas demuestran que, en España, las leyes reguladoras del matrimonio han tenido siempre el buen criterio de ligarlo a los derechos fundamentales, aunque sin prescindir del sentir social imperante, que viene determinado por el momento histórico. De ahí que, inicialmente y conforme a una tradición secular que solo recientemente ha sido preciso revisar, el matrimonio fuese una unión entre varón y mujer. De ahí también que, cuando, no sin debate, las leyes españolas deciden dejar de considerar el matrimonio como un vínculo indisoluble, el divorcio requiriese algo más que la voluntad de uno de los cónyuges: una causa legalmente establecida y que había de comprobarse en un proceso judicial¹⁶.

Sin embargo, con el transcurso del tiempo y los cambios sociales, los ciudadanos demandan respuestas legislativas a nuevas necesidades y aspiraciones. Necesidades y aspiraciones como la del derecho a no continuar casado o la del matrimonio entre personas del mismo sexo, las cuales encuentran respaldo en los derechos fundamentales que consagra la Constitución, y también en textos internacionales.

En definitiva, tanto el matrimonio homosexual como el divorcio sin causa son, simplemente, un paso más en la configuración de un concepto individualista del matrimonio¹⁷, que estaba ya latente, aunque no plenamente desarrollado, en el Código civil, desde el año 1981¹⁸. Desde la publicación de la CE,

¹⁴ Afirma en este sentido F. J. Jiménez Muñoz, con cita de otros autores, que “La Ley de 1981 orienta las normas matrimoniales desde el Derecho imperativo hacia el ámbito del Derecho dispositivo, destacando los aspectos consensuales del matrimonio y su mantenimiento en tanto subsista la *affectio maritalis*, permitiéndose en cambio su disolución cuando cese el consentimiento continuado en su pervivencia, lo que se pone de manifiesto en que varias de las causas de divorcio se basen en el mutuo disenso o en un cambio del consentimiento otorgado en el momento de la celebración del matrimonio, exteriorizado por medio de determinadas conductas y fundamentalmente en el cese efectivo de la convivencia conyugal, que se hace equivaler a una declaración de voluntad presunta” (*Una visión de los cuarenta años de la Ley del divorcio*, en F. Yáñez Vivero et al. (dir.), *Fortalezas y debilidades del Derecho de familia contemporáneo*, tomo I, Madrid 2023, 450).

¹⁵ J.F. López Aguilar, *Los criterios constitucionales inspiradores de la reforma del Derecho civil en materia matrimonial*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 655 (2005).

¹⁶ Como expone N. Martínez Rodríguez, la regulación del divorcio en la Ley de 1981 fue útil y acertada en su contexto histórico, si bien, con el paso del tiempo, comenzaron a aflorar sus deficiencias, sobre todo en lo concerniente a la exigencia de una separación previa al divorcio, que en su momento pudo justificarse como una concesión al principio de prudencia que debe acompañar a los cambios legislativos (*El divorcio*, en E. Llamas Pombo (coord.), *Nuevos conflictos del Derecho de familia*, Madrid 2009, 147).

¹⁷ En parecido sentido, J.R. De Verda y Beamonte, *Derecho civil IV, Derecho de Familia*, VI edición, Valencia 2023, 42. Afirma el autor que las leyes 13/2005 y 15/2005 tienen un hilo conductor, consistente en la “personalización del matrimonio”.

¹⁸ De Verda y Beamonte se ha manifestado en el sentido del texto. Cree que la tendencia se había iniciado con la reforma operada en el Código civil por la Ley 30/1981, de 7 de julio, y que las leyes de 2005 ahondan en ella, haciendo “jugar al

el matrimonio, en las leyes españolas, es una comunidad de vida entre iguales, libremente constituida con ánimo de permanencia, y con un contenido legalmente establecido. Dejando para más adelante el tema del contenido de la relación, lo que interesa ahora destacar es que el sexo de los integrantes de esa comunidad de vida, no es, pese a las apariencias, sino un dato menor. Y la consagración del derecho a ponerle fin unilateralmente, que en aquel primer momento no caracterizaba la figura, un paso más en el reconocimiento del papel central que en el matrimonio posee la voluntad: no basta el consentimiento en el momento de la celebración del matrimonio, sino que este consentimiento es también necesario para su continuidad¹⁹.

No faltan, desde luego, quienes sostienen que el concepto de matrimonio del Derecho español ha cambiado radicalmente con la consagración legal del divorcio sin causa. Es el caso de H. Clavería Gosálvez²⁰. Considera el autor que entre los distintos aspectos que inciden sobre el concepto de matrimonio, el sustancial es el relativo al modo de disolubilidad del matrimonio y que “según sea el régimen del divorcio, el matrimonio será jurídicamente una cosa u otra. En atención a ello existen - explica- dos modelos distintos. Hasta la reforma de 2005, el matrimonio del Código civil español encajaba en el modelo hebreo-cristiano, en el que el matrimonio es un “acto jurídico vinculante”, que se caracteriza porque los cónyuges están vinculados por la relación conyugal y, o no pueden evadirse de ella, o precisan para hacerlo de un hecho al menos en parte ajeno, o del consentimiento del otro cónyuge. A partir de entonces, el matrimonio ha dejado de ser un vínculo para pasar a ser un “acto jurídico permanente”, tal y como ocurría en el modelo romano. El matrimonio no surge por el consentimiento inicial, sino que es necesario el consentimiento continuo y permanente, de modo que cuando falta sobrevenidamente, cesa el matrimonio.

No hay duda de que así son las cosas actualmente en el ordenamiento jurídico español, pero ello no es fruto de la reforma llevada a cabo por la Ley 15/2005, sino producto de una evolución y de un planteamiento que, como se viene argumentando, estaba ya latente en el sistema de divorcio diseñado en 1981 y que trae causa de la Constitución española y de los principios y derechos fundamentales que recoge. No se olvide que el “cese efectivo de la convivencia conyugal” era la más importante causa de divorcio en el régimen anterior, y que ese cese podía producirse por decisión unilateral, habida cuenta de que el deber de convivencia se estimaba incoercible, a la luz de la libertad individual reconocida por la propia CE. Desde esta óptica puede comprenderse la tesis aquí sustentada de que la supresión de las causas de divorcio es, en realidad, una modificación menor, pese a las apariencias. En realidad, el cambio se limita a la supresión de la necesidad de que el cese efectivo de la convivencia matrimonial alcanzase una determinada duración.

3. Los deberes matrimoniales y el concepto de matrimonio.

Una vez explicado lo que para el concepto de matrimonio representaron la admisión del matrimonio entre personas del mismo sexo y del divorcio sin causa, y al objeto de continuar perfilando la figura, resulta inevitable adentrarse en el espinoso tema de los deberes matrimoniales.

principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, consagrado en el art. 10.1 CE, una importancia hasta ahora desconocida. Acentúan, así, la función del matrimonio como un medio de desarrollo de la personalidad de los cónyuges, en detrimento de su carácter de institución social, cuya estabilidad se ha considerado, desde siempre, como un valor social, lo que ha estado en estrecha relación con la conexión de la institución matrimonial con la procreación y educación de los hijos; y de ahí la exigencia del requisito de la heterosexualidad de los contrayentes” (*Derecho* cit. 43).

¹⁹ Sin embargo, P. De Pablo Contreras (*El matrimonio y el Derecho civil*, en C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.), *Curso de Derecho civil IV, Derecho de familia*, V edición, Madrid 2016, 62), afirma justo lo contrario, que “la última fase en la desvalorización jurídica del consentimiento contractual, alcanzada ya en algunos países, es la disolución del vínculo por decisión unilateral de uno de los cónyuges, sin expresión de causa y aun con expresa oposición del otro (divorcio-repudio)”.

²⁰ *Notas sobre el impacto de los distintos regímenes del divorcio sobre el concepto jurídico del matrimonio*, en F. Yáñez Vivero et al. (dir.), *Fortalezas y debilidades del Derecho de familia contemporáneo*, tomo I, Madrid 2023, 8ss.

El Código civil español dedica un capítulo a los “Derechos y deberes de los cónyuges”. El art. 66 declara que “Los cónyuges son iguales en derechos y deberes”. El art. 67 dispone que “Los cónyuges deben respetarse y ayudarse mutuamente y actuar en interés de la familia”. Por su parte, el art. 68 dice así: “Los cónyuges están obligados a vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo”.

En los tratados de Derecho de Familia el estudio de estos deberes matrimoniales se realiza dentro de los “efectos del matrimonio”. Se explica que la celebración del matrimonio origina una serie de efectos que se proyectan en dos ámbitos distintos, el personal y el patrimonial. Los efectos personales son los deberes mencionados en los anteriores artículos, que se presentan, así, como los que regulan el contenido de la relación jurídica matrimonial. A los deberes tradicionales (de respeto y ayuda mutua, actuar en interés de la familia, convivencia, y fidelidad) se añadió, en el año 2005, el de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes²¹. Hay consenso en cuanto al carácter incoercible de estos deberes. Cabe, no obstante, exceptuar el deber de alimentos entre cónyuges, el cual, si bien no se menciona expresamente en este lugar, sino en el art. 143 CC, dentro de la regulación de los alimentos entre parientes, es instrumento jurídico para la efectividad del deber de socorro en su vertiente material, y posee, a diferencia de los otros, naturaleza patrimonial.

En un primer momento, en el año 1981, el incumplimiento de los deberes conyugales era relevante de cara a la obtención de una sentencia de separación o divorcio. Tras la admisión de la separación y el divorcio sin causa muchos autores se preguntaron por la utilidad y el sentido de la regulación de los deberes conyugales, habida cuenta de que su incumplimiento quedaba prácticamente desprovisto de consecuencias jurídicas²². Ciertamente, hoy son escasos los efectos que el Código atribuye al incumplimiento de los deberes conyugales: siempre que sea grave y reiterado, su incumplimiento es causa de desheredación²³, causa de cese del deber de alimentos entre cónyuges²⁴ y, además, causa de revocación de las donaciones efectuadas entre cónyuges por razón de matrimonio (art. 1343, 3º CC²⁵).

²¹ EL inciso final del art. 68 se introdujo por la Ley 15/2005, de 8 de julio. Se justificó, por parte del partido político que lo propuso, en aras de la igualdad “en aspectos considerados responsabilidad exclusiva o preferente de la mujer”, pero recibió bastantes críticas, no siempre acertadas, por parte de los autores.

²² Así, entre otros muchos. M. J. García Alguacil, *Los deberes conyugales a debate*, en G. Ruiz-Rico Ruiz *et al.* (dir.), *Principios y derechos constitucionales de la personalidad. Su proyección en la legislación civil*, Valencia 2010, 176ss.

²³ El Código civil español regula la desheredación en los arts. 848 a 857. La desheredación se considera una sanción civil que consiste en la privación de la legítima, por parte del testador, al sujeto que tiene derecho a ella. Ha de descansar en alguna de las causas expresamente señaladas en la ley y disponerse en testamento, con expresión de la causa legal en que se funde. El art. 855 contiene el listado de causas específicas de desheredación entre cónyuges, entre las que menciona el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, además de ciertas conductas concretas de un cónyuge frente a otro (como la negativa a procurar alimentos o el atentado contra la vida del otro cónyuge), que suponen, desde luego, un incumplimiento grave de los deberes conyugales. También son justa causa para desheredar al cónyuge, aunque no interesen aquí, determinadas conductas frente a los hijos comunes.

²⁴ El art. 152 CC contiene un listado de causas de cese de deber de alimentos entre parientes, entre las que se incluye que “el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación”. Como ya se ha indicado anteriormente es causa de desheredación entre cónyuges, y por lo tanto también de cese de la obligación de alimentos entre ellos, el incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales.

²⁵ El Código español contempla tres causas de revocación de donaciones: la superveniencia o supervivencia de hijos (art. 644), el incumplimiento de cargas (art. 647) y la ingratitud del donatario, consistente en determinadas conductas especificadas por el legislador (art. 648). Ahora bien, a las donaciones por razón de matrimonio no le es aplicable, la primera de las causas de revocación mencionadas. Y por lo que se refiere a las otras dos, hay ciertas especialidades, contenidas en el art. 1343 CC. Si se trata de donaciones otorgadas por los propios contrayentes, “se estimará ingratitud, además de los supuestos legales el que el donatario incurra en causa de desheredación del art. 855 [...]”.

Siendo estas las únicas consecuencias que la ley anuda al incumplimiento de los deberes familiares, no han faltado quienes incluso han sugerido la conveniencia de plantearse su supresión²⁶.

Desde mi punto de vista, hoy la utilidad de los arts. 66, 67 y 68 CC es doble:

En primer lugar, dado que determinadas conductas o comportamientos personales entre personas casadas son, según las leyes vigentes, causa suficiente para desheredar justamente a un cónyuge, para negarle legítimamente alimentos o para revocar donaciones realizadas a su favor, es necesario que tales conductas estén mínimamente precisadas en el Derecho positivo. Es verdad que no será frecuente que la relación matrimonial continúe si hay un incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, pero es una situación que puede darse.

En segundo lugar, los deberes de los cónyuges integran el consentimiento matrimonial²⁷, sin el cual, tal y como dice el art. 45 CC, no hay matrimonio. Cuando dos personas manifiestan su voluntad de casarse, lo que expresan es que quieren constituir una relación personal entre iguales, estable, pero no necesariamente perpetua, que implica la convivencia y la exclusión de relaciones sexuales con terceros, presidida por la lealtad, el respeto y la ayuda mutua, y cuya colaboración alcanza al ámbito doméstico y de los cuidados de otros sujetos. Por eso tiene todo el sentido que, en el acto de celebración del matrimonio y antes de la prestación del consentimiento, se proceda a la lectura de los arts. 66, 67 y 68 CC (art. 58 CC). Solo con un conocimiento previo de lo que en ellos se establece puede prestarse un consentimiento informado. Esa información es necesaria para que los contrayentes puedan adherirse y aceptar, con plena consciencia, el contenido de la relación jurídica que están creando y que, tal y como ordena el art. 45, 21 CC, no puede quedar sujeta condición, término o modo.

En definitiva, los arts. 66, 67 y 68 del CC vienen a reflejar lo que nuestra sociedad entiende que significa el matrimonio. Podría decirse que en estos preceptos -cuya función en el pasado era distinta- se encuentra el concepto jurídico del matrimonio. De no ser por ellos, no habría una noción legal de la relación matrimonial, sino tan solo del matrimonio como acto.

Ahora bien, debe de inmediato advertirse que afirmar que los deberes de los cónyuges integran el consentimiento matrimonial, no quiere decir que este consentimiento sea equiparable al consentimiento contractual. Es muy común en la doctrina española abordar el análisis del matrimonio, del consentimiento matrimonial y de los deberes conyugales desde los esquemas propios del contrato, lo que debería evitarse, puesto que su naturaleza es muy distinta, lo que no significa que no puedan encontrarse coincidencias. El consentimiento matrimonial implica la voluntad de formar una comunidad de vida con otra persona, presidida, como se ha dicho, por la colaboración mutua y la lealtad, y con exclusión de terceros. Es ello lo que las partes quieren o han de querer para que el matrimonio se entienda válidamente celebrado²⁸. Pero una cosa es eso y otra bien distinta que se pueda afirmar que del matrimonio derivan obligaciones en el sentido del art. 1088 CC²⁹ o, incluso, deberes jurídicos cuyo cumplimiento pueda ser reclamado, lo que claramente no ocurre en el caso de

²⁶ También hay, no obstante, quien propugna su ampliación. Es el caso de B. Verdura Izquierdo, *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, en *Revista Bolivariana de Derecho*, núm. 37 (2024), 23ss.

, para quien, sin embargo, no son verdaderos deberes jurídicos, sino, simplemente, deberes éticos o morales.

²⁷ C. Martínez de Aguirre Aldaz afirma que los deberes matrimoniales constituyen el contenido nuclear de la relación matrimonial y, por tanto, son, en una aproximación inicial, el objeto específico del consentimiento matrimonial civil (*El matrimonio como estado*, en C. Martínez de Aguirre y Aldaz (coord.), *Curso de Derecho civil IV, Derecho de familia*, V edición, Madrid 2016, 153). Por su parte, F. P. Blasco Gascó dice que el consentimiento matrimonial es un consentimiento de adhesión a un determinado estatuto jurídico conformado, entre otras normas, por los arts. 67 y 68 CC (*Instituciones de Derecho civil, Derecho de familia*, V edición, Valencia 2022, 100).

²⁸ El art. 73 CC establece que “Es nulo cualquiera que sea la forma de su celebración: 1º- El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial [...]”.

²⁹ “Toda obligación consiste en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

los deberes conyugales, cuya exigibilidad entra en claro conflicto con derechos y libertades individuales, constitucionalmente reconocidos³⁰.

En atención a lo dicho, lo acertado sería tratar de los deberes conyugales a propósito del concepto de matrimonio y del consentimiento contractual, y no tanto como un efecto de la celebración del matrimonio. Debería además omitirse o rebajarse el tono imperativo que actualmente emplea la ley, utilizándose expresiones distintas a la de “Los cónyuges deben [...]” (art. 67), o “Los cónyuges están obligados [...]” (art. 68), que podrían ser sustituidas por otras tales como “los cónyuges están de acuerdo en [...]”. Más aún, habría incluso valorar la conveniencia de que las leyes hablasen de “deberes conyugales”, una terminología que no se corresponde con la realidad de las cosas y que más bien origina confusión.

4. El incumplimiento de los deberes matrimoniales como causa de resarcimiento.

Nos preguntamos ahora si, además de las dos funciones que en el apartado anterior se han atribuido a los deberes conyugales de los arts. 67 y 68 CC, cabe pensar en una tercera. ¿Puede entenderse que de la regulación legal deriva la posibilidad de que un cónyuge exija al otro una indemnización por los daños derivados de aquellas conductas que impliquen incumplimiento de los deberes conyugales? La ley española guarda silencio sobre esta cuestión concreta, ante lo cual, en la práctica, estas pretensiones se han canalizado por dos vías distintas, la de la responsabilidad contractual del art. 1101 CC³¹ y, sobre todo, la de la responsabilidad extracontractual del art. 1902 CC³². No es acertado acudir a las normas de la responsabilidad contractual, previstas para las obligaciones patrimoniales. Y también pueden formularse objeciones al recurso al régimen general de la responsabilidad extracontractual, dado que en este ámbito lo que origina la obligación de resarcir no es el incumplimiento de un deber previamente asumido, sino una conducta negligente³³.

En cualquier caso, la respuesta del Tribunal Supremo español ha sido clara y contundente, con independencia de que la pretensión indemnizatoria se haya presentado como ejercicio de una acción de responsabilidad contractual o extracontractual: los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales no son resarcibles. La solución parece coherente con el silencio legislativo. Entre los efectos jurídicos que el Código atribuye al incumplimiento de los deberes matrimoniales no se encuentra la obligación de indemnizar.

Con un criterio amplio, numerosas conductas pueden ser consideradas contravención de deberes conyugales y, además, susceptibles de causar un daño moral. Probablemente por ello el TS ha zanjado con bastante rotundidad la cuestión, en sentido negativo³⁴. Así, es claro que el nacimiento de un hijo extramatrimonial revela, *per se*, el incumplimiento del deber de fidelidad. En aplicación de la citada

³⁰ En este sentido, entre otros muchos, C. Rogel Vide, *Sobre el incumplimiento de los llamados deberes conyugales en la esfera personal*, en F. Yáñez Vivero *et al.* (dir.), *Fortalezas y debilidades del Derecho de familia contemporáneo*, tomo I, Madrid 2023, 331ss. La tesis del autor es que los llamados deberes de los cónyuges en la esfera personal no son propiamente tales desde una perspectiva estrictamente jurídica.

³¹ La STS núm. 687/1999, de 30 de julio 1999 resuelve el recurso de casación interpuesto contra la sentencia que había desestimado la pretensión del marido, quien reclamaba indemnización del daño patrimonial consistente en haber mantenido a dos hijos tenidos por su esposa constante matrimonio y que creía propios, así como indemnización por el daño moral sufrido. Se invoca en casación infracción de los arts. 67 y 68 CC, en relación con el 1101, razonándose que la fidelidad entre esposos era una “obligación contractual” y que se había infringido. El TS no solo rechaza el planteamiento del recurso de casación -aunque, curiosamente, admitiendo que los deberes conyugales podrían tener naturaleza contractual- sino que sienta con carácter general la doctrina, que se mantiene hasta hoy, según la cual “el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna”.

³² “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

³³ Verdura Izquierdo, *Responsabilidad civil* cit. 20.

³⁴ SSTS núm. 687/1999, de 22 julio, núm. 5726/1999, de 30 julio, y núm. 5158/2018, de 13 de noviembre.

doctrina jurisprudencial, el cónyuge infiel no está obligado a resarcir al otro, por más que pueda considerarse, como parece lógico, que le ha inferido un daño moral que no necesita de una especial demostración o prueba, tratándose de un daño *in re ipsa loquitur*³⁵. La misma doctrina se aplica para el caso de exigirse indemnización del daño moral derivado del incumplimiento de otro deber distinto del de fidelidad, como el de ayuda mutua³⁶.

Las anteriores soluciones se comparten sin demasiada dificultad. Pero quizás la percepción cambie en referencia a los supuestos de ocultación de paternidad, como el de la conocida STS, de Pleno, de 13 noviembre de 2018. En lo que aquí interesa, con fundamento en el art. 1902 CC, el ex marido reclama a la que había sido su esposa indemnización del daño moral consistente en la pérdida de la relación paterno-filial con el hijo nacido durante el matrimonio, y consecuentemente inscrito como matrimonial; una pérdida que se produce por efecto de la sentencia que estima la acción de impugnación de la paternidad. El TS, que rectifica el criterio de la sentencia recurrida, resuelve, fiel al criterio mantenido en ocasiones previas, en el sentido ya apuntado, entendiendo que se trataba de un daño no indemnizable. No es posible entrar en detalles sobre los razonamientos jurídicos de la sentencia, pero interesa destacar que el TS deja claro que lo que se excluye es el resarcimiento que tenga su origen en el incumplimiento de los deberes propios del matrimonio, afirmándose que esta solución “no deja sin aplicación el sistema general de la responsabilidad civil prevista en el art. 1902 CC ni, por supuesto, deja sin sancionar otra suerte de conductas propias del ámbito penal y de los derechos fundamentales”.

Entiendo que lo anterior debe interpretarse en el sentido de que un cónyuge tiene derecho a ser indemnizado por el otro en los mismos casos en que lo estaría si no ostentara la condición de cónyuge, pero que, en cambio, no puede pretender el resarcimiento de los daños que deriven, estricta y exclusivamente, del incumplimiento de los deberes conyugales. Es decir, que el matrimonio no añade, pero tampoco resta, posibilidades de resarcimiento. Más allá, claro está, de las que deriven de lo

³⁵ En el caso resuelto por la SAP de León de 10 de noviembre de 2010 era la esposa la que solicitaba indemnización por los daños morales derivados de los engaños e infidelidades del marido. Para mayores detalles sobre esta y otras sentencias de las Audiencias Provinciales, *Vid.* B. Flores González, *Algunas ideas sobre los daños morales en las relaciones familiares*, F. Yáñez Vivero *et al.* (dir.), *Fortalezas y debilidades del Derecho de familia contemporáneo*, tomo II, Madrid 2023 1347ss.

³⁶ En el caso resuelto por la SAP de Segovia de 30 de septiembre de 2003, la esposa, gravemente enferma, solicita indemnización por el daño moral derivado del abandono por parte del marido del hogar conyugal.

dispuesto en el art. 97 CC, sobre pensión compensatoria³⁷, en el art. 1438 CC, sobre compensación por trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes³⁸, o en otras normas similares.

En el caso de la sentencia de referencia, la duda es si el daño cuya indemnización se pretendía derivaba o no del incumplimiento de un deber conyugal. El propio Tribunal es consciente de que sentencia recurrida en casación consideró que la conducta causante del daño era la ocultación de la paternidad, por lo que, para salvar este obstáculo, argumenta: “Al margen de que lo que lleva a la ocultación es el incumplimiento del deber de fidelidad, razones análogas a las expuestas en relación con este incumplimiento, resultan de aplicación cuando la conducta generada causante del daño es la ocultación de la filiación”.

La relación del supuesto de esta sentencia con los deberes matrimoniales plantea dificultades³⁹, unas dificultades que quizás se hubieran podido sortear mejor, siempre desde la línea argumental seguida por la sentencia, entendiéndose que el deber de fidelidad no consiste estrictamente en la exclusividad de relaciones sexuales, sino que posee un significado más amplio, como sinónimo de lealtad⁴⁰.

En términos de justicia material, la respuesta que se ha dado por parte del TS a las pretensiones de los padres que ignoraban la verdadera filiación del hijo nacido durante el matrimonio, puede no resultar del todo convincente. No es difícil empatizar con estos padres y percibir la solución jurisprudencial como injusta para con ellos. Sin embargo, en mi opinión la solución no habría sido distinta desde una estricta aplicación de lo establecido en el art. 1902 CC. No parece que concurren, en el caso de la sentencia de 2018, todos los presupuestos que este precepto exige para que surja el deber de indemnizar. Si, tal y como entendió la sentencia de apelación, el comportamiento dañoso fue el silencio de la madre respecto de la posibilidad de otra paternidad del hijo, no creo, sinceramente, que este silencio pueda tacharse de negligente. ¿Es razonable exigir a la esposa que, constante matrimonio, compruebe la paternidad biológica del hijo y que, de no corresponder al

³⁷ Dispone este artículo que:

“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.

2ª La edad y el estado de salud.

3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.

4ª La dedicación pasada y futura a la familia.

5ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.

6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal

7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión

8ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge

9ª Cualquier otra circunstancia relevante

En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”.

³⁸ “Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación.

³⁹ De ahí que afirme M. D. Casas Planes (*En torno a los daños morales y económicos puros familiares*, en F. Yáñez Vivero et al. (dir.), *Fortalezas y debilidades del Derecho de familia contemporáneo*, tomo II, Madrid 2023, 1287) que la fuente legitimadora de la obligación indemnizatoria del daño moral por ocultación de la paternidad es la institución jurídica de la responsabilidad civil, al ser autónomo del daño derivado de la vulneración del deber de fidelidad.

⁴⁰ Sobre esta cuestión, en la doctrina italiana, recientemente, V. Zambrano, *I need you, i trust you, i am coming to you: a proposito di infedeltà coniugale e danno*, en F. Yáñez Vivero et al. (dir.), *Fortalezas y debilidades del Derecho de familia contemporáneo*, tomo II, Madrid 2023, 1469ss.

marido, le informe de ello?, ¿Es acertado entender que incurre en culpa la esposa que, cuando se produce la ruptura de la relación conyugal, no advierte a su marido de que podría no ser el padre de un niño que lo considera tal desde su nacimiento, sin tomar en consideración que quizás con ello lo que pretendía era preservar la vida familiar o proteger el interés de los hijos?, ¿No será que estamos extendiendo la reprobación que nos merece la infidelidad en sí a esta otra conducta, de tipo omisivo, de no advertir al marido de que podría no ser el progenitor?

En definitiva, sin perjuicio de que en otros casos de ocultación de paternidad (no necesariamente matrimonial), pueda decidirse que hay un deber de resarcimiento, en aplicación del régimen de la responsabilidad extracontractual, no era así en el caso de la STS de 2018.

Retomando el asunto de los deberes matrimoniales, cabe concluir que su incumplimiento origina solo y exclusivamente los efectos concretos -y muy lógicos- mencionados anteriormente: ser causa de cese del deber de alimentos, de desheredación y de revocación de donaciones por razón de matrimonio entre cónyuges. Distinto es, claro está, que la conducta o comportamiento de un cónyuge frente a otro, al margen de ser considerada incumplimiento de un deber conyugal, sea constitutiva de delito o subsumible en el concepto de intromisión ilegítima de la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, o en el art. 1902 CC. Pero, fuera de estos casos u otros similares, no hay base en el ordenamiento jurídico español para atribuir efectos patrimoniales, ni resarcitorios ni de otro tipo⁴¹, al incumplimiento de los deberes enumerados en los arts. 67 y 68 CC.

La doctrina de la STS de 2018 me parece acertada por un motivo fundamental: porque va en la línea de atribuir al matrimonio el menor número posible de efectos jurídicos. Confirma pues la idea, que se viene defendiendo, de que cuando el Código español regula los “deberes” matrimoniales, y pese a la denominación utilizada, no establece propiamente a qué se obligan los cónyuges, ni mucho menos de qué conductas han de responder, sino que hace algo muy distinto: especificar qué es lo que consienten y quieren quienes contraen matrimonio.

5. Precisiones sobre el concepto de matrimonio.

Tal y como se viene exponiendo, en el Derecho positivo español el concepto de matrimonio se encuentra implícito, actualmente, en los artículos que el Código civil destina a establecer los deberes matrimoniales, los arts. 66 a 68. Debe también tenerse en cuenta, para completar el concepto, el hecho de que la relación matrimonial se extingue por el divorcio, a petición de uno o ambos cónyuges, y sin necesidad de invocar ni probar causa alguna, conforme a lo dispuesto en los arts. 86 y 81 CC. Del conjunto de preceptos mencionado se colige que el matrimonio es una comunidad de vida entre dos personas, presidida por la igualdad, el respeto mutuo, la lealtad y la colaboración recíproca orientada al interés familiar. Habría que añadir que el ánimo o voluntad de los contrayentes es que esta comunidad de vida sea *indefinida* (cfr. art. 45, 2º), aun cuando sea susceptible de extinguirse por decisión unilateral.

Sentado lo anterior, una de las cuestiones que se plantea es la del papel que en la relación matrimonial juega el afecto. Frente a lo que ha ocurrido en otras etapas históricas, actualmente los matrimonios suelen celebrarse por amor. Ahora bien, en lo que concierne a la conceptualización jurídica del matrimonio, este dato es irrelevante. No solo no hay un deber de afecto, por más que algún autor lo haya insinuado, sino que tampoco el afecto (o la ausencia de afecto), desempeña papel alguno en el momento de celebración del matrimonio, ni mucho menos de cara a una hipotética nulidad. Lo que

⁴¹ Así, la exclusión de la pensión compensatoria. No obstante, sí que podría considerarse excluida si tiene naturaleza estrictamente alimenticia, lo que a veces ocurre. En este caso sería una atribución patrimonial gratuita (aunque de origen legal, como los alimentos). Pero si su causa es onerosa y constituye la indemnización por la pérdida de oportunidades, no debe verse afectada por el incumplimiento de deberes conyugales, por grave que sea este.

conlleva la nulidad del matrimonio es la ausencia absoluta de consentimiento matrimonial (art. 73, 1º y 45 CC). Cuando pueda demostrarse que los contrayentes no querían constituir la comunidad de vida anteriormente descrita, podrá solicitarse la nulidad del matrimonio⁴². Pero los motivos que mueven a contraer matrimonio carecen de relevancia jurídica. Dentro de las normas que regulan el matrimonio no hay alusiones directas a los sentimientos de quienes lo contraen, aunque, curiosamente, sí que las hay en algunas de las normas que atribuyen efectos jurídicos a la convivencia *more uxorio*, como el art. 12.4 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos, que alude a ella con la alambicada expresión “relación de afectividad análoga a la conyugal”.

En otro orden de cosas, la doctrina se viene planteando, tradicionalmente, al hilo del concepto de matrimonio, la cuestión relativa a su naturaleza contractual. En mi opinión, y dado que la figura cuenta con una regulación propia y además completa, se trata de una cuestión de muy escasa trascendencia práctica. La dificultad de la respuesta estriba en que el propio concepto de contrato no está exento de debate. Como ya dijera en su día J.L. Lacruz Berdejo, en el fondo de esta discusión hay mucho de *quaestio nominis*⁴³. Más allá de que se pueda admitir el paralelismo que presenta el matrimonio con el contrato, en el sentido de que ambos son acuerdos que generan relaciones jurídicas, las diferencias son notorias. En el matrimonio faltan algunos de los rasgos que forman parte de la esencia del contrato, que es un instrumento para el intercambio de bienes y servicios. El contrato origina una relación jurídica de contenido patrimonial, lo que no puede decirse de la relación matrimonial, que es de naturaleza personal e intransmisible. En este sentido, afirma R. Bercovitz Rodríguez-Cano⁴⁴ que el matrimonio no puede calificarse de contrato, a pesar de ser un negocio jurídico bilateral, puesto que los deberes personalísimos que del mismo derivan para los cónyuges no admiten una valoración económica, y su incumplimiento no puede, en principio, generar responsabilidad patrimonial alguna. Añade que tales deberes no son obligaciones en sentido propio, que de su incumplimiento no responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros, conforme al art. 1911 CC, y que no sean susceptibles de cumplimiento forzoso ni de resolución por incumplimiento.

Debe también señalarse que el matrimonio es el origen o fuente de una familia, pero que, frente a lo ocurrido en otras etapas históricas, la familia matrimonial no es la única reconocida por el Derecho. Esto es algo que el Tribunal Constitucional dejó claro desde el principio, al interpretar el art. 39 CE, cuyo número 1 dice que “Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. La STC 222/1992, de 11 de diciembre, estableció que la Constitución no identifica la familia con la familia matrimonial y que tanto esta como la familia extramatrimonial se encuentran contenidas en el ámbito de aplicación del citado precepto. Esto no significa, obviamente, como toda la doctrina se ocupa de matizar, que los distintos modelos familiares deban ser equiparados por las leyes. El reconocimiento expreso del derecho a contraer matrimonio y de la institución matrimonial por el art. 32 CE ofrece base al legislador para atribuir distinto trato a la familia matrimonial y a la extramatrimonial, aunque en ningún caso a los hijos, que son iguales ante la ley con independencia de su filiación (art. 39.2 CE).

Es claro, además, que con la admisión del matrimonio homosexual y con el reconocimiento de la libertad para ponerle fin se produce una innegable aproximación entre la relación matrimonial y la situación de las parejas de hecho estables, entre las que, dejando al margen el régimen económico matrimonial y los derechos sucesorios, se han acortado mucho las diferencias. Quizás la más perceptible sea la de que el matrimonio se constituye mediante un acto formal y se extingue, igualmente, en la forma legalmente establecida. Pero, fuera de ello, el paralelismo, en referencia al

⁴² Tal posibilidad tiene poco sentido para los propios cónyuges, dados los requisitos para obtener el divorcio, pero no hay que olvidar la legitimación para ello del Ministerio Fiscal y de cualquier persona con interés directo y legítimo (art. 74).

⁴³ *Derecho de Familia. El matrimonio y su economía*, Navarra 2010, 37.

⁴⁴ *Tratado de contratos*, tomo I, III edición, Valencia 2020, 111.

momento de la ruptura, es muy evidente. Y, sobre todo, los problemas prácticos que plantea el cese de la convivencia son similares, cuando no idénticos, en un caso y en otro.

6. Conclusiones.

Primera: Es un hecho innegable que, en España, el matrimonio ha perdido mucha relevancia, tanto social como jurídica. Hace tiempo que dejó de ser la única base de la familia: muchas parejas conviven de modo estable, incluso durante toda la vida, sin contraer matrimonio. En España no hay una regulación estatal de las parejas de hecho, lo que no significa que se las ignore absolutamente; las leyes les atribuyen determinados efectos⁴⁵. La ausencia de regulación es, igualmente, una decisión respetuosa de la libertad individual por parte del legislador, que considera que no debe regular la relación de quienes deciden no contraer matrimonio.

Segunda: El contenido jurídico de la relación matrimonial es mucho más escaso que en otros momentos históricos, por efecto de reformas legislativas que colocan en primer plano la libertad individual y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Tercera: Por lo que se refiere a las relaciones familiares horizontales, la mayor atención legislativa, social y jurisprudencial se focaliza en las rupturas. En concreto, y puesto que el cese de la relación matrimonial no precisa de causa alguna, en el establecimiento de las medidas que habrán de regir la situación post-ruptura.

Cuarta: Resulta en cierto modo paradójico que el Derecho pierda presencia durante la etapa de la convivencia, y la gane en cambio en la etapa post-ruptura. Y no solo cuando se trata del cese de la relación matrimonial (regulada con detalle en sus aspectos civiles y procesales), sino también de la extramatrimonial: contamos con instrumentos procesales específicos para canalizar los desacuerdos o conflictos relativos al cese de la convivencia, o para aplicar el necesario control judicial de lo pactado en su caso por los miembros de la pareja, cuando existan hijos menores de edad; aplicamos las mismas reglas de Derecho sustantivo a las relaciones entre padres e hijos no convivientes, con independencia de su naturaleza matrimonial o no, por cuanto que todos son iguales ante la ley; si bien, eso sí, damos a los conflictos que se originan entre ex convivientes respuestas jurídicas basadas en las normas generales del Derecho patrimonial, y que son distintas a las establecidas para las parejas casadas, precisamente para respetar la decisión de quienes no quisieron casarse.

Quinta: Sin embargo, el Derecho positivo no refleja ni se corresponde totalmente con el actual estado de cosas. Piénsese, por ejemplo, en la estructura del Código. Resulta poco coherente con lo expuesto que la primera institución de Derecho de familia que se regula sea el matrimonio, y no la filiación, como hoy parecería lógico. Resulta también poco lógico que las normas de Derecho sustantivo se centren en regular las crisis matrimoniales, obviando en muchos aspectos la ruptura de las uniones libres.

Sexta: Sería conveniente abrir un debate sobre la posibilidad (y oportunidad) de regular conjuntamente los efectos de la ruptura matrimonial y los efectos del cese de la convivencia estable, para el caso de existencia de hijos comunes. Dado que los problemas a los que se debe dar respuesta en este momento son los mismos, y dado que no es dudoso que cuestiones tales como la custodia o los alimentos de los hijos han de quedar sujetos a las mismas reglas, tiene todo el sentido que así sea. De esta manera se evitaría tener que estar acudiendo e invocando continuamente la aplicación analógica de normas que están solo pensadas para las crisis matrimoniales y no para las extramatrimoniales, pero que acaban siendo aplicables en ambos casos.

⁴⁵ Así, la ya citada Ley de arrendamientos urbanos reconoce al conviviente el derecho a subrogarse en la posición del conviviente arrendatario; el art.101 CC prevé la extinción de la pensión compensatoria “por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona”.

PERFILES DE DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESAL DEL NUEVO
DERECHO DE FAMILIA ITALIANO

Vitulia Ivone*

SUMARIO: 1. Premisa; 2. El Código civil; 3. La Reforma de 1975; 4. El contexto internacional y comunitario; 5. La protección de la unidad familiar y de las instituciones de defensa contra la violencia familiar. Órdenes de protección contra abusos; 6. La Reforma de 2012; 7. Las nuevas reglas de negociación asistida y de divorcio breve. El legislador italiano se adapta a la crisis del matrimonio como institución legal; 8. Límites actuales de los modelos familiares: la Ley italiana que regula las uniones civiles y la convivencia; 9. La Reforma Cartabia; 9.1. Los aspectos sustanciales de la Reforma; 9.1.1. La modificación del art. 156 c.c.: novedades en materia de régimen patrimonial de la familia; 9.1.2. Novedades sobre la situación patológica del matrimonio: la modificación del art. 158 c.c.; 10. Conclusiones.

1. Premisa.

Ante todo, deseo dar las gracias a los amigos y colegas Marcos López y Antonio Gálvez, por haber pensado en esta aventura, juntos y peripatéticos.

Un agradecimiento a la profesora María Luisa Moreno Torres que fue la primera en considerar posible esta idea.

Gracias a la Universidad de La Coruña que hoy nos acoge como anfitriona.

Y un especial agradecimiento a mis colegas italianos – en presencia y online – cuyo apoyo siempre me acompaña.

La vejez tiene sus reglas: una de ellas es iniciar una conferencia.

Por ello aclaro que mi cargo es sólo consecuencia de un hecho cronológico, no de un merecido privilegio académico.

Después del espléndido relatorio introductorio de la profesora Torres, mi tarea consiste en esbozar los contornos del actual Derecho de familia italiano.

Esto me obliga a empezar desde lejos.

La Constitución italiana establece: La República reconoce los derechos de la familia como sociedad natural basada en el matrimonio. El matrimonio se regirá sobre la base de la igualdad moral y jurídica de los cónyuges, con los límites establecidos por la ley como garantía de la unidad familiar (art.29).

Aquí quisiera abrir un breve paréntesis con el que pretendo llamar su atención sobre el siguiente supuesto: lo que había detrás de una ley en 1947 y lo que está sucediendo hoy.

Deseo que entendamos la importancia del camino que el derecho italiano ha atravesado y recorrido para llegar a hoy: un camino que comenzó con una contradicción fundamental entre la Constitución y el código civil, que necesitaba jurisprudencia y muchas reformas para lograr una modernidad aceptable.

Demostrar que una ley debe ser fruto de un camino intelectual incluso antes que de uno jurídico, de un anhelo profundo y no de una necesidad material y contingente.

Que nosotros, como juristas, debemos exigir que el legislador piense antes de escribir, reflexione, investigue y calibre el peso de las palabras contenidas en una ley.

* Professore associato di Diritto civile e Nozioni giuridiche fondamentali presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche, Università di Salerno.

Cuando en 1947 los ponentes de la Constitución italiana se reunieron para redactar los artículos, cuando llegaron al tema de la familia, tuvieron problemas para articular las palabras y aclarar los asuntos.

El tema era: ¿Cómo se define familia? ¿Qué palabra o conjunto de palabras es más capaz de aclarar un concepto que es también una condición humana? ¿Cómo podemos evitar que este concepto sea sólo fruto del presente y se convierta en un concepto válido también para el futuro?

La grandeza de quienes escribieron la Constitución italiana fue, ante todo, ésta: prever el presente, pensar en el futuro.

Y el tema de la familia, como escribió Roberto Bin, representa uno de los mayores ejemplos de mediación lingüística en la redacción de la Constitución italiana⁴⁶.

Hablar de la familia como «sociedad natural fundada en el matrimonio»⁴⁷, plantea dos cuestiones:

¿Cómo es que la familia fue clasificada como sociedad, casi como empresa?

¿Cómo es que esta sociedad es «natural»?

No es nada nuevo sostener que la Constitución italiana - pero podemos decir lo mismo de muchas leyes del Estado italiano - han sufrido la persuasión moral de la Iglesia católica.

Y a pesar de ser admiradora de Giordano Bruno, no definiré a la Iglesia como “el lobo romano voraz” como lo hizo él en su *Oratio consolatoria*.

La parte católica que redactó la Carta Constitucional italiana quiso incluir esta referencia al derecho natural - la sociedad natural - implicando que la familia preexiste al Estado.

Decir esto significa que el Estado no tiene el poder de cambiar este contexto. Y esto no es aceptable. Porque sabemos que la familia es una institución extremadamente cambiante, en términos de tamaño, organización y función. Ni siquiera es necesario analizarlo con herramientas sofisticadas, porque la increíble mutación que ha sufrido la familia italiana a lo largo de una o dos generaciones pertenece a nuestra propia experiencia directa.

Así pues, si dejamos de lado la visión “natural” de la familia y aceptamos que es “natural” en el sentido de que pertenece a las necesidades humanas fundamentales, indispensables, ligadas a la socialidad de la persona, a su reproducción, a su afectividad, a su necesidad para la intimidad, entonces la familia se convierte en ese primer e indispensable ejemplo de “formación social” del que trata el art. 2 de la Constitución que garantiza y, una vez más, “reconoce” su existencia (no sorprende, ya que el art. 2 es la otra cláusula de “derecho natural” de la constitución).

Como se ha subrayado con autoridad, el art. 29 constituye esencialmente una especificación del artículo 2 donde se reconocen los derechos inviolables de la persona tanto como individuo como en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad. El término “natural” utilizado en el art. 29 para calificar ese tipo particular de “sociedad” en que consiste la familia debe, por tanto, entenderse más precisamente como equivalente a “social” y no en el sentido de sociedad fundada en el “derecho natural”⁴⁸.

⁴⁶ R. Bin, *La famiglia: alla radice di un ossimoro*, in *Studium Iuris*, 10, 2000, 1066 ss.

⁴⁷ G. Bonilini, *Il matrimonio*, in *Diritto civile*, diretto da N. Lipari - P. Rescigno, coordinato da A. Zoppini, I, II, La famiglia, Milano, 2009; AA.VV., *Del matrimonio*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da E. Gabrielli, *Della famiglia*, a cura di L. Balestra, art. 79 ss., Milano-Torino, 2010; E. Giacobbe, *Le persone e la Famiglia*, in *Tratt. dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Milano-Torino, 2011; M. Paradiso, *I rapporti personali tra coniugi. Artt. 143-148*, in *Il Codice civile. Commentario*, fondato da P. Schlesinger, diretto da F.D. Busnelli, Milano, 2012; A. Renda, *Il matrimonio civile. Una teoria neo-istituzionale*, Milano, 2013; T. Auletta, *Diritto di famiglia*, Torino, 2014; V. Scalisi, *Studi sul diritto di famiglia*, Milano-Padova, 2014; G. Ferrando, *Il matrimonio*, in *Tratt. dir. civ. comm.*, già diretto da A. Cicu - F. Messineo - L. Mengoni, continuato da P. Schlesinger, Milano, 2015; M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Milano-Padova, 2015; P. Corder - M. G. Cubeddu Wiedemann, *Diritto di famiglia - Formulario commentato*, Milano, 2016; f. alcaro, *La famiglia*, III ed., Padova, 2017; F. Naddeo, *I rapporti familiari*, in *Manuale di diritto privato*, Torino, 2017, 352.

⁴⁸ Así, L. Mengoni (*La famiglia in una società complessa*, in *Iustitia*, 1990, 4) para quien «[a]tribuir la naturalidad de la familia a una institución de derecho positivo, como el matrimonio, el art. 29 no se contradice, porque el matrimonio es una connotación originaria de la familia, él mismo pertenece al orden de la familia entendida como sociedad natural. Sólo

En todo caso, a la expresión “sociedad natural” no se le puede atribuir un valor distinto del que corresponde a la expresión “formación social”.

La interpretación sistemática de los artículos 2 y 29 justifica la colocación de la familia entre las formaciones sociales cuya existencia está garantizada constitucionalmente, pero no permite trasladar el fundamento de la institución familiar al terreno del derecho natural.

En efecto, si lo consideramos detenidamente, es precisamente la calificación de la familia como formación social la que postula la historicidad y relatividad esencial de la noción, ya que depende intrínsecamente del tipo de sociedad que se considere y del grado de evolución alcanzado.

El único significado que a la luz de estos hallazgos puede atribuirse al art. 29 es referirse - en relación a la estructura y organización de la familia - a las valoraciones que operan en el entorno social.

Pero esto no significa que el derecho positivo deba o pueda ser ignorado al determinar la noción jurídica de familia: de hecho, está claro que incluso cuando el legislador parece referirse directamente a la realidad social, siempre lo hace en relación con la forma en que se hace referencia a que se identifiquen las características jurídicamente relevantes y el alcance específico del fenómeno social⁴⁹.

La doctrina italiana ha dado voz a esta necesidad de manera amplia: junto a quienes creen que la legislación actual no se adapta a una noción unitaria de familia y no tiene una dimensión constante⁵⁰, hay quienes perciben su amplitud cambiante en relación con las necesidades concretas que subyacen a la disciplina individual⁵¹.

Incluso el derecho penal ha declarado que no existe una noción unitaria y constante de familia⁵².

Por tanto, la Constitución, si bien expresa - por razones precisamente culturales e históricas - una preferencia genérica hacia la familia conyugal nuclear⁵³, es decir, «la que se constituye con el matrimonio del padre natural y está compuesta por el cónyuge e hijos legítimos»⁵⁴, sin embargo, contiene disposiciones que pretenden proteger también a la familia no fundada en el matrimonio, distinguiendo claramente el nivel de las relaciones entre cónyuges (art. 29) del de las relaciones entre padres (casados o no) y los hijos (art. 30).

Poco antes de la reforma del derecho de familia - que entró en vigor el 20 de septiembre de 1975 - se lee:

«El art. 30 de la Constitución, en el primer párrafo, vincula el derecho y el deber de educar, mantener e instruir a los hijos al simple hecho de la filiación, aunque no sea en el contexto del matrimonio. Por tanto, los contenidos fundamentales de la relación familiar que une a los padres con sus hijos no están subordinados a la existencia del matrimonio, ya que son afirmados y protegidos por la ley también para los hijos naturales. Esto es una prueba de que el ordenamiento jurídico, independientemente de la estructura extrínseca de la fuente, reafirma continuamente ese “modelo” de familia examinado, es decir, fundado en la solidaridad y el consenso, capaz de llevar a cabo una función educativa, tanto de tarea como de sustento, que pone a sus miembros en condiciones de ejercer concretamente esa esfera de actividad que les es reconocida por su propio ser (campo de la personalidad)»⁵⁵.

en el plano antropológico, es decir, de reflexión sobre la condición humana, los dos elementos de la definición del art. 29 puede analizarse dicotómicamente para realzar el valor del matrimonio como momento de perfección del hombre como persona».

⁴⁹ P. Barcellona, voce *Famiglia (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 780 ss.

⁵⁰ L. Campagna, *Famiglia legittima e famiglia adottiva*, Milano, 1966, 51 ss.; A. Pino, *Diritto di famiglia*, Padova, 1998, 10.

⁵¹ G. Pecorella, voce *Famiglia (delitti contro la)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 790 ss.; P. Perlingieri, *Riflessioni sull'«unità della famiglia»*, in ID. (a cura di), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 8 (già in AA.VV., *Studi sassaresi*, II, *Famiglia e società sarda*, Milano, 1971, 538).

⁵² G.D. Pisapia, voce *Famiglia (Diritto penale)*, in *Nov.mo dig. it.*, VII, Torino, 1957, 52 ss.

⁵³ P. Zatti, *Trattato di diritto di famiglia*, I, Milano, 2011, 1087.

⁵⁴ Corte cost., sent. 14 aprile 1969, n. 79; Corte cost. 27 marzo 1974, n. 82, e 30 aprile 1973, n. 50.

⁵⁵ G. Piepoli, *Realtà sociale e modello normativo nella tutela della famiglia di fatto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, 1446.

Una variedad similar (si no aún mayor) de significados se encuentra también en el léxico de los documentos internacionales y comunitarios, donde además el concepto de “familia” (mencionado, por ejemplo, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de los trabajadores migratorios y de sus familiares, así como en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea) están flanqueados por aquellos, igualmente polisémicos, de «vida privada y familiar» (a que se refiere el art. 8, apartado 1, del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales) y de «entorno familiar» (a que se refiere el art. 20, apartado 1), de la Convención sobre los derechos del niño), que parecen implicar una idea de familia más amplia, y en todo caso diferente (en rasgos esenciales, si no en función), respecto de la tradicional⁵⁶.

Y es precisamente a partir de esta idea que el Tribunal de Estrasburgo y, posteriormente, el Tribunal de Casación han reconocido la existencia del derecho a la vida familiar también para las parejas homosexuales⁵⁷.

Si la familia es una formación social, un lugar-comunidad que tiende a la formación y al desarrollo de la personalidad de quienes en ella participan, no expresa un interés superior al de los individuos, sino una función instrumental para la mejor realización de los derechos emocionales e intereses existenciales de sus componentes.

Podemos decir que los “motivos familiares” carecen de autonomía respecto de los “motivos individuales”⁵⁸. En otras palabras, la familia «se configura más bien como un mero “lugar” de convergencia de intereses individuales entre personas unidas por vínculos de parentesco (esencialmente dentro del segundo grado) o matrimoniales. El derecho, por tanto, se limita a detectar, y por tanto en última instancia a proteger, sólo una serie de intereses individuales que en la convivencia material encuentran un punto de cohesión, capaz de transformarlos en intereses “comunes”.

Lo que adquiere importancia jurídica, por tanto, no es tanto la familia *ex se*, sino, de vez en cuando, “las relaciones familiares individuales, consideradas por separado”.

2. El Código civil.

En su texto original, el Código civil italiano de 1942 - no muy diferente del de 1865, que a su vez reflejaba, en ideología y estructura, el Código Napoleón de 1804 - tenía un carácter patriarcal - y, por tanto, esencialmente jerárquico y autoritario, tanto en las relaciones entre cónyuges como en las relaciones entre padres e hijos⁵⁹.

Esta concepción – «que, en términos sociojurídicos, podemos definir como androcéntrica» – tenía sus raíces históricas en la tradición romanista de la *patria potestas* y era plenamente coherente con la estructura general de un código – el del 42 – que en su inspiración subyacente «privilegia al “sujeto económico” en un panorama normativo que tiñe las relaciones humanas según un orden jerárquico preciso».

⁵⁶ V. Pocar - P. Ronfani, *La famiglia e il diritto*, Roma-Bari, 2008, 35: «el modelo de familia fundado en el matrimonio como único “natural”, atribuyendo a un modelo un carácter independiente de la historia y de la cultura, como el de la familia conyugal nuclear, que viceversa, como nos enseñan la sociología y la antropología, es precisamente histórico y cultural».

⁵⁷ Corte eur. dir. uomo, sez. I, 24 giugno 2010, Schalk e Kopf c. Austria; Cass. civ., sez. I, 15 marzo 2012, n. 4184. Se vea, también, Corte cost., sent. 15 aprile 2010, n. 138.

⁵⁸ P. Perlingieri, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1988, 40.

⁵⁹ G. Ferrando, *Il diritto di famiglia oggi: c'è qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Pol. dir.*, 2008, 3 ss.; P. Rescigno, *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000; P. Zatti, *Familia, familiae - Declinazioni di un'idea, I. La privatizzazione del diritto di famiglia*, in *Familia*, 2006, 32 ss.

Aquí podemos identificar el significado profundo del código civil italiano, basado en el respeto a las jerarquías y prioridades establecidas, en las que «el marido es el cabeza de familia»; «su esposa sigue su estado civil, asume su apellido y está obligada a acompañarlo donde él estime oportuno para fijar su residencia»; «el hijo, cualquiera que sea su edad, debe honrar y respetar a sus padres».

El código civil de 1942, de hecho, tiene como objetivo crear un clima de solidaridad nacional, entendida como solidaridad productivista. El corporativismo es la expresión de esta manera de ver: superar el conflicto entre las categorías opuestas de sujetos - empleador y trabajador, productor y consumidor - en una visión estrictamente economicista, dando prevalencia al “interés superior de la producción” (ver, por ejemplo, el art. 2104 código civil). Para lograr este objetivo, es decir el aumento de la producción nacional, es necesario sacrificar derechos individuales y, en cierto sentido, sociales. El interés superior se convierte en un mito que inspira soluciones a problemas, incluso de carácter personal. Estamos hablando del interés superior de la familia, que se identifica con el interés superior del Estado. Estamos hablando de constricciones, limitaciones, restricciones a la propiedad y a los negocios o restricciones a los derechos individuales de la persona física en interés superior de la producción o del Estado. El valor individual de la persona, incluso en su unidad familiar, está subordinado a un interés superindividual, a veces el de la familia, a veces el de la empresa, sacrificando así derechos fundamentales.

En este complejo contexto el código civil de 1942, a pesar de su estructura autoritaria, es ampliamente utilizado y se considera una fuente autorizada, bien redactada y coherente entre premisas y aspectos concretos.

Sin embargo, la parte relativa al derecho de familia apareció inmediatamente ausente, incompatible con las declaraciones de principios presentes en la Constitución⁶⁰: pensemos, entre otras, en la severa referencia al principio de igualdad, completamente comprimido y violado en muchas disposiciones que abiertamente han colocado a la esposa en una posición subordinada respecto de su marido en la elección y ejercicio de sus derechos.

Sobre todo, los hijos, «en la intención del legislador, siguen siendo exclusivamente uno de los objetos, aunque deben ser protegidos, de la relación entre los cónyuges y están hasta tal punto “despersonalizados” que su ser y su devenir nunca pueden ser tenidos en cuenta. [...] El interés de los hijos, en esencia, se logra no, positivamente, con la promoción de su personalidad sino, negativamente, siempre y cuando el comportamiento de quien ejerce la patria potestad sea lícito. [...] La personalidad de los niños, sus aspiraciones, sus inclinaciones y capacidades no son relevantes: lo que hay que tener en cuenta consiste exclusivamente en datos objetivos, los únicos capaces de formar un ciudadano a imagen y semejanza de la “moral actual”⁶¹.

La institución de la patria potestad, de hecho, estaba esencialmente dirigida a proteger los intereses patrimoniales del menor, como sujeto sin capacidad de obrar, casi totalmente desinteresado de los personales. Estos últimos eran simplemente considerados como «un aspecto “natural”, metajurídico» de la relación entre padre e hijo: un aspecto «que encontraba mucho mejor su disciplina en las reglas de ética y de humanidad»⁶².

⁶⁰ C. Grassetti, *I principi costituzionali relativi al diritto familiare*, in *Comment. sistematico alla Costituzione italiana*, diretto da Calamandrei e Levi, Firenze, 1950, I, 292; M. Bessone, *Rapporti etico-sociali*, in *Commentario alla Costituzione*, diretto da G. Branca, Bologna-Roma, 1976, 104; P. Perlingieri, *Sui rapporti personali nella famiglia*, in *Dir. fam. e pers.*, 1979, 374. El autor explica que «la familia es un valor constitucionalmente garantizado dentro de los límites de su conformidad y en todo caso no contrario a los valores que caracterizan las relaciones civiles, en particular el respeto de la dignidad humana».

⁶¹ P. Zatti, *Rapporto educativo e intervento del giudice*, in A. De Cristofaro - A. Belvedere (a cura di), *L'autonomia dei minori tra famiglia e società*, Milano, 1980, 228.

⁶² F. Giardina, *I rapporti personali tra genitori e figli alla luce del nuovo diritto di famiglia*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1354.

Se trata de una perspectiva caracterizada por una especie de “idea sacra y mística del vínculo filial”, en la que el problema jurídico de la autodeterminación del menor aún no existe, debe ser construido; y menos aún surge la protección de su esfera de libertad contra quienes ejercen sobre él la “autoridad paterna”. En efecto, del marco normativo se desprende claramente un diseño pedagógico-cultural que atribuye a la figura paterna una función esencialmente represiva e inhibidora de la personalidad del niño, quien en su proceso de crecimiento debe ser ante todo frenado y corregido, en vista de la relativa conformación de un paradigma ético-social impuesto con autoridad.

Incluso en la jurisprudencia predominante de la época, el interés del menor como tal es casi desatendido: los jueces - tanto en los casos civiles como en los penales - se preocupan principalmente de salvaguardar, en sus diversas manifestaciones, el principio de la autoridad paterna, del que convertirse en una especie de “brazo secular”⁶³. Muy raras, aunque significativas en una tendencia cada vez más emergente, son las decisiones que ponen énfasis en la autonomía de decisión del menor y en la necesidad de respetar su propia personalidad⁶⁴.

3. La Reforma de 1975.

En los treinta años posteriores a la promulgación del Código, se han ido acumulando las reflexiones de la mejor jurisprudencia y doctrina italiana.

Son años fructíferos de encuentros y comparaciones, entre italianos y extranjeros.

Se escriben ríos de tinta, libros y artículos para instar a una adecuada revisión de la parte más oscurantista del código civil italiano.

La observación de la existencia de una brecha entre las disposiciones del Código Civil y los principios constitucionales era un hecho⁶⁵.

Tuvieron que pasar unos buenos veintisiete años (de los cuales unos diez se dedicaron a trabajos preparatorios) antes de que el Parlamento completara - en medio de muchas dificultades, debido a la resistencia de ciertos sectores de la política y la cultura - una reforma integral de la disciplina del código de familia: Ley 19 de mayo de 1975, n. 151 («Reforma del derecho de familia»).

El Tribunal Constitucional desempeñó un papel fundamental y preparatorio de la reforma.

Después de una primera fase extremadamente conservadora (El Tribunal Constitucional tuvo que justificar inicialmente la legitimidad de las disposiciones del Código Penal que, al configurar los delitos de adulterio, relaciones adúlteras y concubinato (artículos 559 y 560), preveían un trato diferente para los dos cónyuges (véase sentencia de 28 de noviembre de 1961, n. 64), el Tribunal Constitucional llegó al punto de dictar sentencias de ilegitimidad de las disposiciones originales del derecho civil aunque sólo en algunas ocasiones.

La referencia es a aquellas sentencias en las que el Tribunal destacó la clara violación del principio de igualdad: sentencia del 21 de junio de 1966, n. 71 (“El artículo 260, segundo párrafo, del Código Civil ha sido denunciado en referencia a los artículos 3 y 29 de la Constitución: la norma establece que, si el hijo natural es reconocido por ambos padres, los derechos que derivan de las competencias patrias son normalmente ejercidos por el padre; por lo tanto, según la orden de remisión, entraría en conflicto con el principio general de igualdad (art. 3) y en particular con el principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges (art. 29).

Aquí se aprecia fácilmente la valentía y claridad del Tribunal Constitucional.

Aquí constatamos el papel activo del Tribunal Constitucional: sentencia de 27 de diciembre de 1965, n. 101 [«Sin embargo, la Corte considera que las cuestiones de legitimidad constitucional que se

⁶³ Trib. min. Bologna, 23 ottobre 1973.

⁶⁴ C. Cossu, *Educazione del minore e potestà dei genitori, analisi di alcuni modelli giurisprudenziali*, in *Dir. fam.*, 1977, 339.

⁶⁵ A. Amorth, *La Costituzione italiana. Commento sistematico*, Milano, 1948, 71.

plantean en este asunto, además de su validez en cada caso, revelan un estado de conciencia pública muy sensible al principio constitucional de igualdad moral y jurídica de cónyuges, cuya plena aplicación, respetando el otro principio constitucional de unidad familiar, cabe esperar mediante una intervención orgánica del legislador»].

Después de 27 años de trabajo, llegamos a la Reforma de 1975, que ha introducido importantes innovaciones - en línea con las directrices constitucionales - tanto en la regulación de las relaciones entre cónyuges como en la regulación de las relaciones entre padres e hijos⁶⁶.

La Reforma establece que, una vez unidos en matrimonio, “el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes”; están mutuamente obligados “a ser fieles, a prestarse asistencia moral y material, a colaborar en interés de la familia y a la convivencia”; «se les exige, cada uno en relación con su patrimonio y su capacidad para trabajar profesionalmente o en casa, contribuir a las necesidades de la familia» (Art. 143 c.c.); “acuerdan entre ellos la dirección de la vida familiar y establecen la residencia de la familia de acuerdo con las necesidades de ambos y las necesidades preeminentes de la propia familia”, y cada uno de ellos “tiene el poder de implementar la dirección acordada” (art.144 c.c.).

Sin duda, esta norma que introduce el principio de dirección familiar acordada tiene un significado verdaderamente revolucionario.

Traduce de manera ejemplar la regla de igualdad entre los cónyuges y la regla del respeto de la personalidad de cada uno de los miembros de la familia.

Se trata, en efecto, de un principio nuevo y completamente original, que ciertamente constituye el nuevo núcleo del sistema familiar, en torno al cual se articula toda la estructura jurídica del grupo organizado. La regla del acuerdo representa una prueba clara del carácter comunitario de la familia; apoya además la intención de garantizar una protección adecuada de las solicitudes individuales dentro de la comunidad intermedia, teniendo en cuenta también el cumplimiento ordenado de las tareas de las personas dentro del grupo. Por eso encontramos junto al principio del acuerdo el reconocimiento de la autonomía de gestión de los cónyuges para los llamados “actos de administración ordinaria”⁶⁷.

La Reforma sigue afirmando que ambos padres tienen «la obligación de mantener, educar e instruir a sus hijos teniendo en cuenta las capacidades, inclinaciones naturales y aspiraciones de ellos» (art.147 c.c.)⁶⁸.

Luego, la institución de la “patria potestad” se sustituye por la de la “potestad de los padres” (sobre el menor no emancipado), quienes la ejercen “de común acuerdo”⁶⁹.

El hijo tiene el deber de “respetar a sus padres” (pero no de “honrarlos”): se ha subrayado que esta formulación aclara que la posición de los hijos en relación con sus padres no debe concebirse en términos de sujeción y obediencia, sino de simple respeto hacia quienes están investidos de autoridad parental⁷⁰.

El hijo tiene el deber de “contribuir, con sus propios bienes e ingresos, al mantenimiento de la familia mientras viva con ella” (art.315 c.c.).

Algunas breves sugerencias:

- se repudia el viejo concepto jerárquico y autoritario;
- se promueve la disciplina de las relaciones familiares centradas en el pleno respeto de la dignidad personal de todos los miembros de la unidad familiar;

⁶⁶ L. Paladini, *Per una storia costituzionale dell'Italia repubblicana*, Bologna, 2004, 292 ss.

⁶⁷ S. Alagna, *Famiglia e rapporti tra coniugi nel nuovo diritto*, Milano, 1983, 4 e ss.

⁶⁸ A. Anceschi, *Rapporti tra genitori e figli. Profili di responsabilità*, Milano, 2007, 135.

⁶⁹ M. Giorgianni, *Della potestà dei genitori*, in *Commentario al diritto italiano della famiglia*, a cura di G. Cian, G. Oppo, A. Trabucchi, IV, Padova, 1992, 332.

⁷⁰ G. Furguele, *Libertà e famiglia*, Milano, 1979, 216; M. Sesta, *Manuale di diritto di famiglia*, Padova, 2023, 229.

- la esposa y los hijos ya no están en estado de sujeción, ya no son un mero “objeto” del poder ejercido por el “cabeza de familia”, sino protagonistas plenos de la vida familiar;
- el estatuto jurídico del menor cambia y pasa a formar parte de la unidad familiar;
- se cumple el mandato constitucional relativo al pleno desarrollo de la personalidad humana de cada miembro, pero también del menor;
- el menor debe recibir respeto por sus inclinaciones personales, como persona.

4. El contexto internacional y comunitario.

Esta manera diferente de concebir la función educativa de los padres y la posición de los hijos dentro de la unidad familiar encuentra también confirmación y desarrollo en numerosos documentos internacionales y comunitarios, en los que se encuentran predicciones de que -aunque en términos y ángulos que no siempre coinciden perfectamente - apuntan precisamente a proporcionar una protección específica en favor de los derechos de libertad del menor (incluso hacia los propios padres).

Estos son:

- el art. 2 del Protocolo adicional al Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales (firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por Italia con la ley n° 848 del 4 de agosto de 1955);
- el art. 13, párrafo 3, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 3 de enero de 1976;
- el art. 18, párrafo 4, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966 y que entró en vigor el 23 de marzo de 1976;
- el art. 13, párrafo 1(b), de la Convención contra la Discriminación en la Educación, adoptada por la UNESCO el 14 de diciembre de 1960;
- el art. 5 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación basadas en la religión o las creencias, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981;
- la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y ratificada por ley por Italia. 27 de mayo de 1991, n. 176;
- el Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 y ratificado por Italia con ley. 20 de marzo de 2003, n. 77;
- el art. 3 del Tratado de la UE (en la versión consolidada tras la aprobación del Tratado de Lisboa de 7 de diciembre de 2007);
- el art. 24 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada en Niza el 7 de diciembre de 2000.

5. La protección de la unidad familiar y de las instituciones de defensa contra la violencia familiar. Órdenes de protección contra abusos.

El recurso jurídico civil que tiene el cónyuge u otro conviviente si sufre daños graves a su integridad física o moral por parte del otro cónyuge u otro conviviente es, sin duda, el de las órdenes de protección contra los malos tratos familiares introducidas por la Ley n. 154/2001, ley que determinó la inclusión en el código civil de los artículos 342 *bis* y 342 *ter* del Código Civil.

Con la misma ley se insertó, entre otras cosas, en el Título II del Libro IV del Código de Procedimiento Civil, el capítulo *V-bis*, denominado “Órdenes de protección contra malos tratos familiare”, regulando, de hecho, las formas procesales para solicitar y aplicar órdenes de protección. La regulación de las órdenes de protección establece en el art. 342 *bis* del Código Civil que “cuando la conducta del cónyuge o de otro conviviente cause daño grave a la integridad física o moral o a la libertad del otro cónyuge o conviviente, el juez, a petición de parte, podrá adoptar mediante decreto una o varias de las medidas de que trata el artículo 342-*ter*”.

La regulación de las órdenes de protección tiene por objeto anticipar en la medida de lo posible la protección de la persona débil, permitiéndole expulsar a quien ha incurrido en una conducta lesiva, incluso antes de que ésta adquiriera trascendencia delictiva.

A diferencia de las sanciones penales, las órdenes de protección tienen como objetivo primordial defender a la víctima, implementando condiciones materiales encaminadas a evitar, en la medida de lo posible, que dicha conducta se continúe o repita. La finalidad de la orden de protección es, por tanto, la prevención del daño, estando encaminada a evitar que el daño se agrave si ya está en marcha, o a evitar su aparición si aún no se ha producido.

El altísimo número de feminicidios ha obligado al legislador a realizar otras dos intervenciones que, sin embargo, van más allá del tema que me ha sido asignado.

6. La Reforma de 2012.

Llegamos a la Ley de 10 de diciembre de 2012, n. 219, conocida como Disposiciones sobre el reconocimiento de los hijos naturales, que ha tenido un impacto notable en la regulación de la relación entre los hijos nacidos fuera del matrimonio y sus padres y sus hermanos naturales⁷¹.

La Ley n° 219/2012 representa un verdadero punto de inflexión para el Derecho de familia al introducir el estatuto único de la filiación, es decir, el reconocimiento de la propiedad sustancial de la relación de filiación.

En el artículo 315 del Código Civil titulado «Estatus jurídico de la filiación», se afirma que «todos los hijos tienen el mismo estatus jurídico». Con ello se pretende unificar el estatuto jurídico de los hijos, haciendo que su estatuto jurídico sea indiferente al tipo de vínculo entre los padres.

Se alcanza así una igualdad sustancial y, en consecuencia, una superación de la perspectiva preexistente que preveía el establecimiento de una distinción entre “hijos legítimos” (hijos nacidos en matrimonio) e “hijos naturales” (hijos nacidos fuera del matrimonio).

La introducción de un estatuto jurídico unitario para todos los hijos, deseada por esta legislación, establece finalmente la igualdad efectiva⁷².

Se modifican entonces todas las disposiciones que, en el Código Civil y otras leyes, hacen referencia expresa a “tipos” de hijos.

Normas probablemente en conflicto con algunos principios de la Constitución italiana. Baste decir que los artículos 3 y 30 de la Carta Constitucional italiana garantizan expresamente a los hijos nacidos fuera del matrimonio toda forma de protección jurídica y social.

Se ha eliminado toda discriminación, incluso entre los hijos adoptados, si son menores, quienes, con la adopción, ya no adquieren la condición de hijo “legítimo” sino de hijo “nacido en matrimonio”.

Constatamos el uso cuidadoso de las palabras, casi por miedo a confirmar una desigualdad real entre los tipos de hijos, creando incluso discriminaciones terminológicas en detrimento de los menores⁷³.

Entre los principales cambios introducidos figuran, a nivel familiar, más protecciones y garantías para los abuelos, quienes, gracias a la reforma, pueden presumir -y hacer valer ante los tribunales- el

⁷¹ P. Schlesinger, *Quarant'anni di riforme del diritto di famiglia*, in *Famiglia e Diritto*, n. 11, 1° novembre 2015, 969.

⁷² M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e diritto*, 2013, 23.

⁷³ R. Bocchini, *Diritto di famiglia. Le grandi questioni*, Torino, 2013, 17.

derecho a mantener relaciones significativas con sus nietos, sin perjuicio de la valoración de la compatibilidad de sus solicitudes con el interés superior del menor, de conformidad con el artículo 317 *bis* del Código Civil.

En lo que respecta a la “autoridad parental”, se define más correctamente como “responsabilidad parental”.

En materia del derecho a ser oído y escuchado de los menores, se ha introducido una norma específica (artículo 336 *bis*) que prevé y regula los métodos de escucha de los menores que hayan cumplido doce años o menos si tienen capacidad de discernimiento. Serán oídos, en el marco del procedimiento en el que deban adoptarse medidas que les conciernan, por el presidente del tribunal o por el juez delegado.

Se inserta entonces la presunción de paternidad del marido, gracias a la modificación del artículo 230 del Código Civil, que presume la existencia de un vínculo de sangre, no sólo en relación con el hijo concebido -sino también con el “nacido”- durante el matrimonio.

En materia de prueba filial, de conformidad con el artículo 234, párrafo tercero modificado, del Código Civil, el hijo puede en cualquier caso probar que fue concebido durante el matrimonio.

En cuanto al reconocimiento de los hijos nacidos fuera del matrimonio, éste puede ser realizado tanto por el padre como por la madre, conjunta o separadamente, aunque ya estén casados con otra persona en el momento de la concepción.

Respecto a la negación de la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio, se introduce el nuevo artículo 243 *bis* del Código Civil. Dispone que la acción puede ser ejercida por el marido, la madre y el propio hijo.

También es fundamental la materialización de la unidad filial-familiar⁷⁴, con la inclusión del artículo 79 *bis* de la ley núm. 184/83 (que regula las adopciones), que obliga al juez, ante casos de menores en riesgo de abandono, dadas las graves dificultades económicas de la familia, a hacer todo lo posible para que puedan crecer en su familia.

En cuanto a la herencia, se han igualado los derechos sucesorios entre los hijos nacidos fuera del matrimonio⁷⁵.

El camino que condujo a la reforma de la filiación fue preparado por el legislador en 2006, quien, al dictar las normas sobre la custodia compartida, unificó las normas sustantivas aplicables tras la desintegración de la pareja parental, que se volvieron iguales también en relación con los procedimientos relacionados con los hijos de padres solteros (art. 4, párrafo 2, Ley n° 54/2006). Ese hecho representó un paso notable hacia la equiparación de la familia natural a la familia matrimonial en cuanto a las relaciones de filiación, respecto de las cuales el matrimonio ha perdido así significativamente la vis que lo había distinguido hasta entonces⁷⁶.

El legislador no sólo ha hecho única la relación entre padres e hijos, sino que también ha implementado un cambio de perspectiva en la disciplina jurídica pertinente, colocando en el centro los derechos e intereses de los hijos y no las facultades de los padres que, hasta la emisión del Decreto Legislativo Lgs. 154/2013, constituía la patria potestad: expresión que, tomando prestado de la más antigua de patria potestad, indicaba la sujeción de los hijos menores a las competencias que la ley atribuía a los padres.

Esta regulación de la responsabilidad parental y de los derechos y deberes del niño, como categoría de origen europeo, marca un verdadero cambio de perspectiva: el niño de “objeto” de protección, pasa a ser “sujeto”, con una lista clara y precisa de derechos, que corresponden a otros tantos deberes

⁷⁴ M. Sesta, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, in *Famiglia e diritto*, n. 11, 1° novembre 2015, 1009.

⁷⁵ M. Sesta, *Stato unico di filiazione e diritto ereditario*, in *Recte sapere, Studi in onore di Giuseppe Dalla Torre*, III, Torino, 2014, 1647 ss.

⁷⁶ M. Sesta, *Famiglia e figli a quarant'anni dalla riforma*, cit., 1010.

de los padres, siempre dictados en interés del propio hijo y, por tanto, con vistas a valorizar y fortalecer la figura del menor⁷⁷.

7. Las nuevas reglas de negociación asistida y de divorcio breve. El legislador italiano se adapta a la crisis del matrimonio como institución legal.

Durante años, la doctrina italiana, sobre la base del marco regulatorio modificado, ha puesto de relieve la progresiva privatización de la relación matrimonial, que la jurisprudencia ha confirmado reiteradamente, cuando ha establecido que cada cónyuge es titular del derecho subjetivo a separarse, divorciarse y reconstruir una familia.

Si el matrimonio es un asunto privado de los cónyuges, es consecuente que ellos puedan negociar el asunto, acordando las modalidades de su modificación y también su terminación fuera del juicio y en virtud de un acto de autonomía privada.

Sobre el tema de las nuevas áreas de relevancia para un acuerdo en la crisis familiar, surgen dos intervenciones legislativas, respectivamente, sobre la negociación asistida y el divorcio breve.

Tras la entrada en vigor del Decreto N° 13 de 2014, que reformuló algunas áreas heterogéneas de justicia civil, se ha establecido la posibilidad de abordar directamente con el abogado – en casos específicos y en caso de acuerdo entre las partes - o al registrador para obtener la separación o el divorcio del cónyuge, eliminando la necesidad de establecer la sentencia judicial pertinente⁷⁸.

El artículo 6 de D.L. n. 132 del 11 de septiembre de 2014, convertido en Ley n. 162 de 10 de noviembre de 2014, representa un nuevo acuerdo extrajudicial de resolución de conflictos, con el objetivo, a la luz de la deflación del litigio civil familiar, de bloquear la entrada en el proceso.

Sin embargo, este recorrido para llegar a la separación y el divorcio a través de la planificación de una negociación asistida está creando, en la experiencia de los tribunales, numerosas incertidumbres desencadenadas por la naturaleza lacónica del texto normativo, que muestra la tendencia del legislador a subestimar las necesidades del formalismo procedimental.

Antes de la reforma del divorcio breve, en Italia no era posible acceder directamente al divorcio, a menos que existieran condiciones especiales tales como la condena del cónyuge por delitos graves, la no consumación del matrimonio, el divorcio obtenido por un miembro de la pareja en el extranjero o el cambio de sexo.

En todas estas hipótesis, para poder divorciarse, era necesario antes que se procediese a la separación. La disgregación de las disciplinas de separación y divorcio - que se superponen, pero difieren en términos de la naturaleza provisional de la primera y la definitiva de la segunda - llevó al legislador a pensar en el divorcio breve para intervenir en estos dos procesos autónomos, con el fin de reducir el tiempo entre uno y el otro proceso.

Con la ley de divorcio breve (Ley 6 de mayo de 2015, n.55), se toman medidas para regular la separación y el divorcio, reduciendo el tiempo necesario para el divorcio, hasta ahora establecido por el legislador en tres años desde la separación judicial o consensual entre los cónyuges.

⁷⁷ C.M. Bianca (a cura di), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, 112.

⁷⁸ R. Danovi, *Nuovi modelli di separazione e divorzio: un'intricata pluralità di protagonisti*, in *Fam. e Dir.*, 2014, 1141 e segg.; M. Sandulli, *In tema di arbitrato in corso di causa e negoziazione assistita*, in *Le riforme del processo civile. Dalla digitalizzazione del processo alla negoziazione assistita*, a cura A. Didone, Milano, 2014, 1321; S. Caporusso, *Profili processuali delle nuove procedure consensuali di separazione personale e divorzio*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2015, 3, 10711; C. Cariglia, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio (ii parte) – separazione, divorzio e modifiche dinanzi al sindaco*, in *Giur. It.*, 2015, 7, 1739; G. D'Alessandro, *Fuori dal processo: trasferimento in arbitrato, negoziazione assistita e accordi sul matrimonio – la negoziazione assistita in materia di separazione e divorzio*, in *Giur. It.*, 2015, 5, 1257; F. Tizi, *Negoziazione assistita in materia di famiglia*, in *Giur. it.*, 2016, 10, 2162.

Con la reforma, se decidió reducir el *spatium deliberandi* para una eventual reconciliación o replanteamiento, pero no se siguió el paso, más decisivo, de eliminar la fase de separación para llegar inmediatamente a la disolución del vínculo matrimonial.

8. Límites actuales de los modelos familiares: la Ley italiana que regula las uniones civiles y la convivencia.

El tema de las uniones civiles ha sido objeto de un acalorado debate en Italia que, desde la idea original de una familia de facto, ha sobrevivido durante mucho tiempo⁷⁹.

El reconocimiento de las uniones entre personas del mismo sexo en muchos países europeos ha sido el resultado de un proceso largo y complejo, en el que cada comunidad nacional ha tenido que reconocer en profundidad las libertades individuales que merecen protección institucional en el ámbito de la familia e identificar los modelos regulatorios que responden mejor a la evolución de las situaciones de este tipo, presentes en las respectivas sociedades civiles.

Con la sentencia del 21 de julio de 2015, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que el derecho al respeto a la vida familiar impone el deber de reconocer jurídicamente la relación entre dos personas del mismo sexo⁸⁰.

La lectura del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos se extiende a la pareja del mismo sexo: por lo tanto, el Tribunal consideró que Italia no podía cumplir las obligaciones positivas derivadas de esta regla, y no preveía una forma de reconocimiento legal de este tipo de relación emocional.

Ya en un caso anterior, la Corte había subrayado que «las parejas del mismo sexo son portadoras de la misma capacidad que las parejas heterosexuales para establecer relaciones estables y que se encuentran en una situación significativamente similar a la de una pareja heterosexual en cuanto a la necesidad de reconocimiento legal y protección de su relación»⁸¹.

⁷⁹ F. Prosperi, *La famiglia non “fondata sul matrimonio”*, Napoli-Roma, 1980; F. Gazzoni, *Dal concubinato alla famiglia di fatto*, Milano, 1983; F. D’angeli, *La famiglia di fatto*, Milano, 1989; Id., *La tutela delle convivenze senza matrimonio*, Torino, 1995; G. Oberto, *I regimi patrimoniali della famiglia di fatto*, Milano, 1991; V. Pocar-P. Ronfani, *Coniugi senza matrimonio. La convivenza nella società contemporanea*, Milano, 1992, spec. p. 18 ss.; F.D. Busnelli-M. Santilli, *La famiglia di fatto*, in Comm. Cian-Oppo-Trabucchi, Padova, 1993, VI, 1, 757 ss.; G. De Luca, *La famiglia non coniugale. Gli orientamenti della giurisprudenza*, Padova, 1996; E. Calò, *Le convivenze registrate in Europa. Verso un secondo regime patrimoniale della famiglia*, Milano, 2000; A. Spadafora, *Rapporto di convivenza more uxorio e autonomia privata*, Milano, 2001; E. Moscati-A. Zoppini (a cura di), *I contratti di convivenza*, Torino, 2002; L. Balestra, *La famiglia di fatto*, nella Collana *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretta da F. Galgano, Padova, 2004; Id., *La famiglia di fatto tra autonomia ed eteroregolamentazione*, in *Bilanci e prospettive del diritto di famiglia a trent’anni dalla riforma*, a cura di T. Auletta, Atti del Convegno di Catania — 25-27 maggio 2006, Milano, 2007, 65 ss.; V. Zambrano, *La famiglia di fatto. Epifanie giuridiche di un fenomeno sociale*, Milano, 2005; Id., *La famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, diretto da G. Autorino Stanzione, I. *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, 2, Torino, 2011, 289 ss.; C.S. Pastore, *La famiglia di fatto*, Torino, 2007; D. Riccio, *La famiglia di fatto*, Padova, 2007; S. Asprea, *La famiglia di fatto*, 2, Milano, 2009; E. Falletti, *Famiglia di fatto e convivenze*, Padova, 2009; R. Tommasini, *La famiglia di fatto*, in Tratt. Bessone, IV. *Il diritto di famiglia*, a cura di T. Auletta, I. *Famiglia e matrimonio*, Torino, 2010, 395 ss.; G. Oberto, *I diritti dei conviventi. Realtà e prospettive tra Italia ed Europa*, Padova, 2012.

⁸⁰ Caso Oliari e altri c. Italia – 18766/11 e 36030/11.

⁸¹ Caso Schalk y Kopf c. Austria (24 de junio de 2010, n. ° 30141/04). La Corte advierte que «Dada esta evolución social y legal, la Corte considera artificial apoyar la opinión de que, a diferencia de una pareja heterosexual, una pareja homosexual no puede disfrutar de la vida familiar a los efectos del Artículo 8 (derecho al respeto de la vida familiar) y el art. 12 (derecho a casarse formar una familia). En consecuencia, el informe de los solicitantes, una pareja homosexual que cohabita con una relación de hecho estable, cae dentro de la noción de vida familiar, así como la relación de una pareja heterosexual en la misma situación caería en ella».

Después de años de atención de la jurisprudencia y de reflexiones de la doctrina, con la Ley 20 de mayo de 2016, n.76, se estableció la «Regulación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y la disciplina de la convivencia».

Esta legislación abre nuevos escenarios en el contexto del derecho de familia, lo que implica desarrollos adicionales y significativos con respecto al enfoque tradicional de la institución matrimonial y, más en general, a las relaciones emocionales⁸².

La ley n.76 brinda a las parejas homosexuales protección legal que se superpone en gran medida con la derivada del matrimonio y brinda una forma más limitada de protección para los cohabitantes⁸³.

Aunque ciertamente no se puede considerar -ya desde hace algún tiempo- que todo el ámbito de la experiencia familiar queda absorbido por el matrimonio, sin embargo, representa un punto de referencia marcado por características que lo sitúan en una posición completamente peculiar en el contexto de la fenomenología familiar.

Así lo atestigua la propia Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Si, en efecto, el pertinente art. 9, en su comparación con el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, atribuye actualmente la superación definitiva del tradicional vínculo unívoco de interdependencia conceptual entre familia y matrimonio, ciertamente no se puede pasar por alto que, en esta disposición, “el derecho a contraer matrimonio” se distingue claramente del “derecho a establecer una familia”: terminando así por cargar la institución del matrimonio con valores tales que le confieren, precisamente, una posición institucional peculiar, como reflejo, evidentemente, de una evaluación correspondiente continua también en la conciencia social, incluso si se observa en su impetuosa dinámica evolutiva en la materia.

9. La Reforma Cartabia.

La reforma implementada con la Ley 26 de noviembre de 2021, n.206 y con el posterior decreto legislativo de 10 octubre 2022 n.149, afectó a todos los ámbitos de la justicia civil, abarcando no sólo la disciplina del proceso civil (en sus diferentes fases y grados), sino también las herramientas complementarias de resolución de disputas⁸⁴.

⁸² M. Belletti, *Le Unioni di persone dello stesso sesso in attesa di un intervento legislativo tra giurisprudenza costituzionale, dei giudici comuni e della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ephemerides iuris canonici*, 2015, 426 e segg.; Id., *La sollecitazione del “fatto”. Nella conformazione delle unioni di persone dello stesso sesso*, in *Percorsi costituzionali*, 2015, 193 e ss.; L. Balestra, *Unioni civili, convivenze di fatto e “modello” matrimoniale: prime riflessioni*, in *Giur. it.*, 2016, 1785; M. Dogliotti, *Dal concubinato alle unioni civili e alle convivenze (o famiglie?) di fatto*, in *Fam. e dir.*, 2016, 879; E. Quadri, *“Unioni civili tra persone dello stesso sesso” e “convivenze”: il non facile ruolo che la nuova legge affida all'interprete*, in *Corr. giur.*, 2016, 893 ss.; M. Sesta, *Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia*, in *Giur. it.*, 2016, 7, 1796; A. Diurni, *Omogenitorialità: la giurisprudenza italiana si apre all'Italia e al mondo*, in *Giur. it.*, 11, 2017, 2369; A. Musio, *Unioni civili e questioni di sesso tra orgoglio e pregiudizi*, in *Nuova giur.civ.comm.*, 5, 2017, 729; M. Trimarchi, *Unioni civili e convivenze*, in *Fam. e dir.*, 2016, 865; R. Senigaglia, *Genitorialità tra biologia e volontà tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in *Europa e Dir. Priv.*, 2017, p.11.

⁸³ A. Fasano, A. Figone (a cura di), *Matrimonio, Unione civile, Convivenza*, Milano, 2019; C. M. Bianca (a cura di), *Le unioni civili e le convivenze. Commento alla legge n. 76/2016 e ai d.lgs. n. 5/2017; dlgs n. 6/2017; dlgs n. 7/2017*, Torino, 2017; I. Grimaldi, *Unioni civili e convivenze. Le tutele alla luce della evoluzione normativa e giurisprudenziale*, Pisa, 2022.

⁸⁴ P. Carbone, *Riforma della famiglia: considerazioni introduttive*, in *Famiglia e Diritto*, 2013; M. Costanza, *A margine della riforma della filiazione*, in *Iustitia*, 2013, 121 ss.; B. De Filippis, *La nuova legge sulla filiazione: una prima lettura*, in *Famiglia e Diritto*, 2013; L. Lenti, *La sedicente riforma della filiazione*, in *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2013, II, 201 ss.; A. Palazzo, *La riforma dello status di filiazione*, in *Rivista Diritto Civile*, 2013, I, 245 ss.; M. Sesta, *L'unicità dello stato di filiazione e i nuovi assetti delle relazioni familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2013; G. Ferrando, *Stato unico di figlio e varietà di modelli familiari*, in *Famiglia e Diritto*, 2015; A. Mendola, *Impugnazione di riconoscimento e prova della verità della filiazione*, in *Giur. it.*, 7, 2016; M. Galletti, *La violazione dei doveri genitoriali: la nuova stagione della diseredazione*, in *La nuova giur.civ.comm.*, 5, 2017; M. Sesta, *La crisi genitoriale tra pluralità di modelli di coppia*

El texto legislativo elaborado por el Gobierno tenía como objetivo llevar a cabo la reorganización “formal y sustancial” de la regulación del proceso de juicio civil, el proceso de ejecución, los procedimientos especiales y los instrumentos alternativos de resolución de conflictos, a través de intervenciones en el código de procedimiento civil, en el código civil, en el código penal, en el código de procedimiento penal y en numerosas leyes especiales, según los objetivos de “simplificación, celeridad y racionalización del proceso civil”, respetando la garantía del contrainterrogatorio y respetando los principios y criterios rectores previstos por la misma ley.

La complejidad de la intervención respecto del sistema de fuentes se justificó por el hecho de que una revisión orgánica del proceso civil de cognición y de los posteriores modelos judiciales y extrajudiciales afectados por la reforma presupone un cuidadoso trabajo de “coordinación con las disposiciones vigentes, modificando también la redacción y el posicionamiento de las normas del código de procedimiento civil, del código civil y de las normas contenidas en leyes especiales no directamente afectadas por los principios rectores y criterios de delegación, realizando las necesarias derogaciones y adoptando las disposiciones transitorias apropiadas”. Precisamente el método de la “novella”, que, aunque amplio, no sustituye completamente al código y a otras fuentes que contribuyen a determinar el sistema procesal civil, ha hecho necesario realizar un cuidadoso y detallado trabajo de reorganización y coordinación entre las nuevas normas y las no afectadas por la reforma⁸⁵.

Desde el punto de vista temporal, el proyecto de decreto legislativo fue presentado respetando los plazos impuestos por el cumplimiento de lo establecido en el PNRR, con el cual la reforma, al igual que las futuras implementaciones en el sector de justicia general, está estrechamente relacionada.

Uno de los sectores especialmente innovadores fue el de justicia de familia y de menores, en el que el objetivo del legislador fue intentar superar la multiplicidad y fragmentación de los modelos procesales actuales, todos ellos sumamente diversificados, con el objetivo de perseguir la unidad de la dimensión procesal, en nombre de la seguridad jurídica y de una protección más incisiva de los derechos y garantías de las partes y de los menores involucrados en el conflicto⁸⁶.

Como hemos visto, el derecho de familia en Italia no ha sido un segmento descuidado ni subestimado: ha pasado por varias etapas de reforma.

En 2022 se sintió la necesidad de dar espacio a una justicia familiar con carácter unitario, en el sentido de la presencia de un juez único, «capaz de resolver con un modelo unitario de manera íntegra y coherente las múltiples cuestiones vinculadas a la crisis familiar», a diferentes patologías del *status filiationis* y, más en general, de la fragilidad y la necesidad de instituciones de protección personal⁸⁷.

e di regole processuali», in *Famiglia e diritto*, 12, 2017; U. Salanitro, *Azioni di stato e favor minoris tra interessi pubblici e privati*, in *La nuova giur.civ.comm.*, 4, 2018; A. Gorgoni, *Art. 263 c.c.: tra verità e conservazione dello status filiationis*, in *La nuova giur. civ.comm.*, 4, 2018; R. Fadda, *Modelli familiari, elasticità della causa matrimoniale e accordi sui doveri coniugali*, in *Riv.dir.civ.*, 5, 2018; A. Gorgoni, *Nuove genitorialità e filiazione*, in *La nuova giur. civ.comm.*, 1, 2019; M. Sesta, *Famiglia e figli in Europa: i nuovi paradigmi*, in *Fam. e dir.*, 11, 2019; R. Amagliani, *Unicità dello stato di figlio e rapporti di filiazione tra principi e regole*, in *Ord. intern. dir. umani*, 2020, 749 ss.; R. Senigaglia, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2020, 58; G. Di Rosa, *Relazioni familiari e sviluppo della persona*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2021, II, 643 ss.; A. Gorgoni, *Famiglie e minore età: dall'atto al rapporto*, Torino, 2021, 65; T. Auletta, *Diritto di famiglia*, Torino, 2022, 398; G. F. Basini, *Diritti-doveri dei genitori e dei figli*, nel *Trattato di diritto di famiglia*, 2, diretto da G. Bonilini, III, Milano, 2022, 750.

⁸⁵ F. De Giorgis, *Le disposizioni generali in materia di chiarezza e sinteticità degli atti processuali nella riforma Cartabia*, in *Judicium*, 16 giugno 2023, consultabile online; G. Cicalese, *Chiarezza e sinteticità negli atti processuali di parte prima e dopo la Riforma Cartabia*, in *Giustizia civile.com*, 21 luglio 2023.

⁸⁶ M. F. Francese, *L'ascolto del minore nella Riforma Cartabia*, in *Mediazioneinfamiglia.com*, 31 marzo 2023, consultabile online.

⁸⁷ G. De Cristofaro, *La soluzione dei contrasti insorti nella coppia non (ancora) in crisi. Le innovazioni apportate al codice civile dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, attuativo della “legge Cartabia”*, in *Rivista ALAF*, n. 2/2023, 166 ss.

La diáspora de ritos en materia familiar y juvenil se recompone así en un proceso unitario al que se remiten las controversias sobre el estatus de las personas, los menores y las familias, atribuido a la competencia del tribunal ordinario.

Porque se trata de un nuevo ritual con pleno conocimiento, íntegramente reescrito, conforme a las garantías del debido proceso, que impone el art. 111, párrafo 2º, Constitución.

9.1. Los aspectos sustanciales de la Reforma.

La Reforma Cartabia introdujo cambios al artículo 145 del código civil. Hasta ese momento, el primer párrafo del artículo 145 del Código Civil preveía que, en caso de desacuerdo sobre el rumbo de la vida familiar o sobre el establecimiento de la residencia, cada uno de los cónyuges podía acudir al juez, quien podía intentar llegar a un acuerdo o una solución.

La enmienda precisa, en armonía con toda la disciplina de audiencia del menor y con lo dispuesto en el artículo 315 *bis* del Código civil, que el menor que haya cumplido doce años o menos, si es capaz de discernir, debe ser oído por el juez.

Las modificaciones introducidas en el párrafo segundo establecen que el juez, cuando lo solicite, aunque sea sólo una de las partes, podrá adoptar con disposición inapelable la solución más adecuada al interés de los hijos y a las necesidades de la familia⁸⁸.

El párrafo tercero, que desarrolla el principio de delegación, establece que en caso de incumplimiento de las obligaciones alimentarias a que se refiere el artículo 143, se aplicará lo dispuesto en el artículo 316 *bis* del Código Civil.

El principio adicional de delegación se implementó mediante la disposición del artículo 473 *bis* del Código de Procedimiento Civil y se extiende también a la aportación fijada antes de la introducción de la sentencia de separación.

El nuevo art. 145 cc. – que regula el mecanismo de resolución judicial de los conflictos existentes entre los cónyuges en materias distintas de las relativas al ejercicio de la responsabilidad parental sobre los hijos y al cumplimiento de los deberes fundamentales a que se refiere el art. 315 *bis* del Código Civil – ha sufrido, por tanto, algunas modificaciones probablemente encaminadas a devolver vitalidad y utilidad a esta forma singular (y hasta ahora casi nunca utilizada) de intervención del juez, que puede activarse cuando está en marcha un conflicto entre los cónyuges, tan grave como para provocar su separación legal, que (todavía) no ha sido resuelto.

El primer párrafo, como ya se ha dicho, establece ahora que el juez al que se hayan dirigido los cónyuges deberá escuchar siempre - y no sólo “en su caso” (como estaba consagrado en la formulación anterior) - las opiniones de los hijos que no estén de acuerdo con los cónyuges.

Además, se espera que las opiniones de los hijos se obtengan necesariamente a través de su escucha, no sólo en el caso de los mayores de dieciséis años (como establece lo dispuesto en la formulación anterior), sino también en el caso de hijos de los convivientes que hayan cumplido doce años o incluso menores si son capaces de discernir⁸⁹.

Estas innovaciones, probablemente introducidas para alinear la normativa dictada por el art. 145 cc. al principio general consagrado en el párrafo tercero del art. 315 *bis*, no dejan de suscitar dudas.

En efecto, si la cuestión sobre la que surgió el conflicto entre los cónyuges afectaba directamente a los intereses y la posición de los hijos, el procedimiento a activar para superar el conflicto relacionado debería ser el regulado por el art. 316 cc.

⁸⁸ R. Pesce, *L'ascolto del minore tra riforme legislative e recenti applicazioni giurisprudenziali*, in *Famiglia e diritto*, n. 3/2015, 135 ss. Véase, también, el trabajo de G. Berti De Marinis, *Autodeterminazione e capacità di discernimento del minore: profili di diritto civile*, in *Attualità Jurídica Iberoamericana*, n. 4/2016, 35 ss.

⁸⁹ M. F. Francese, *L'ascolto del minore nella Riforma Cartabia*, in *Mediazioneinfamiglia.com*, 31 marzo 2023.

El procedimiento a que se refiere el art. 145, de hecho, sólo puede ser activado por un matrimonio que tiene hijos menores en el caso de que la cuestión que dio lugar al conflicto entre los cónyuges no concierna directamente a los hijos, sino sólo a la relación “horizontal” entre los propios cónyuges, de modo que no está claro por qué en estos casos el juez tiene el deber de consultar siempre y necesariamente a los hijos -incluso entre las edades de 12 y 16 años o incluso menos si son capaces de discernir- para obtener su opinión.

Lo que se acaba de decir sobre el mayor vigor de las facultades del órgano juzgador tiene reflexiones extrínsecas al art. 145 del Código Civil, relativo a la intervención judicial en materia de desacuerdos entre cónyuges sobre el establecimiento de la residencia habitual y la dirección de la vida familiar⁹⁰. Es, por tanto, posible observar la estrecha correlación con el art. 316 del Código Civil, precisamente al comparar el parámetro del control judicial en la solución a adoptar, que, en el art. 145 cc. debe resolverse en aquel “más adecuado a los intereses de los hijos y a las necesidades de la unidad y de la vida de la familia”, permeando siempre, además, el principal interés moral y material del menor que, en la ponderación de los derechos afirmados, asumirá un carácter predominante, cuya preeminencia está integrada por la obligación, mencionada en el párrafo primero, de escuchar al niño “que haya alcanzado la edad de doce años o incluso una edad menor cuando sea capaz de discernir”, cuyo carácter obligatorio se deduce -en cumplimiento, además, de la disciplina a que se refiere el art. 473 bis c.p.c. y por la eliminación, como ya se ha señalado, respecto a la redacción anterior del art. 145 c.c., de la expresión “en la medida que corresponda”.

No hace falta subrayar cómo la autoridad judicial puede ser requerida “por uno o ambos cónyuges”, precisamente de conformidad con lo que dicta la ley habilitante que, al delegar en el Gobierno “la reorganización normativa a que se refieren los artículos 145 y 316 del código civil”, también había prescrito la adopción de una norma que atribuía “la competencia pertinente al juez incluso a petición de una sola parte”, en expresión del principio a que se refiere el art. 144 cc. que atribuye “a cada uno de los cónyuges” “la facultad de ejecutar la orden acordada”, constituyendo la citada modificación del art. 145, apartado 2 cc la expresión de la prerrogativa espejo de cada una de las partes en el plano procesal, a su vez corolario del postulado a que se refiere el art. 29 de la Constitución de “igualdad moral y jurídica de los cónyuges” o del supuesto aún más general del art. 30 de la Constitución sobre el ejercicio igual de la responsabilidad parental sobre los hijos, “incluso los nacidos fuera del matrimonio”.

El nuevo último párrafo del art. 145 cc. se puede definir como el pegamento con el art. 316 *bis* del Código Civil, para completar la protección, en el plano económico, en beneficio tanto de la familia considerada como una unidad como de los propios hijos, introduciendo, a favor del cónyuge, la misma garantía procesal de desvío de “una parte de los ingresos de uno a favor del otro”, ya incluida para el hijo.

9.1.1. La modificación del art. 156 c.c.: novedades en materia de régimen patrimonial de la familia.

La Reforma intervino en el tema de la implementación de las disposiciones de contenido económico que pueden pronunciarse en el nuevo rito unificado de las personas, los menores y las familias.

En particular, la Ley preparatoria invitó al legislador reformador a proceder a una reorganización de la normativa a que se refiere el art. 156 c.c., introduciendo un modelo procesal único.

El art. 156 del Código Civil, de hecho, prevé la posibilidad de que el cónyuge que no es responsable de la separación, si no tiene ingresos propios suficientes, reciba una pensión alimenticia, cuando no pueda (a diferencia de lo que pasa con el subsidio de divorcio) para mantener un nivel de vida similar

⁹⁰ G. De Cristofaro, *La soluzione dei contrasti insorti nella coppia non (ancora) in crisi. Le innovazioni apportate al codice civile dal d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149, attuativo della “legge Cartabia”*, in *Rivista AIAF*, n. 2/2023, 166 ss.

al que ofrece el potencial económico de ambos ex cónyuges y en el caso de que se encuentren en peores condiciones económicas que el otro cónyuge.

La separación personal, a diferencia de la disolución o terminación de los efectos civiles del matrimonio, presupone la permanencia del vínculo conyugal, de modo que los ingresos adecuados a los que debe vincularse la pensión alimenticia a favor del cónyuge son los necesarios para mantener el nivel de vida disfrutada durante el matrimonio.

El deber de asistencia material, en tal situación, necesariamente temporal, sigue vigente, ya que sólo puede suspender las obligaciones personales de lealtad, convivencia y colaboración.

En lo que respecta a los parámetros de alimentos, la doctrina y la jurisprudencia consideran que el juez debe tomar en consideración todos los elementos fácticos de carácter económico distintos de los ingresos capaces de afectar las condiciones económicas de las partes, siendo suficiente una reconstrucción plausible de la situación financiera global de los cónyuges, aun cuando no exista la exacta determinación y cuantificación de los ingresos en su cuantía exacta.

Pues bien, antes de la reforma, el art. 156 c.c. contiene en él la provisión de garantías específicas en caso de incumplimiento por parte del cónyuge obligado al pago de alimentos⁹¹.

Actualmente, la reforma ha reordenado y transpuesto estas garantías al nuevo art. 473 bis.36 del c.p.c., que, sobre este punto, dispone que: “Las disposiciones, aunque sean temporales, sobre contribución económica a favor de los hijos o de las partes son de ejecución inmediata y constituyen el título para la inscripción de la hipoteca judicial”.

9.1.2. Novedades sobre la situación patológica del matrimonio: la modificación del art. 158 c.c.

La separación consensual, como sabemos, es el acuerdo con el que los cónyuges deciden poner fin a la relación conyugal estableciendo, dentro de los límites de los intereses disponibles, la regulación de sus futuras relaciones personales y económicas, así como los aspectos relativos a las relaciones con sus hijos.

Este acuerdo de separación tiene el carácter de acuerdo privado, que, para obtener plena validez y eficacia, requiere “homologación”, o control, por parte del juez.

Sin embargo, este control judicial, que luego se traduce en la concesión de la aprobación, no es un control de mérito, sino que se limita a un mero examen de legalidad, encaminado a verificar que lo acordado no contradiga las normas imperativas y el orden público, mientras que no entra en el fondo de lo acordado por los ex cónyuges⁹².

Además, el decreto de aprobación, desprovisto de contenido resolutivo, puede ser impugnado mediante reclamación en virtud del art. 739 c.p.c., y revocable conforme al siguiente art. 742 cpc.

El control de la regulación pactada por los ex cónyuges se somete a la contraparte del juez para verificar, en particular, los acuerdos relativos a los hijos, a cuyo interés superior se dirige el acuerdo de separación.

El juez, en efecto, está llamado a verificar la legitimidad de las cláusulas y su conveniencia para los intereses materiales y espirituales de la descendencia. Este interés debe considerarse sustraído a la libre disponibilidad de las partes.

⁹¹ G. Savi, *La rilevanza del “tenore di vita” dei consorti nel riconoscimento del contributo al mantenimento in regime di separazione personale e dell’assegno post-coniugale*, in *Osservatorio nazionale sul diritto di famiglia*, consultabile online.

⁹² F. Ferrandi, *Sull’accordo di separazione consensuale il giudice realizza un controllo solo esterno in funzione di tutela dei diritti indisponibili* - Cass. Civ., Sez. II, Ord., 02 settembre 2022, n. 25925, in *Osservatorio sul diritto di famiglia*, 7 settembre 2022, consultabile online.

Este aspecto, es decir, la protección del menor en los procedimientos en materia de familia, se ha visto potenciado y ampliado a partir de la Reforma Cartabia que nos ocupa, que sitúa en el centro el superior interés del menor⁹³.

De hecho, toda la Reforma está orientada a valorar el papel y las necesidades del menor durante, en particular, la crisis y la ruptura de la familia.

El legislador italiano, en este sentido, pretendía “institucionalizar” el conflicto de intereses que puede surgir entre padres e hijos, potenciando también desde un punto de vista sustancial y procesal la figura del tutor especial del menor, designado para representar los intereses del menor.

La ley habilitante ha derogado el párrafo segundo del artículo 158 del Código Civil, habiéndose reorganizado su contenido y transpuesto a la nueva y uniforme regulación relativa a los procedimientos previa solicitud conjuntamente con el art. 473 *bis*.51 del c.p.c., como parte del nuevo “Rito Unificado” denominado “procedimiento en materia de personas, menores y familias”.

10. Conclusiones

La familia, viviendo en un contexto social, cambia con la sociedad cambiante; de modo que, a medida que varían las características de la comunidad más grande (sociedad), también varían las de la comunidad más pequeña (familia), en una evolución continua de esquemas y modelos sociológicos y legales.

La dinámica social incide en la fenomenología jurídica. Por tanto, el jurista, al referirse a la institución familiar y a las normas destinadas a regular sus supuestos, modo de actuar y efectos, no puede ignorar su naturaleza de grupo organizado expresado por un contexto social bien definido (en condiciones precisas de tiempo y lugar), es decir, la célula de una sociedad en continua evolución. En esencia, incluso desde el punto de vista jurídico, la familia se presenta como una entidad histórica variable, cuyos rasgos característicos deben identificarse (de vez en cuando y de época en época)⁹⁴.

⁹³ E. Lamarque, *Diritti fondamentali della persona di minore età e best interests of the child*, in *Giustizia insieme*, 6 febbraio 2023, consultabile online; E. Ceccherini, F. Brunetta D’Usseaux (a cura di), *Best interest(s) of the child. Una delicata e controversa declinazione*, Napoli, 2023; M. Bianca, *The best interest of the child*, cit., 3 ss.

⁹⁴ S. Alagna, *Famiglia e rapporti tra coniugi*, cit., 7 ss.

AGIRE RESPONSABILMENTE TRA SPAZIO PUBBLICO E SFERA PRIVATA

A. Tucci*

Probabilmente i riferimenti normativi a cui farò ricorso nella mia relazione non saranno sempre precisi ed esaustivi; a volte, potranno mostrare anche delle contraddizioni. La mia formazione non mi permette di possedere gli strumenti necessari per seguire in modo preciso, lo sviluppo delle vicende normative, la loro elaborazione dottrinale e la loro ricezione giurisprudenziale. D'altro canto, non sarà questo l'obiettivo del mio intervento. Piuttosto, ciò che vorrei fare oggi è condividere con voi alcuni spunti di riflessione, affrontare alcuni nodi problematici. In altri termini, il mio scopo non è tanto quello di chiarire o riassumere gli aspetti salienti della normativa. Ma è quello di porre sul tavolo alcune domande, di mettere in circolo dei dubbi, che sotto diversi aspetti possono rivelare le complessità e le difficoltà di ordine giuridico, politico e morale che attraversano il lavoro del legislatore e del giurista.

Partirò dunque dal mio punto di vista: quello del teorico del diritto, più che del giurista; e per quanto appare al teorico – la cui cassetta degli attrezzi di diritto positivo non è necessariamente ben fornita – i recenti interventi del legislatore in materia di famiglia evidenziano la tendenza a sganciare l'oggetto in questione da un modello di famiglia tradizionale, concentrandosi, in ultima istanza, sulla fondamentale questione della tutela dei diritti fondamentali.

La prima parte della mia relazione proverà ad analizzare il concetto di responsabilità (un concetto tanto antico quanto controverso) sul piano filosofico politico e giuridico.

In secondo luogo, e a partire da questa analisi, proporrò una riflessione sul tema che tenga conto della sua relazione con un'altra questione di grande attualità e rilevanza: l'opacizzazione, sempre più evidente, della demarcazione tra spazio pubblico e sfera privata. Si tratta di un punto irrinunciabile, affinché la decisione politica (prima) e giuridica (poi) del legislatore e di tutti gli operatori del diritto possa essere agganciata al tempo attuale e alle relazioni concrete dei soggetti che vengono disciplinate, difese, protette a seconda dei casi specifici.

Per cominciare, analizziamo brevemente, da un punto di vista semantico ed etimologico, la parola 'responsabilità'. La sua radice viene fatta risalire al latino *spondeo*, cui si affianca il prefisso *re*. Il verbo *spondeo* corrisponde all'azione di promettere, garantire, assicurare; *respondeo* a sua volta significa letteralmente rispondere, reagire all'appello, alla chiamata.

Emile Benveniste rileva nell'evoluzione del verbo un graduale processo semantico, lungo il quale la parola passa dal significato di "prendere gli dei a garanti", a quello di "prendersi reciprocamente a garanti", attraverso lo scambio di promesse. Secondo quanto afferma Benveniste, pertanto, il termine responsabilità ha subito un'evoluzione: esso è passato dall'indicare un tipo di relazione verticale ad una relazionalità orizzontale, nella quale ciò che rileva è il piano dello scambio e del legame, in definitiva del rapporto tra i soggetti coinvolti.

Sul piano più strettamente giuridico i due livelli restano quanto meno confusi, almeno nelle lingue neolatine, mentre nei paesi anglosassoni la distinzione sembra più chiara. Tanto in lingua tedesca che inglese, esistono due modi per definire la responsabilità: i tedeschi, usano *Verantwortlichkeit* e *Zurechnung*, gli inglesi *responsibility* e *accountability*. I due poli servono tendenzialmente per sottolineare la distanza tra un "senso" generale di responsabilità da un lato e lo stretto legame tra

* Professore ordinario Filosofia politica, vicario del Dipartimento di Scienze Giuridiche, direttore della rivista internazionale "Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho".

responsabilità e imputabilità, dall'altro lato. In questa ambivalenza, il concetto di responsabilità si carica in ogni caso dell'ordine paternalistico della concessione, della cura, della difesa.

Così accade ad esempio nel diritto internazionale, dove la *responsibility to protect* si è mostrata spesso ambiguamente come uno strumento di "pace", ma anche di egemonia sui destinatari della protezione. La stessa ambiguità, tuttavia, è presente anche nell'ambito del diritto penale e del diritto costituzionale, sebbene con molte sfumature che fanno oscillare il concetto tra l'obbligo di rendere conto delle proprie azioni (politiche, penali) e la libertà e l'autonomia dei soggetti. Potremmo aggiungere, inoltre, che un ulteriore elemento di complessità è dato dalla doppia direzione della responsabilità: verso chi e/o verso cosa.

Questo discorso si fa più articolato e più delicato quando il tema della responsabilità riguarda il diritto di famiglia. I diritti in capo a soggetti cui è attribuita la responsabilità di agire, si incontrano e spesso scontrano, con i diritti dei soggetti destinatari di quelle stesse azioni. Infatti, già leggendo i titoli degli interventi di questo convegno, ritorna, come è normale, il tema della responsabilità genitoriale, della responsabilità coniugale (sponsale, sposa, deriva da spondeo), della responsabilità nei confronti degli anziani e così via.

Qual è la prima cosa che ci salta agli occhi? Immediatamente la relazione di disuguaglianza che sembra essere alla base di ogni discorso sugli obblighi di responsabilità.

La famiglia è spesso attraversata da effettive relazioni di potere, di disuguaglianze che spesso e volentieri si traducono in forme di sfruttamento e violenza reale e simbolica. In verità il legislatore è oltremodo consapevole degli aspetti *patologici* che segnano le relazioni familiari, per cui gli interventi risultano sempre più mirati al riconoscimento e alla tutela dei diritti dei soggetti più svantaggiati nelle famiglie: la donna (nella sua doppia funzione di moglie e madre) le figlie e i figli, gli anziani. In altri termini il diritto come ha avvertito Hart non avrebbe bisogno di esistere in una "società di angeli".

A questo si accompagna l'altro polo del titolo di questa relazione: l'opacizzazione del limite tra sfera pubblica e spazio privato.

Oggi la linea di confine tra pubblico e privato si assottiglia, gli spazi si confondono, si sovrappongono. Il privato chiede risposte alle istituzioni, le istituzioni pretendono o sono stimolate a entrare nei meandri più oscuri delle vite delle persone.

Si pone così un rinnovato rapporto tra pubblico e privato, come è noto, storicamente segnato proprio dal confine tra famiglia e società. Si tratta di un rapporto che la storia politica, da Atene in poi, aveva considerato assolutamente scisso, separato, dove il luogo della politica corrisponde, infatti, allo spazio pubblico, nell'agora, infatti, i maschi adulti esercitano le funzioni politiche e giuridiche di cittadinanza.

Lo spazio privato, *l'oikos*, è, invece, il luogo della produzione e riproduzione della specie, perpetuata attraverso il lavoro degli schiavi e delle donne.

Appare a questo punto il tema della natura. Infatti, proprio mediante il concetto di natura si costruisce nella modernità il criterio di discriminazione tra attività politiche e giuridiche (cioè pubbliche, esposte allo spazio visibile dell'agorà) e l'ambito dell'impolitico: lo spazio chiuso, non visibile, oscuro, ma anche osceno, perturbante, della casa.

Questa separazione netta tra ambito pubblico e privato, tra visibile e invisibile, dicibile e indicibile, rappresenterà, come è noto, il luogo della costruzione della separazione normale/anormale, che risponde alla razionalità moderna dell'inclusione e dell'esclusione: dal ruolo della donna, alla condizione di "minorità" dei figli illegittimi, nati fuori dallo spazio di sicurezza della famiglia fondata sul matrimonio. Il ruolo della donna (nel ruolo di madre, moglie e figlia), in particolare, era segnato dentro una logica di separazione e inferiorizzazione.

Nelle dinamiche sociali odierne, questo quadro di netta separazione per molti versi è superato. Per altri versi invece si perpetua una visione della famiglia, e delle relazioni che la attraversano, che se non apertamente patriarcale, appare in ogni caso rigida e gerarchica.

Allora, in che termini si può parlare di responsabilità? Dal mio punto di vista la questione si pone proprio su quel limite evanescente tra spazio pubblico e sfera privata. I soggetti rivendicano diritti e riconoscimento senza soluzione di continuità tra i due ambiti del pubblico e del privato, pertanto, la figura giuridica del così detto padre di famiglia - o di chiunque sia preposto alla cura - diventa più complessa, più articolata, più problematica. Tanto è vero che i legislatori odierni sono stati spinti a rivedere la definizione di padre di famiglia, di *patria potestas* e di ogni istituto giuridico legato ad una impostazione tradizionale della famiglia.

La cura stessa si sgancia dalla sua connotazione paternalistica, per cui si interrogano le istituzioni pubbliche, affinché intervengano, si affianchino o addirittura si sostituiscano alla famiglia nelle tradizionali mansioni di cura: queste mansioni vanno molto oltre la semplice attività di mantenimento, istruzione e così via, ma coinvolgono ambiti che riguardano stili di vita, scelte, direzioni etiche e pratiche che ognuno aspira a dare autonomamente alla propria esistenza.

Per inciso andrebbe detto che ogni logica improntata alla cura e/o alla responsabilità rischia di scontrarsi con il fatto che alla base vi sia un presupposto di disparità di posizioni tra il dante cura e il ricevente cura, reiterando logiche patriarcali e disegualitarie. Ma chiunque operi con e nel diritto oggi è ben consapevole (o dovrebbe esserlo) che sempre più, proprio grazie alla fuoriuscita dal privato, si ha a che fare con soggetti consapevoli e responsabili: si tratta di soggetti uguali di fronte al diritto ma differenti in base ai contesti e alle concrete esperienze di vita (Arendt).

Potremmo sintetizzare quanto detto fin'ora in questo modo: nella logica moderna l'ascrizione di responsabilità ha senso se è praticabile una sanzione giuridica o politica. Tuttavia, questa logica mostra la sua problematicità quando si assume il compito di mettere ordine e prevedibilità in relazioni delicate e complesse, come quelle di cura, di tutela dove è evidente la disegualianza dei soggetti per età, per condizioni di salute, per discriminazione, per vulnerabilità, per mancanza concreta di possibilità di scelta. Questi infatti sono campi delicatissimi, nei quali il legislatore ha più riluttanza e difficoltà a prendere decisioni perché evidenziano il formalismo sotteso alla definizione di soggetto libero, autonomo, capace di conoscere, scegliere ed essere responsabile. Questo è ancora più evidente nel contesto del neoliberalismo avanzato in cui i soggetti vengono considerati completamente artefici del proprio destino, imprenditori di sé stessi come li ha definiti Foucault.

Ecco, dunque per concludere, come Hobbes aveva liberato i soggetti dalla propria vulnerabilità, così una connotazione della responsabilità che abbia sempre presente la sua implicazione con i diritti di libertà potrebbe funzionare per una società complessa e articolata come quella attuale.

Si spera, però, in definitiva di non trovarci di fronte a individui che, come accade in Hobbes, affrancati dalla propria vulnerabilità, vengano immaginati come sudditi, (cioè relegati ad occuparsi esclusivamente della sfera privata e degli interessi individuali); ma si immaginino e vengano considerati come cittadini attivi, responsabili e consapevoli delle proprie azioni pubbliche e private.

BREVES CONSIDERACIONES SOBRE LA EVOLUCIÓN DE LAS RELACIONES PATRIMONIALES ENTRE PADRES E HIJOS EN LA FAMILIA ROMANA

F. Fasolino*

SUMARIO: 1. La estructura patriarcal de la *familia* romana; 2. Derecho a administrar el patrimonio de los hijos.

1. La estructura patriarcal de la *familia* romana.

La familia moderna, entendida como un organismo social compuesto por padres e hijos, es muy diferente de la antigua familia romana, que es una organización patriarcal, patrilineal y patrilocal (Cantarella E., 2014: 155). En la época arcaica, el término *familia* significaba, ante todo, una entidad patrimonial, en la que también se incluían los esclavos (Franciosi G., 1989: 25); según la opinión dominante, de hecho, la expresión *adgnatus proximus familiam habeto*⁹⁵ contenida en las XII Tablas se refería propiamente al eje hereditario; sólo más tarde se utilizó el término para indicar las relaciones jurídicas y parentales entre los individuos.

Entre la segunda mitad del siglo II y la primera mitad del siglo III d.C., el jurista Ulpiano⁹⁶ estableció una distinción entre *familia proprio iure* y *familia communi iure*. La primera englobaba al conjunto de personas, ordenadas según criterios patriarcales y fuertemente jerarquizados, que estaban en condición de sujeción al *pater familias* e incluía a la esposa del *pater*, los hijos, las esposas de los hijos, los esclavos y las personas llamadas *in mancipio*. Al poder del *pater familias* estaban sometidos, además de los hijos naturales, también los que habían entrado en la familia por adopción a través de los actos de arrogación (*adrogatio*) y adopción (*adoptio*) (Schiavone A., 2003: 194-195).

Por el hecho de pertenecer a la familia se estaba, pues, sometido a la *potestas* del *pater*, "señor absoluto" en la *domus* (Albanese B., 1979: 211-213). El poder del *pater familias* tenía una extensión de autoridad y un contenido de derechos excepcional en comparación con otras culturas occidentales, con una capacidad de decisión y una amplitud de ámbitos de intervención que podía llegar a disponer de la vida y la muerte de sus subordinados⁹⁷.

* Professore Ordinario presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Salerno. Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università di Salerno. Titolare dell'insegnamento di Fondamenti del diritto europeo – Corso di Laurea magistrale in Giurisprudenza - Università degli studi di Salerno. Direttore della rivista scientifica "Iura & Legal Systems".

⁹⁵ En las XII Tablas (*tab.5.4*) leemos: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento.* "Si el que no tiene heredero muere sin testamento, que el agnatus siguiente tenga toda la herencia. Si también falta el agnatus, que tengan la herencia los que pertenecían a la *gens* del difunto".

⁹⁶ D.50.16.195.2 (Ulp. 46 *ad ed.*): *Familiae appellatio refertur et ad corporis cuiusdam significationem, quod aut iure proprio ipsorum aut communi universae cognationis continetur. Iure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae, ut puta patrem familias, matrem familias, filium familias, filiam familias quique deinceps vicem eorum sequuntur, ut puta nepotes et neptes et deinceps. Pater autem familias appellatur, qui in domo dominium habet, recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus: denique et pupillum patrem familias appellamus. Et cum pater familias moritur, quotquot capita ei subiecta fuerint, singulas familias incipiunt habere: singuli enim patrum familiarum nomen subeunt. Idemque eveniet et in eo qui emancipatus est: nam et hic sui iuris effectus propriam familiam habet. Communi iure familiam dicimus omnium adgnatorum: nam etsi patre familias mortuo singuli singulas familias habent, tamen omnes, qui sub unius potestate fuerunt, recte eiusdem familiae appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt.*

⁹⁷ En épocas anteriores, los poderes del *pater* sobre los diversos miembros de la familia tenían diferentes nombres: el poder sobre los hijos se denominaba *patria potestas*; el de su esposa (y las esposas de sus *fili*), *manus*; el de los esclavos, *dominica potestas*; y, por último, el de la propiedad, *dominium ex iure Quiritium*. Esta diferenciación derivaba probablemente de la fragmentación de un poder único (el llamado *mancipium*), que se habría producido en

En consecuencia, los hijos, mientras estuvieran vinculados a la autoridad de su padre, eran considerados *aliens iuris* y no tenían poder sobre sus hijos, ni sobre sus esposas, ni siquiera sobre sí mismos⁹⁸.

La *patria potestas*, como es bien sabido, en la experiencia jurídica de la antigua Roma, desempeñó un papel decisivo en el ámbito de la dinámica familiar, pero no sólo, abarcando una serie de poderes particularmente amplios que el *pater familias* ejercía tanto sobre las personas como sobre las cosas y cuyos orígenes hay que buscar en el contexto sagrado de las *mores maiorum*. Está ya bien definido en la Roma de los orígenes, con una estructura noble: su primera atestación escrita aparece en las XII Tablas, una prueba más de la importancia que dicha *potestas* tenía como verdadera piedra angular de la familia romana (Franciosi G., 1978: 19 ss.).

Esta era una verdadera peculiaridad del sistema jurídico romano, que lo hacía bastante único en comparación con cualquier otro sistema jurídico de la época, como subrayaba el jurista Gayo en sus *Institutiones*: "los hijos que hemos traído al mundo mediante matrimonios legítimos están bajo nuestro poder. Este derecho es propio de los ciudadanos romanos: de hecho, por regla general, no hay otros hombres que tengan sobre sus hijos un poder similar al que tenemos nosotros"⁹⁹.

El poder del *pater familias* tenía una duración ilimitada, independientemente de la edad y la posición social de los sujetos afectados: el cabeza de familia no perdía sus poderes cuando los hijos alcanzaban la madurez psicofísica y acababan formando sus propias unidades familiares (Veyne P., 1990: 156-157). No existían limitaciones a la *patria potestas* ni siquiera desde el punto de vista del derecho público, de modo que también podía darse la paradójica situación de que un hijo, incluso un hijo bastante adulto, aunque ocupara un cargo de cierta importancia, estuviera sin embargo sujeto a la *potestas* de su *pater*¹⁰⁰.

La *patria potestas* confería así al padre sobre sus hijos y descendientes amplios y heterogéneos poderes, no sólo de carácter disciplinario y corporal, sino también que afectaban a la condición social y económica en la que se encontraban por su incapacidad patrimonial.

Sobre la base del texto de Ulpiano, ahora en D.50.16.195.2, se ha sostenido que la familia romana era "un grupo de personas unidas pura y simplemente por la autoridad que una de ellas, el *pater familias*, ejercía sobre todas las demás para fines que trascendían el orden doméstico" (Bonfante P., 1963: 18). Así, el *pater familias* habría gozado de un conjunto de derechos y facultades potestativas, es decir, de un poder soberano sobre sus hijos y todos los subordinados.

La antigua familia romana, por tanto, habría sido un verdadero organismo de naturaleza política; ante la inexistencia originaria del poder estatal, la *familia* arcaica habría sido originariamente un

correspondencia con la progresiva percepción de una diversidad entre poderes personales y patrimoniales. Para más detalles véase, en particular: (Gallo F., 1956: 193 ss.); (Capogrossi Colognesi L., 1969: 105 ss.); (Gallo F., 1970: 17 ss.); (Capogrossi Colognesi L., 1970: 357); (Corbino S., 1987: 43 ss.).

⁹⁸ Queriendo utilizar, aunque no del todo apropiadamente, la terminología jurídica actual, puede decirse que los *fili familias* carecían de capacidad jurídica en el ámbito del derecho privado, que sólo correspondía al *pater*, único titular de todo el patrimonio familiar. Para convertirse en sujeto autónomo, era necesario que, con la muerte de todos los ascendientes varones, el hijo se convirtiera a su vez en *pater familias*, como tal ya no sujeto a autorización y control.

⁹⁹ Jai 1.55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est: fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus.*

¹⁰⁰ El padre tenía derecho a recibir obediencia absoluta de sus hijos, cualquiera que fuera su rango o función en la vida pública, en virtud de una tradición que reconocía su supremacía sobre toda ley y toda institución estatal (Capogrossi Colognesi L., Cenerini F., Lamberti F., Lentano M., Rizzelli G., Santorelli B., 2019 *passim*). A este respecto, como se afirma en D. 36.1.13.5 (Ulp. 4 *fideic.*): *Si quis filius familias sit et magistratum gerat, patrem suum, in cuius est potestate, cogere poterit suspectam dicentem hereditatem adire et restituere:* (Lobrano G., 1984: 73). El principio estuvo en vigor hasta toda la época justiniana, como confirma I. 1.12.4: *Filius familias si militaverit, vel si senator vel consul fuerit factus, manet in patris potestate. militia enim vel consularia dignitas patris potestate filium non liberat. Sed ex constitutione nostra summa patriciatus dignitas illico ab imperialibus codicillis praestitis a patria potestate liberat. El nombramiento como cónsul, prefecto, magister militum, así como la ordenación como obispo, no supusieron la extinción de la *patria potestas* hasta la promulgación de la Nov. 81 de 539 d.C. (Lucchetti G., 1996: 86-87).*

organismo más amplio de carácter soberano, marcado por una estricta disciplina respecto a los subordinados al cabeza de familia; los miembros del grupo familiar, no necesariamente unidos por lazos de sangre o matrimoniales, sólo tenían en común, de hecho, su sujeción a un cabeza. Los derechos atribuidos al *pater respecto a los subordinados*, el peculiar carácter absorbente del *dominium* y la transferencia *mortis causa* de la *familia* a un sucesor designado por el *pater*, serían por tanto indicios significativos de un mecanismo análogo al de la transmisión del poder político de un jefe a su sucesor (Bonfante P., 2007: 23 y ss.)¹⁰¹.

En esta línea, se ha observado más recientemente (Lamberti F., 2014: 40 y ss.), que los mecanismos de la sucesión romana arcaica están destinados a lograr una forma de transmisión del poder: se basan en una especie de parentesco construido *sub species iuris*, la *adgnatio*, en virtud del cual sólo heredan en primer grado a partes iguales los descendientes por parte masculina (hijos e hijas del *pater*, los *nepotes ex filio*, etc.), y sólo aquellos que están en poder del *de cuius en el momento* de su muerte. Su condición de *sui heredes* se justifica por una especie de cogestión de la empresa familiar en vida del *pater*: asumen, sin necesidad de formalidad alguna, la propiedad de los bienes hereditarios, como si en vida del *pater* ya hubieran sido copropietarios del patrimonio familiar¹⁰².

Como ya se ha dicho, junto a la familia nuclear, que tenía una estructura monógama (pareja casada junto con sus descendientes), existía la *familia communi iure*, basada en un criterio más amplio de parentesco que extendía el vínculo de agnación a todos los descendientes. Tenía su origen en la ampliación de la familia *proprio iure* a través de la generación y el sometimiento de los hijos y sus descendientes a la autoridad del progenitor mientras éste viviera.

El parentesco en la línea agnaticia es funcional a los mecanismos de transmisión de la riqueza "por el padre y el *patri-monio*", que a su vez sustentan la transmisión del poder. Tras la muerte del padre, el grupo se dividía en muchas familias según el número de hijos, aunque persistía el vínculo de *adgnatio*, derivado de la sujeción común al poder del progenitor (Franciosi G., 1989: 8), que unía en línea recta a los ascendientes con los descendientes y en línea colateral a los descendientes de un mismo progenitor varón, y tenía relevancia jurídica hasta la sexta generación.

Como se ha observado (Fiorentini M., 2006: 988 y ss.), los vínculos de agnación no podían compararse a los lazos familiares, sino que eran vistos como relaciones de parentesco extendidas a los colaterales: este aspecto fue bien destacado en las XII Tablas donde, con referencia a la sucesión *ab intestato*, la sucesión de los agnados se mantenía diferenciada de la de los miembros de la *gens*.

Estudios más recientes¹⁰³ han cuestionado, sin embargo, la relevancia real de la patria *potestas* especialmente en época republicana, en la que la familia romana ya no se habría caracterizado por ser una realidad patriarcal de cierta magnitud, asemejándose en cambio más a la familia nuclear moderna. Según este punto de vista, teniendo en cuenta que a finales de la república y en el principado la esperanza media de vida de la población masculina era particularmente corta (a los veinte años, sólo el 43% de la población romana habría tenido un padre vivo; a los cuarenta, sólo el 6%), los efectos de la patria *potestas* sobre los hijos habrían sido bastante limitados en la práctica.

Esta tesis, aunque objeto de numerosas críticas¹⁰⁴, ha tenido ciertamente el mérito de haber dado un nuevo impulso a la historiografía romanista, tradicionalmente anclada en el modelo de la familia

¹⁰¹ La llamada teoría "política" de Bonfante, en contraposición a la llamada teoría "patriarcal" basada en los lazos de sangre, recibió sin embargo diversas críticas durante la primera mitad del siglo XX, en particular en lo que se refiere a la forma en que el estudioso configuró el origen y la evolución de las instituciones sucesorias, las inciertas referencias clasificatorias a la *gens*, la familia extensa y la *familia proprio iure*: (Voci P., 1952:104 ss.); (Volterra E., 1991: 184 ss.); (Capogrossi Colognesi L., 1994: 43 ss.); (Capogrossi Colognesi L., 1994: 185 ss.); (Fayer C.,1994: 107 ss.).

¹⁰² (Voices P., 1967: 58 y ss.).

¹⁰³ (Saller R.P., 1994: 122 y ss.); (Shaw B.D., 2001: 31 y ss.).

¹⁰⁴ (Capogrossi Colognesi L., 2010: 156), a propósito de la tesis de Saller destacaba cómo: "El ataque se dirigió de nuevo al marco demográfico de la sociedad romana, reconstruido a partir de un amplio uso de la documentación funeraria, para captar las tendencias matrimoniales de los romanos y, en consecuencia, la fisonomía concreta del sistema familiar. Estos

patriarcal. Sin embargo, aun queriendo revalorizar los aspectos afectivos de las relaciones familiares, en mi opinión no parece posible remontar las relaciones entre padres e hijos en la antigua Roma al modelo de la familia nuclear; En efecto, no sólo es común constatar en las fuentes que las relaciones entre padres e hijos no eran en general especialmente idílicas¹⁰⁵, sino que la propia creación de instituciones como el *peculium*, por el que el *pater* concedía a su hijo el disfrute y la administración de un conjunto de bienes, que seguían siendo de su propiedad, sugiere que el poder del padre era especialmente fuerte y estaba mucho más extendido de lo que afirman los teóricos de la familia nuclear¹⁰⁶.

Además, ni siquiera el derecho de vida o muerte, que el *pater familias* ejercía sobre sus hijos, era un caso excepcional: de hecho, las fuentes informan de más de un caso en el que este derecho se aplicaba como un deber ineludible a pesar de causar sufrimiento.

Por otra parte, tampoco se puede negar el valor jurídico de las normas que permanecieron en vigor, aunque tal vez fueran inaplicadas: la permanencia, aunque sólo fuera en el plano teórico, de los poderes del padre de familia reflejaba plenamente una ideología familiar de tipo patriarcal, que, por tanto, evidentemente seguía caracterizando a la familia romana que, como afirmaba Cicerón, era "el fundamento de la ciudad y el origen del Estado"¹⁰⁷, en una perspectiva de clara y sólida integración entre familia y Estado que subyace al propio concepto de *patria potestas*.

El *pater familias*, por tanto, era el único miembro del grupo familiar que mantenía relaciones jurídicas, ya que era la expresión del cuerpo familiar al que representaba y sobre el que gozaba de autoridad ilimitada sobre todos sus subordinados.

En la época arcaica, se trataba de un poder dirigido a todos los elementos de la *familia*, subsistente incluso sobre los individuos que aún no habían alcanzado un estadio de vida autónoma¹⁰⁸, que abarcaba todos los aspectos económicos y políticos, así como los religiosos y educativos; en consecuencia, los márgenes de libertad de los miembros de la familia sometidos a la *patria potestas* estaban significativamente limitados: baste pensar en las facultades más "incisivas" concedidas al *pater* respecto de los miembros de la familia a él subordinados, como el *ius vitae ac necis* (derecho de vida y muerte), el *ius vendendi* (derecho a vender al propio hijo) y el *ius noxae dandi* (derecho a eximirse de responsabilidad por la comisión de un delito privado cometido por un miembro de su familia entregando al autor a la víctima del delito).

2. Derecho a administrar el patrimonio de los hijos.

En el ámbito de los derechos patrimoniales privados, la situación de los *fili familias* era equivalente a la de los esclavos, en la medida en que estaban incluidos en la misma categoría de personas *en*

resultados confirmaron la desaparición de la imagen tradicional del patriarca a la cabeza del sistema familiar romano, ya que eran muy pocos los casos de familias compuestas por varias generaciones bajo la autoridad de un *pater*. En efecto, el matrimonio relativamente tardío de los varones habría provocado una mortalidad general de los padres en una época en la que los hijos nacidos de ese matrimonio no estaban aún en edad nupcial, lo que hacía bastante raros los casos de nietos que crecían bajo la misma casa que su antepasado. Así concluyó la reconsideración crítica de la "*historia estándar de la evolución desde la familia extensa severamente autoritaria hasta la familia simple y afectuosa*". Bajo el prisma de una reconsideración más sagaz y empírica de los hechos materiales, el viejo esquema basado en la idea de un "*periodo evolutivo*" anterior a la edad en que "*cónyuges, padres e hijos aprendieron a quererse*" pareció disolverse.

¹⁰⁵ (Thomas Y., 1983; 115 y ss.); (Lentano M., 2014:178 y ss.); (Veyne P., 2006: 22 y ss.); (Bettini M., 2009: 151 y ss.); (Cantarella E., 2017); (Rizzelli G., Lecce 2017).

¹⁰⁶ (Cantarella E., 1995: 99 y ss. y 2011: 881 y ss.).

¹⁰⁷ Cic. *de off.* 1.17.54: *principium urbis et quasi seminarium reipublicae*. El Estado se compone de familias, que al convertirse en *gens* forman la base de su desarrollo.

¹⁰⁸ Según el jurista Papinianus, el *homo non recte fuisse dicitur*: D.35.2.9.1; para los romanos, el feto era sólo un *spes animantis*, la expectativa de vida humana.

potestato según el derecho civil¹⁰⁹ : los *fili* in *potestate*, como *alieni iuris*, no tenían capacidad patrimonial propia, aplicándose la norma de derecho civil según la cual *qui in potestate nostra est nihil suum habere potest*¹¹⁰ . Por lo tanto, cualquier ventaja patrimonial que pudiera corresponderles recaía directamente en el *patrimonio* de su padre¹¹¹ ; en consecuencia, los hijos no podían poseer por sí mismos: tenían para el *pater* lo que sólo podían disponer de facto.¹¹²

A pesar de esta limitación, el joven que había alcanzado la pubertad podía realizar transacciones de casi cualquier tipo¹¹³ , de las que, sin embargo, el *pater* sólo podía derivar aumentos y compras, no pérdidas y obligaciones¹¹⁴ .

Entre las transacciones de los *fili* *familias*, el tema del *mutuum* concedido a los *filius familias* merece un debate aparte. De hecho, los préstamos de "padre muerto" eran muy frecuentes, y solían concederse a tipos especialmente elevados: se trataba, en efecto, de hipotecas considerablemente arriesgadas, ya que no sólo el hijo podía fallecer antes que el padre, sino que éste también podía morir sin dejar bienes suficientes para satisfacer a los acreedores o habiendo desheredado al hijo (Guarino A., 1982: 71).

Tras una primera ley de contenido incierto, promulgada bajo el emperador Claudio¹¹⁵ , destinada a reprimir la *saevitia creditorum*, una importante norma senatorial, aprobada bajo Vespasiano entre los años 69 y 79 d. C, y que permaneció en vigor incluso en la época de Justiniano, prohibía la concesión

¹⁰⁹ Este sistema permaneció formal y teóricamente inalterado incluso en la época de Justiniano: I. 1.8.1: *In potestate itaque dominorum sunt servi. quae quidem potestas iuris gentium est: nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse, et quodcumque per servum acquiritur id domino acquiritur.* I. 1.9 pr.: *In potestate nostra sunt liberi nostri, quos ex iustis nuptiis procreaverimus.*

¹¹⁰ Jai 2.87: *Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod serui nostri mancipio accipiunt uel ex traditione nanciscuntur siue quid stipulentur uel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iubentibus nobis adierit, hereditas nobis acquiritur; proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et conuenienter scilicet legatum per eos nobis acquiritur.*

¹¹¹ La expresión *patrimonium* en las fuentes romanas indica la totalidad de los *bona* pertenecientes a un sujeto de derecho y transmisibles a sus sucesores: (Biscotti B., 2016: 32).

¹¹² Jai 2.89: *Non solum autem proprietates per eos, quos in potestate habemus, acquiritur nobis, sed etiam possessio; cuius enim rei possessionem adepti fuerint, id nos possidere uideamur; unde etiam per eos usucapio procedit.*

¹¹³ Se excluye la *in iure cessio*: Gai 2.96: *In summa sciendum est his, qui in potestate manu mancipioque sunt, nihil in iure cedi posse; cum enim istarum personarum nihil suum esse possit, conueniens est scilicet, ut nihil suum esse in iure uindicare possint.* La exclusión derivaría de la estructura procesal, inhibida en el sistema de *legis actiones a filii familias*: (Marrone M., 1998: 325 y ss.); (Volterra E., 1967: 77); (Serrao F., 1984: 294). La obligación asumida por el *filius familias* tenía plena validez *iure civile*: (Pugliese G., 1991: 381 ss.). A diferencia de las *ex delicto*, no vinculaba al poderdante salvo que se dieran las condiciones para el ejercicio de una acción ad litem: (Arangio Ruiz V., 1960: 476). En la época clásica se podía demandar al *filius*; algunos ejemplos: D. 2.13.4.2; D. 3.3.8 pr.; D. 3.5.45 pr.; D. 4.4.3.4; D. 4.5.2.2; D. 5.1.57; D. 5.3.36.1; D. 9.3.1.7; D. 10.4.12.1; D. 12.2.24; D. 12.2.26.1; D. 13.5.7 pr.; D. 13.6.3.4; D. 14.5.5 pr.; D. 15.1.45; D. 15.3.10.2; D. 16.3.1.42; D. 16.3.21 pr.; D. 17.1.61; D. 17.2.58.2; D. 18.5.1; D. 22.1.32.3; D. 25.2.6.1; D. 42.6.1.9; D. 44.2.11.8; D. 44.7.39. *El filius familias* podía sufrir una *condemnatio* (D. 14.5.5 pr. y D. 46.1.10.2), respondiendo de sus deudas dentro de los límites del *id quod facere potest*. La *condemnatio* era plena en caso de *mendacium* para el hijo que había pretendido ser *sui iuris*, y que luego era desheredado o emancipado: D. 14.5.4.1 y D. 42.1.10.

¹¹⁴ Sobre la función de los *fili* como instrumentos de adquisición, véase Gai 2.87: *Igitur quod liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod serui nostri mancipio accipiunt uel ex traditione nanciscuntur siue quid stipulentur uel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis acquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; et ideo si heres institutus sit, nisi nostro iussu hereditatem adire non potest; et si iubentibus nobis adierit, hereditas nobis acquiritur; proinde atque si nos ipsi heredes instituti essemus; et conuenienter scilicet legatum per eos nobis acquiritur;* D. 29.2.79 (Ulp. 2 ad legem Iuliam et Papiam): *Placet, quotiens acquiritur per aliquem hereditas vel quid aliud ei cuius quis in potestate est, confestim acquiri ei cuius est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona eius per quem acquiritur et sic acquiri ei cui acquiritur.*

¹¹⁵ Tac. Ann. 11.13: *At Claudius matrimonii sui ignarus et munia censoria usurpans, theatralem populi lasciviam severis edictis increpuit, quod in Publium Pomponium consularem (is carmina scaenae dabat) inque feminas illustres probra iecerat. et lege lata saevitiam creditorum coercuit, ne in mortem parentum pecunias filiis familiarum faenori darent.* Sobre la *Lex Claudia* : (Giuffrè V., 1977: 420).

de préstamos de dinero a *filiis familias* sin el consentimiento de su *pater* y negaba protección procesal incluso después de la muerte de la persona con poder a los acreedores insatisfechos *ob mutui dationem filio familias*.¹¹⁶

El jurista Ulpiano recuerda el texto de la disposición senatorial en el pasaje inicial del título 14.6 de la Digesta:

D. 14.6.1 (Ulp.29 *ad ed. pr.*): *Verba senatus consulti Macedoniani haec sunt: "Cum inter ceteras sceleris causas Macedo, quas illi natura administrabat, etiam aes alienum adhibuisset, et saepe materiam peccandi malis moribus praestaret, qui pecuniam, ne quid amplius diceretur incertis nominibus crederet: placere, ne cui, qui filio familias mutuum pecuniam dedisset, etiam post mortem parentis eius, cuius in potestate fuisset, actio petitioque daretur, ut scirent, qui pessimo exemplo faenerarent, nullius posse filii familias bonum nomen expectata patris morte fieri."*¹¹⁷.

El *mutuum* concedido al *filius familias* se sancionaba así con la ineficacia, desde el punto de vista procesal, de excluir la posibilidad de tutela judicial del prestamista-acreedor; el pretor, en efecto, subordinaba la condena del demandado, mediante una *exceptio senatusconsulti macedoniani*, a la comprobación por el órgano judicial de que esta disposición había sido respetada¹¹⁸. La *exceptio senatusconsulti* se concedía también al *pater*, para proteger el patrimonio familiar, frente a un acreedor que, abusando de la inexperiencia del *filius*, le había concedido un préstamo con la intención de reclamarlo contra los bienes del poseedor.

Cuando, por el contrario, los negocios del *filius* se concluían en interés del padre, o eran ratificados por éste, o cuando las *negotia redundaban* en su beneficio, la remisión al progenitor hacía exigible la obligación de restitución derivada del préstamo.

La *denegatio actionis* o concesión de la *exceptio* estaba sujeta a la concurrencia de dos requisitos previos, que debían existir acumulativamente: la *condición* de sujeto a la *potestas* del *pater* y la transmisión en sentido material del *mutuum*, el acto obligatorio del que deriva la *obligatio ex re*¹¹⁹.

El *Senatusconsultum Macedonianum* nos abre una visión de la sociedad romana de finales del siglo I d.C., en la que el comercio era utilizado por muchos jóvenes, que eran admitidos en los círculos empresariales para realizar actividades por cuenta propia o en interés de quien ostentaba el poder, empleando además bienes que formaban parte del *peculium*¹²⁰.

¹¹⁶ Sobre la colocación temporal a que se refiere Svet. *Vesp. II*, la doctrina mayoritaria está de acuerdo: (Lucrezi F., Napoli 1992; 201 ss.); (Lucrezi F., 1993; 123 ss.); (Longo S., 2010: 59-74).

¹¹⁷ La medida recibió su nombre de cierto macedonio, un *filius familias* crónicamente falto de dinero, que había asesinado a su padre para poder pagar a los acreedores que le habían prestado grandes sumas de la herencia paterna. El objetivo de la medida era evitar nuevos parricidios y frenar el estilo de vida fastuoso y depravado en el que habían caído los hijos prestatarios, poniendo coto a la mala praxis desenfrenada de jóvenes despilfarradores perdidos en el laberinto del vicio. El *Senatusconsultum Macedonianum* fue llamado a tratar el fenómeno del parricidio, abordando una de las posibles *causae*, la del endeudamiento desmesurado, que inducía al *filius* a desprestigiar los límites del deber y de la ética natural, empujando a los hijos degenerados hacia el acto abyecto. Para más lecturas: (Lucrezi F., 1993: 94); (Thomas Y., 1981: 643 ss.); (Thomas Y., 2017).

¹¹⁸ D. 14.6.7 (Ulp. 29 *ad ed. pr.*): *Item si filius familias fideiusserit, Neratius libro primo et secundo responsorum cessare senatus consultum ait. Idem Celsus libro quarto. Sed Iulianus adicit, si color quaesitus sit, ut filius familias, qui mutuum accepturus erat, fideiuberet alio reo dato, fraudem senatus consulto factam nocere et dandam exceptionem tam filio familias quam reo, quoniam et fideiussori filii subvenitur*; C. 4.28.1: *Si filius, cum in potestate patris esset, mutuum a te pecuniam accepit, cum se patrem familias diceret, eiusque adfirmationi credidisse te iusta ratione edocere potes, exceptio ei denegabitur*.

¹¹⁹ D. 14.6.3.4 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si a filio familias stipulatus sim et patri familias facto crediderim, sive capite deminutus sit sive morte patris vel alias sui iuris sine capitis deminutione fuerit effectus, debet dici cessare senatus consultum, quia mutua iam patri familias data est*. Basándose en este principio, Scevola sostiene que: *Contra etiam recte dicitur, si a patrefamilias stipulatus sis, credas postea filiofamilias facto, Senatus potestatem exercendam: espletata est numeratione substantia obligationis* (D. 14.6.6, 2 *quaes.*), porque en tal caso el dinero se promete a un *pater familias*, pero en virtud de la *adrogatio*, la *traditio* se produce después de haberse convertido en *filius familias*.

¹²⁰ La intención de proteger la economía familiar subyacería, pues, en el pronunciamiento del Senado: (Klima J., 1955: 433 y ss.). I. 4.7.7: *Illud proprie servatur in eorum persona, quod senatus consultum Macedonianum prohibuit mutuas*

Para los jóvenes no emancipados de sus *patres* era posible, por tanto, dedicarse a la actividad económica: al fin y al cabo, los *fili familias* se empleaban a menudo en la gestión de un negocio familiar. Esto contribuía a aligerar, para los varones adultos *aliens iuris*, la carga efectiva de la *patria potestas* que persistía contra ellos, con la doble ventaja de permitir un cierto margen de autonomía económica a los hijos emprendedores y de preservar, sin embargo, el control indirecto de las iniciativas de los subordinados por parte de los poseedores.¹²¹

Para que los *fili familias* pudieran sustituir al padre en la gestión de los negocios que se les encomendaban, era frecuente utilizar, como se ha dicho, el *peculium*, que consistía en una suma de dinero y bienes¹²² concedida por el *pater* al hijo para la gestión de un negocio o para las necesidades personales del joven¹²³.

Mediante el *peculium profectivum* (o el *peculium a patre profectum*) se concedía al hijo la administración del mismo dentro de los límites fijados por el *pater*, titular de las *res peculiares*, y con la obligación de responder ante éste de su administración; aunque definido como *pusilla pecunia*, el *peculium* era a menudo lo suficientemente sustancial como para permitir a los hijos superar, al menos en parte, el problema de la incapacidad legal.

Se trataba de una institución singular, destinada a resolver los problemas prácticos creados por la norma jurídica sin renunciar, no obstante, al principio de la propiedad exclusiva del *pater sobre* el patrimonio familiar. Sin embargo, no parece correcto suponer que respondiera al deseo de los padres de conceder una mayor autonomía a sus hijos: el *peculio*, en efecto, que normalmente se otorgaba también a los esclavos¹²⁴, solía servir a los intereses del *pater* que lo concedía, representando para éste esencialmente una forma de limitación de su propia responsabilidad patrimonial.

En sus diversas articulaciones, el *peculium* era, por tanto, una consecuencia inevitable de la peculiar configuración de la *patria potestas* de los romanos, caracterizada por la dicotomía derivada de la admisión de la capacidad de negociar para los sometidos a la autoridad de otros, pero no sustentada en la concesión a éstos de la capacidad de adquirir la propiedad patrimonial¹²⁵.

En este escenario, para proteger eficazmente los créditos de los terceros acreedores que entablaban negocios con los hijos de la familia, era necesario, por otra parte, que los primeros pudieran contar con la obligación del *pater* de responder de las responsabilidades generadas por el hijo; con este fin, el *ius honorarium* vio la introducción de nuevas acciones procesales, las llamadas *actiones adiecticiae*

pecunias dari eis qui in parentis erunt potestate: et ei qui crediderit denegatur actio, tam adversus ipsum filium filiamve, nepotem neptemve, sive adhuc in potestate sunt, sive morte parentis vel emancipatione suae potestatis esse coeperint, quam adversus patrem avumve, sive habeat eos adhuc in potestate sive emancipaverit. Quae ideo senatus prospexit, quia saepe onerati aere alieno creditarum pecuniarum, quas in luxuriam consumebant, vitae parentum insidiabantur. Del pasaje de las Instituciones justinianas se deduce que el senado macedonio habría intervenido para proteger a los padres de las trampas de sus hijos, que recurrían al préstamo para llevar una vida alegre sin conseguirlo en muchos casos, exponiéndose así a las amenazas y al acoso de acreedores sin escrúpulos: (Bonfond M.A., 1983; 93 ss.).

¹²¹ (Thomas Y., 1982: 527 y ss.).

¹²² D. 15.1.5.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Peculium dictum est quasi pusilla pecunia sive patrimonium pusillum.* El *peculio* también podía incluir bienes muebles e inmuebles, derechos reales o créditos: D. 15.1.7.4 (Ulp. 29 *ad ed.*): *In peculio autem res esse possunt omnes et mobiles et soli: vicarios quoque in peculium potest habere et vicariorum peculium: hoc amplius et nomina debitorum.*

¹²³ Sobre el *peculium profectivum*: (Longo G., 1930: 29 ss.); (Longo G. 1935: 392 ss.); (Burdese A., 1982: 69 ss.); (Thomas Y., 1982: 527 ss.).

¹²⁴ D. 15.1.39 (Florent. 11 *ist.*): *Peculium et ex eo consistit, quod parsimonia sua quis paravit vel officio meruerit a quolibet sibi donari idque velut proprium patrimonium servum suum habere quis voluerit.* Con especial referencia al régimen del *peculium* de los esclavos empleados en la gestión de empresas bancarias en interés de sus amos: (Fasolino F., 2019: 3 ss.).

¹²⁵ Aunque en edad adulta y en plena madurez psicofísica, los hijos se veían privados de facto del poder de disponer de medios económicos, lo que generaba situaciones de conflicto familiar más o menos latente: (Voci P., 1994: 542); (Schulz F., 1968: 230).

*qualitatis*¹²⁶, que permitían al juez condenar a los *patres familias* en diferentes grados en función de las diversas modalidades de las tareas encomendadas a sus sustitutos.

La situación patrimonial de los *filií familias* cambió profundamente en la época clásica con la configuración del *peculium speciali*. De hecho, en época de Augusto, al *filius familias miles se le* concedía una dotación económica concreta, denominada *peculium castrense*, que incluía todo lo que el hijo adquiriría durante su servicio militar, principalmente su paga, botines y recompensas,¹²⁷ así como las herencias y legados recibidos de sus compañeros de armas¹²⁸.

El *peculium castrense* acabó siendo considerado como el verdadero patrimonio del *filius miles* quien así, al menos en ese ámbito limitado, pasó a asumir una situación de plena capacidad patrimonial¹²⁹: bajo Augusto, se admitió que el *filius familias* pudiera disponer de él por testamento¹³⁰, concesión renovada posteriormente por Nerva, Trajano y Adriano y extendida también a los soldados licenciados (*veteranos*)¹³¹.

De este modo, el peculio castrense adquiriría la configuración de un patrimonio autónomo, si bien con la singular limitación planteada para el caso en que un hijo falleciera sin haber dispuesto de él *mortis causa*: en esta hipótesis, en efecto, el peculio castrense revertiría a la titularidad del *pater*, no por vía sucesoria sino como un *peculium normal*¹³².

¹²⁶ D. 14.1.5.1 (Paul. 29 ad ed.): *Item si servus meus navem exercebit et cum magistro eius contraxero, nihil obstabit, quo minus adversus magistrum experiar actione, quae mihi vel iure civili vel honorario competit: nam et cuivis alii non obstat hoc edictum, quo minus cum magistro agere possit: hoc enim edicto non transfertur actio, sed adicitur.* Un requisito previo de las *actiones utiles* era la "transferencia de sujetos", es decir, la invitación al juez a pronunciarse sobre la base de una relación presupuesta que no existía entre demandante y demandado, como leemos en Gai 4.86: *Qui autem alieno nomine agit, intentionem quidem ex persona domini sumit, condemnationem autem in suam personam convertit:* (Miceli M., 2001: 235 ss.).

¹²⁷ D. 49.17.11 (Macer 2 de re militari): *Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est vel quod ipse filius familias in militia adquisiit, quod, nisi militaret, adquisiturus non fuisset. Nam quod erat et sine militia adquisiturus, id peculium eius castrense non est;* PS. 3.4a.3: *Filius familias, qui militavit, de castrensi peculio tam communi quam proprio iure testamentum facere potest. Castrense enim peculium est quod in castris acquiritur vel quod proficiscenti ad militiam datur:* (Guarino A., 1995: 105 ss.).

¹²⁸ C. 12.36.1.1-2: *Peculio autem castrensi cedunt res mobiles, quae eunti in militiam a patre vel a matre aliisve propinquis vel amicis donatae sunt, item quae in castris per occasionem militiae quaeruntur. In quibus sunt etiam hereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt nisi per militiae occasionem, etiamsi res immobiles in his erunt:* (Albertario E., 1931: 55 ss.).

¹²⁹ D.14.6.2 (Ulp. 64 ad ed.): *Usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filii familias in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur.*

¹³⁰ Tit. Ulp. 20.10: *Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed divus Augustus [Marcus] constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit.*

¹³¹ I. 2.12: *Non tamen omnibus licet facere testamentum. statim enim hi qui alieno iuri subiecti sunt testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint: exceptis his quos antea enumeravimus, et praecipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. quod quidem initio tantum militantibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est. itaque si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem heredem reliquerint: si vero intestati decesserint, nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit. ex hoc intellegere possumus, quod in castris adquisierit miles qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse neque patris creditores id vendere vel aliter inquietare neque, patre mortuo, cum fratribus esse commune, sed scilicet proprium eius esse id quod in castris adquisierit, quamquam iure civile omnium qui in potestate parentum sunt peculia perinde in bonis parentum computantur acsi servorum peculia in bonis dominorum numerantur: exceptis videlicet his quae ex sacris constitutionibus, et praecipue nostris, propter diversas causas non adquiruntur. praeter hos igitur qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit.*

¹³² D. 49.17.2 (Ulp. 67 ad ed.): *Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur: si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium.*

No fue hasta el final de la época imperial cuando se reconoció progresivamente a los *fili* familias plena capacidad patrimonial. En particular, dos constituciones de Constantino¹³³ establecieron que las normas sobre el *peculium castrense* se aplicaban también a los bienes definidos por las fuentes justinianeas *peculium quasi castrense*¹³⁴, es decir, los bienes adquiridos por los *fili familias palatini* (pertenecientes al personal de la burocracia investido de un cargo en la corte imperial)¹³⁵. Subyacía a este reconocimiento la idea de que el servicio en la corte era una especie de *milicia*: la capacidad patrimonial de los hijos se veía así incrementada en razón de la función particularmente importante que desempeñaban dentro de las estructuras administrativas del Estado¹³⁶.

Posteriormente, también se consideraron *peculium quasi castrense* los bienes adquiridos por ciertas categorías de personas, como abogados y eclesiásticos, y en general los ingresos obtenidos por un *filius familias* en su servicio en la burocracia¹³⁷ así como, con Justiniano, los bienes recibidos como regalo del emperador o de la emperatriz¹³⁸.

Profundamente innovadora fue una constitución de Constantino del 319 d.C.¹³⁹ en virtud de la cual, si un *filius familias* había heredado *ab intestato* de su madre¹⁴⁰, *su pater*, aunque formalmente propietario de los bienes heredados por el hijo (llamados *bona materna*), no podía sin embargo disponer de ellos: se concedía así al *pater* un derecho sobre los *bona materna* circunscrito a una *potestas utendi fruendique*, con la obligación de emplear toda la diligencia en su administración. Posteriormente, varias constituciones de finales del siglo IV d.C. extendieron la regla a otros bienes

¹³³ Respectivamente CTh. 6.35.3 de A.D. 319 y CTh. 6.36.1 de A.D. 320.

¹³⁴ Sobre esta institución: (Archi G., 1981: 1761 y ss.); (Guarino A., 1995: 105); (Mastrangelo A., 2005: 280 y ss.); (La Rosa F., 1953: 198 y ss.).

¹³⁵ (Dalla D., 1988: 103).

¹³⁶ (Mastrangelo A., 2005: 290); (Giuffrè V., 1983: 10 s.).

¹³⁷ C. 1. 51.7: *Velut castrense peculium filii familias adessores etiam post patris obitum vindicent, qui consilii propriis administratores iuvare consueverunt, si quid licitis honestisque lucris coadunare potuerunt*; C. 2.7.4: *Fori tui culminis et universorum iudiciorum advocati quidquid ex huiusmodi professione vel ipsius occasione quaesierint vel quaesierunt, id post patris obitum praecipuum veluti peculium castrense ad exemplum militum proprio dominio vale vindicare*.

¹³⁸ C. 6.61.7: *Cum multa privilegia imperialibus donationibus iam praestita sunt, dignum incrementum et his offerre nostra dignata est clementia*.

¹³⁹ CTh. 8.18.1.1: *Cesset itaque in maternis dumtaxat* successionebus commentum cretionis, et res, quae ex matris successione fuerint ad filios devolutae, ita sint in parentum potestate atque dominio, ut fruenti pontificium habeant, alienandi eis licentia derogetur. Nam maternum patrimonium, quod filiis in potestate constitutis obvenit, quum patre mortuo sui iuris fuerint, praecipuum habere eos et sine cuiusquam consortio placuit*.

¹⁴⁰ Esta posibilidad, excluida en el *ius civile* antiguo en la medida en que los hijos sólo podían suceder a la madre si ésta había sido *in manu del* padre de los hijos, fue admitida en el *ius novum* sobre la base del *Senatusconsultum Orphitianum* de la época de Marco Aurelio (178 d.C.): D. 38.17.1 (Ulp. 12 *ad Sab. pr.*): *Sive ingenua sive libertina mater est, admitti possunt liberi ad hereditatem eius ex senatus consulto Orphitiano*; I. 3.4: *Per contrarium autem ut liberi ad bona matrum intestatarum admittantur, senatus consulto Orphitiano effectum est, quod latum est Orphito et Rufo consulibus, divi Marci temporibus. et data est tam filio quam filiae legitima hereditas, etiamsi alieno iuri subiecti sunt: et praeferuntur et consanguineis et adgnatis defunctae matris*. Esta disposición estipulaba que los hijos, legítimos o ilegítimos, de una mujer libre (o también liberta) fallecida intestada debían adquirir la herencia en derogación del *ius antiquum*: D. 38.17.1.9 (Ulp. 12 *ad Sab.*): *"Si nemo filiorum eorumve, quibus simul legitima hereditas defertur, volet ad se eam hereditatem pertinere, ius antiquum esto"*. *Hoc ideo dicitur, ut, quamdiu vel unus filius vult legitimam hereditatem ad se pertinere, ius vetus locum non habeat: itaque si ex duobus alter adierit, alter repudiaverit hereditatem, ei portio ad crescet. Et si forte sit filius et patronus, repudiante filio patrono defertur*. Se trataba de una *legitima hereditas del ius novum* (D. 38.17.1.2).

atribuidos a los hijos por sus ascendientes en la línea materna (los llamados *bona materni generis*)¹⁴¹ y, poco después, a otras categorías de bienes¹⁴².

Hacia mediados del siglo V d.C., sólo se reconoció el derecho de usufructo del pater sobre el *peculium adventicium*¹⁴³: *el pater* no podía, por tanto, disponer de los bienes que formaban parte del mismo. A los hijos se les reconocía el derecho de propiedad sobre el *peculium adventicium*, pero no la facultad de disponer de él ni *inter vivos* ni *mortis causa*¹⁴⁴; el derecho de propiedad de los *fili*, sin embargo, sólo se materializaba cuando se convertían en *sui iuris* o fallecían: en este último caso se abría una sucesión intestada sobre los bienes del *peculium adventicium* a favor de los herederos de los *fili*, ya que no existía una adquisición automática por parte del *pater*.¹⁴⁵

En conclusión, puede decirse que, paralelamente a la transformación de las relaciones familiares derivada de los cambios sociales y económicos, la experiencia jurídica romana experimentó una evolución correspondiente, desde el punto de vista jurídico-potencial, de la posición y poderes del *pater*: los *fili familias* pasaron progresivamente de ser meros objetos de la *potestas* paterna a convertirse en sujetos autónomos dentro del grupo familiar y, en particular, desde el punto de vista patrimonial, los hijos pasaron de ser meros instrumentos de adquisición en beneficio del *pater* a convertirse en sujetos con derechos propios.

¹⁴¹ CTh. 8.18.6: *Quemadmodum maternas facultates venditione vel donatione transscribere in alias personas patribus non licet, ita ea, quae pater matris ac mater quaeque avus matris aut avia nepotibus pronepotibusve donaverint sive ab intestato reliquerint, patribus alienare non liceat. Delatae vero ab extraneis sive ex transversa linea facultates, praeterquam ab his necessitudinibus, quas locuti sumus, patribus conferant, quicquid filiis positus in eorum potestate detulerint.*

CTh. 8.18.7: *Quicquid avus avia, proavus proavia nepoti nepti, pronepoti pronepti cuiuslibet tituli largitate contulerint, id est testamento, fideicommisso, legato, codicillo, donatione vel etiam intestati succione, pater filio filiaeve integra illibataque custodiat, ut vendere, donare, relinquere alteri aut obligare non possit, ut, quemadmodum ipse super his licentiam totius potestatis amittit, ita defuncto eo, filio filiaeve praecipua computentur; nec ab illis, qui ex patre sunt, consortibus vindicentur. Supplicandi etiam in futurum contra haec licentiam summovemus etc.*

¹⁴² En 426 d.C. Teodosio II y Valentiniano III dispusieron la adquisición de bienes a favor de *fili* también sobre la llamada *lucra nuptialia*, es decir, donaciones y legados procedentes de un cónyuge a un *filius* o *filia*: CTh. 8.19.1: *Post alia: quum venerandae leges vetuerint patribus iure potestatis conquiri, quicquid eorum filiis avus avia, proavus proavia, alio modo a linea materna venientes quocumque* titulo contulissent: hoc quoque convenit observari, ut, quicquid vel uxor marito non emancipato vel maritus uxori in potestate positae quocumque* titulo vel iure contulerit sive transmiserit, hoc patri nullatenus acquiratur; atque ideo in eius tantum, cui delatum est, iure durabit etc.*

En el año 473 d.C., León y Antemio hicieron arreglos similares para la *lucra sponsalicia*, la compra de niños en relación con sus esponsales: C. 6.61.5: *Non sine ratione de negotio, quod inter matrem familias, cuius vestra suggestio meminit, et germanum eius vertitur, magnitudo tua diversis legibus ex utraque parte prolatis nostram credidit consulendam esse clementiam, cum mulier diversis iuris lectionibus idem intellegi maritum et sponsum niteretur probare, germanus mariti nomen illi soli, qui nuptias contraxerit, recitatione constitutionis divorum retro principum Theodosii et Valentiniani, qua cavetur, quidquid maritus vel uxor in potestate constituti invicem sibi reliquerint, non patri acquiri, sed ad eorum ius pertinere, imponere.* Justiniano extendió este régimen a cualquier otro bien adquirido por *fili familias* independientemente de una contribución paterna; todos los bienes adquiridos por un *filius familias* de una persona distinta del padre se consideran genéricamente como *bona materna generis*: C. 6.61.6.1: *Si quis itaque filius familias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus aliquid sibi adquisierit non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscumque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant, ea suis parentibus non in plenum, sicut antea erat sancitum, sed usque ad solum usum fructum acquirat, et eorum usus fructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiis familias inhaereat ad exemplum tam maternarum quam ex nuptialibus causis filiis familias adquisitionum rerum;* C. 6.61.8.pr.: *Cum non solum in maternis rebus, quae filiis familias deferuntur, sed etiam de aliis omnibus, quae acquisitionem effugiunt, et maxime post novellam nostri numinis legem, quae omnia, quae extrinsecus ad filios familias perveniunt et non ex paterna substantia, non esse acquirenda patribus statuit nisi tantummodo ad usum fructum, variae altercationes exortae sunt et varios eventus variasque continent tractatus et semper in iudiciis versantur, necesse est utiliter et apertissime omnia dirimere.*

¹⁴³ P. Voci, *Storia della patria potestas* cit. 41.

¹⁴⁴ Para el derecho de propiedad: CTh. 8.19.1; para la prohibición de disponer: C. 6.61.8.5a.

¹⁴⁵ C. 6.61.6.1c: *Sub hac tamen definitione hunc legis articulum inducimus, ut in successione quidem earum rerum, quae extrinsecus filiis familias adquiruntur, iura eadem observentur, quae in maternis et nuptialibus rebus statuta sunt.*

Sin embargo, aquella concepción jerárquica y patriarcal de la familia, destinada a perdurar hasta épocas no muy lejanas de la nuestra, permaneció sustancialmente intacta: En la estela de una tenaz tradición social y cultural que nunca había sido verdaderamente rechazada en el plano conceptual, se realizó así lo que Justiniano denominó la *nova hominum conversatio*¹⁴⁶, en referencia al nuevo clima de su tiempo, caracterizado por una creciente permeabilidad general a los valores de la ética cristiana en la elaboración de las normas relativas a la familia, a resultas de lo cual las reglas se caracterizaban cada vez más por un trato menos duro hacia los subordinados y, en particular, hacia *los filii*.

¹⁴⁶ La expresión es utilizada por el emperador para marcar la cesura entre la antigua disciplina y la nueva sobre el tema de la *noxae datio*, en J. 4.8.7: *Sed veteres quidem haec et in filiis familias masculis et feminis admiserunt. Nova autem hominum conversatio huiusmodi asperitatem recte respuendam esse existimavit, et ab usu communi haec penitus recessit. Quis enim patiatur, filium suum et maxime filiam in noxam alii dare, ut paene per corpus pater magis, quam filius periclitetur, quam in filiabus etiam pudicitiae favor hoc bene excludit? Et ideo placuit, in servos tantummodo noxales actiones esse proponendas, cum apud veteres legum commentatores invenimus saepius dictum, ipsos filios familias pro suis delictis posse conveniri.*

EL DEBATE SOBRE LA IGUALDAD DE GÉNERO COMO CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL AL DECIDIR SOBRE LA CUSTODIA COMPARTIDA Y SU POSIBLE IMPACTO EN LOS DERECHOS DE FAMILIA ESPAÑOL E ITALIANO

José Manuel de Torres Perea*

SUMARIO: 1. Cuestión preliminar: la diferencia entre “l’affidamento condiviso” y la custodia compartida; 2. ¿Una vía alternativa para admitir otras consideraciones primordiales en pie de igualdad al ISM a la hora de decidir sobre la custodia del menor?: El distinto enfoque del ISM en el art.3 de la CDN de 1989 de las Naciones Unidas y en el art.2 de la LOPJM; 3. ¿Es la igualdad de género la consideración primordial al decidir sobre una custodia compartida? Una propuesta desde la Sociología; 4. Crítica a la propuesta de sustituir el ISM por la igualdad de género refrendada por un pacto como criterio decisorio al otorgar una custodia compartida; 5. Conclusiones

1. Cuestión preliminar: la diferencia entre “l’affidamento condiviso” y la custodia compartida.

Como paso previo a este estudio es necesario hacer una importante aclaración respecto a las figuras que encauzan la custodia del menor en el derecho español e italiano. En el derecho italiano se hace uso del término “l’affidamento condiviso” que fue introducido por la Ley 54/2006. Frecuentemente, este término se traduce en español como custodia compartida. Sin embargo, se trata de dos figuras con contenidos distintos. Aunque el “l’affidamento condiviso” tiene como finalidad garantizar el mantenimiento de una relación afectiva del menor con ambos progenitores, no garantiza un reparto paritario del menor con sus dos progenitores, sino que como ha señalado la Corte de Casación, en el Auto n.º 17222 de 16 de junio de 2021, siguiendo la doctrina de Cass 9329/2020 y Cass 9764/2019 “el tribunal puede establecer un acuerdo diferente, en disonancia con este principio, siempre que esté dirigido a proteger el interés superior del menor”¹⁴⁷.

De hecho, tras la Ley 54/2006 el “l’affidamento condiviso” se ha configurado como regla frente a la custodia exclusiva, si bien se caracteriza por el hecho de que normalmente uno de los progenitores se convierte en el “collocatario” –que podría traducirse por domiciliario– mientras que el otro progenitor tendrá lo que podríamos entender como “un derecho de visitas” que podrá ser más o menos extenso. Esta situación, no obstante, en ocasiones puede coincidir con lo que en España se considera como una auténtica custodia compartida, que implicaría un reparto lo más paritario posible, en cuanto a tiempos y tareas, entre los dos progenitores, si bien no siempre se dará este paralelismo. Si bien es cierto que el derecho italiano ha avanzado desde 2006, destacando la regulación de la “responsabilità genitoriale” por el decreto legislativo de 28 de diciembre de 2013, n.154, que ha sustituido al concepto de “potestà genitoriale” hasta entonces vigente, es decir se ha pasado de un sistema de autoridad a un sistema de responsabilidad. Más recientemente el Decreto Legislativo de 10 de octubre de 2022 n.149 ha abierto la vía para la elaboración de un plan de parentalidad¹⁴⁸. Sin embargo, la implantación de una custodia compartida fundada en el reparto equitativo de tiempo y tareas, tal como es entendida

* Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de Málaga (España)

¹⁴⁷ Vid. M. Ferrari, *L’affidamento condiviso non presuppone la frequentazione paritaria*, en *Altalex Rev. Wolters Kluwer*, publicado el 12 de julio de 2021, señala que este auto contiene un importante principio en materia de “bigenitorialità” que establece que las resoluciones del juez pueden apartarse de un reparto equitativo y simétrico del tiempo, siempre que ello redunde en beneficio del menor. Cassazione Civile, Auto n° 17222/2021.

<https://www.altalex.com/documents/news/2021/07/12/affidamento-condiviso-non-presuppone-la-frequentazione-paritaria>

¹⁴⁸ Vid. A. Spadafora, *La tutela del minore nella genitorialità pianificata*, en *Famiglia e Diritto* 2, 1, (2024) 208-211 y E. Al Mureden, *Il piano genitoriale* en *Famiglia e Diritto* 11 (1 de noviembre de 2023) 998-1000.

en España, está aún pendiente de reconocimiento legislativo. Por ello en este artículo ha de tenerse en cuenta que, si bien en ocasiones “l’affidamento condiviso” y la custodia compartida pueden quedar equiparadas, no siempre es así.

2.- ¿Una vía alternativa para admitir otras consideraciones primordiales en pie de igualdad al ISM a la hora de decidir sobre la custodia del menor?

Tras la ley Orgánica 1/96 de Protección jurídica del menor, el interés superior del menor (ISM) se ha erigido como pieza central y medida de todas las cosas en el Derecho de familia español. El art. 2 de la LOPJM no solo señala que todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado, sino que además afirma que primará el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Por tanto, en el Derecho español el ISM se fija legalmente de forma similar a como se hace en el “Children Act” inglés, que postula que cuando un tribunal resuelva cualquier cuestión relativa a la educación de un menor; o la administración de sus bienes o la gestión de los ingresos procedentes de los mismos, el ISM será “la” consideración primordial del tribunal.

No obstante, estas normas se apartan del concepto recogido en el artículo tercero de la Convención de los derechos del niño de Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 en tanto que el mismo considera que en toda medida que afecte a un menor tomada por una institución pública o privada de bienestar social, o por los tribunales, o por las autoridades administrativas o los órganos legislativos “una” consideración primordial que ha de ser tenida en cuenta será el interés superior del niño¹⁴⁹. Esta mínima modificación terminológica entre las normas española e inglesa y la convención, modificación que se limita a sustituir el artículo indeterminado “una” por el determinado “la” puede dar lugar a importantes divergencias interpretativas o incluso a dos formas opuestas de comprender el concepto que tratamos, pues no es lo mismo mantener que el ISM ha de ser la consideración primordial observada por el juez, que decir que será una consideración primordial a ser valorada por el juez junto a otras consideraciones primordiales.

Si atendemos al proceso de elaboración del art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño vemos como su redacción final fue fruto del acuerdo tras un largo y acalorado debate entre dos bloques de naciones que discutían la hegemonía del principio del ISM. En la propuesta inicial se proponía el siguiente texto: “the best interests of the child shall be the primary consideration”, propuesta que fue rechazada por los estados que se manifestaron contrarios a elevar el principio del ISM a la categoría de “única consideración primordial” a ser observada por el juez. Se esgrimía que la propuesta podía encorsetar al juez que quedaría maniatado e inhabilitado por dicho criterio exclusivo, sin poder atender a otras consideraciones primordiales. Tras una mediación no exenta de dificultades finalmente se aprobó la redacción vigente en la que el ISM es solo “a primary consideration”¹⁵⁰. Este proceso nos informa de que la redacción del art.3 no fue ni accidental ni casual, sino el resultado de una larga negociación. Por ello puede sorprender que tanto en el derecho inglés como en el español se haya optado por recoger un concepto similar al de la propuesta inicial alejándose del finalmente aprobado por las Naciones Unidas. Más aún puede sorprender que la doctrina española haya pasado de puntillas por esta cuestión y recoja como verdad incuestionable que el ISM sea la única consideración primordial que vincule al juez.

¹⁴⁹ En el art. 24 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE 2000/C 364/1, igualmente se refiere que: “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés del menor constituirá una consideración primordial”.

¹⁵⁰ Texto elaborado por la “Commission on Human Rights”. Forty-fifth session. Report of the Working Group on a draft convention on the rights of the child: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=E/CN.4/1989/48, p.22 y ss.

Lo cierto es que la Observación General n.º14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (2013) distingue entre la regla general, es decir, que el ISM sea “una consideración primordial” y determinados supuestos en los que “el derecho del interés superior se refuerza aún más y no es simplemente una consideración primordial, sino la consideración primordial”, en expresa referencia a la adopción (art. 21 – párrafo 38).

Con respecto a la custodia compartida en el párrafo 67 de la Observación General de 2013 se refiere que, si bien las responsabilidades parentales compartidas suelen ir en beneficio del interés del menor, sin embargo, en las decisiones relativas a la responsabilidad parental, el único criterio debe ser el interés superior del menor en particular, por lo que es contrario al interés superior que la ley conceda automáticamente la responsabilidad parental a uno de los progenitores o a ambos. Nos planteamos si la razón de ser de este párrafo es negar la posibilidad de la atribución legal automática de la custodia, que debería quedar supeditada a las circunstancias de cada caso, o bien supone una excepción a la regla general que determina que el interés superior es “una consideración primordial”. Del hecho de que no se haya recogido expresamente que en este caso el interés del menor sea “la consideración primordial” -tal como si se ha hecho respecto a la adopción- deducimos que en este caso el legislador se ha limitado a negar la posibilidad de una atribución legal automática de custodia. Igualmente, cuando en el párrafo 97 se refiere a la excepción en la que el ISM se recoge como “la consideración primordial” señala que se trata únicamente del supuesto de adopción previsto en el párrafo 38.

No obstante, en el derecho español se ha optado por seguir un criterio que atribuye prevalencia al interés del menor, criterio que ha quedado confirmado por las leyes de 2015, en particular por la Ley Orgánica de Modernización del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia de 22 de julio de 2015 (LO 8/2015). Ley que ha modificado el art. 2 LOPJM para incluir cuatro criterios generales de interpretación y aplicación del ISM, junto con seis criterios de ponderación, siguiendo las directrices de la Observación General 14. No obstante, en el añadido apartado cuarto del art. 2 se señala que en caso de concurrir cualquier otro interés legítimo junto al interés superior del menor deberán priorizarse las medidas que, respondiendo a este interés, respeten también los otros intereses legítimos presentes. Sin embargo, puntualiza que “en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. Es decir, a pesar de seguir las directrices de la Observación General 14, la reforma de 2015 ha mantenido como criterio general lo que en la Observación General no es sino una excepción, esto es, que el ISM sea “la” consideración primordial. Si bien la doctrina española parece mantener una posición uniforme en esta materia, no puede decirse lo mismo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, donde podemos identificar dos líneas divergentes que se encarnan en la sentencia de 29 de abril de 2013¹⁵¹ y 6 de febrero de 2014¹⁵². La primera sentencia es un baluarte de la línea jurisprudencial, que en su día iniciara la profesora Encarna Roca¹⁵³, y en la que tomó el testigo José Antonio Seijas Quintana, según la cual el ISM no solo es prioritario, sino que además puede quedar configurado como una auténtica cláusula general¹⁵⁴. Por

¹⁵¹ STS de 29 de abril de 2013, ponente José Antonio Seijas Quintana, (RJ 2013\3269).

¹⁵² STS de 6 de febrero de 2014, (RJ 2014\833), ponente Rafael Saraza Jimena.

¹⁵³ E. Roca i Trias fue quien identificó en primer lugar el ISM con una cláusula general en la “Contestación: El interés del menor como factor de progreso y unificación del Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1994-4, (915-992) 975.

¹⁵⁴ En Italia se ha producido una evolución paralela, destaca el trabajo de R. Romboli, *La natura “relativa” ed il significato di “clausola generale” del principio del superiore interesse del minore*, en *La famiglia davanti ai suoi giudici. Atti del convegno di Catania, 7-8 giugno 2013*, dir. F. Giuffrè y I. Nicotra, Napoli 2014, 467-520, si bien no se sigue exactamente el concepto de cláusula general proveniente de la doctrina alemana que se recoge en este trabajo. Autor al que sigue M. Rossi, *Interesse del minore e relazione di filiazione tra diritto interno, diritto internazionale e diritto dell’Unione Europea*, en *Stato, Chiese, e pluralismo confessionale, Rivista telematica* (<https://www.statoechiese.it>) 8 (2024) 63-96, cuando afirma que una de las funciones primordiales del interés superior del menor es la de cláusula general.

otro lado, la STS de 6 de febrero de 2014 recoge la posición de otra línea jurisprudencial que niega el carácter de cláusula general del ISM y que, al menos en esta sentencia, se aparta del art. 2 LOPJM y centra su *ratio decidendi* en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas.

La sentencia de 29 de abril de 2013 puede sorprender por varios motivos. El primero porque, obviando el hecho de que el Anteproyecto de Ley para la reforma del CC que presentó el ministro Alberto Ruiz Gallardón en 2013 a fin de establecer una presunción legal a favor de la custodia compartida nunca prosperó¹⁵⁵, crea una auténtica presunción jurisprudencial a favor de la custodia compartida, presunción que después de una década sigue vigente a pesar de los múltiples envites sufridos. En segundo lugar, porque establece dicha presunción a pesar de que el art. 92.8 CC dice, desde 2005, que “Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo -es decir, cuando no haya acuerdo entre los padres-, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que solo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”. Es decir, eleva a nivel de presunción jurisprudencial lo que en el CC aparece como una excepción legal. Por tanto, la ley se tuerce sobremanera, superando la mera función interpretativa. Esta circunstancia puede llevar al error si solo se atiende a la ley y no a su aplicación. De hecho, erran los distintos estudios doctrinales italianos consultados, cuando al hacer referencia al derecho español consideran que, con la excepción de la legislación de ciertas Comunidades Autónomas, la custodia sigue siendo una medida excepcional en España, lo cual dista mucho de la realidad, pues la práctica judicial la ha consagrado como una medida general, de la cual solo se puede apartar el juez de forma excepcional y motivada. Esta auténtica presunción *contra legem* solo se puede comprender desde posturas que ven en el interés superior del menor una auténtica cláusula general. De hecho, esta sentencia podría alinearse con una línea jurisprudencial en la que aparentemente se ha aplicado el ISM obviando la aplicación de una norma imperativa, que ha quedado neutralizada¹⁵⁶, lo cual nos recuerda la célebre frase del magistrado Seijas Quintana el “interés del menor puede mover montañas”¹⁵⁷. Esta línea jurisprudencial que aplica el ISM como cláusula general, tal como ya afirmó Encarna Roca en 1994 sigue los postulados del profesor José Miguel Miquel González quien puede ser considerado como el mejor exponente de la doctrina alemana de las cláusulas generales en España. Si bien Miquel realiza su construcción a partir de la cláusula general de la buena fe, tal como ya indiqué en mi trabajo de 2016¹⁵⁸, lo que parece haber hecho esta línea jurisprudencial es aplicar al ISM la doctrina de las cláusulas generales inicialmente elaborada a partir del principio de la buena fe.

Para entender el significado de la doctrina de las cláusulas generales debemos partir de la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 1923 que le da origen, y en la que el Tribunal reaccionó al intento

¹⁵⁵ El Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio, se presentó en consejo de ministros el 19 de julio de 2013. <https://www.lamoncloa.gob.es/consejodem ministros/resumenes/paginas/2013/190713-consejo.aspx/?galv2r=1>

¹⁵⁶ Así, encontramos decisiones judiciales que prescindían del informe favorable del Ministerio Fiscal cuando era vinculante: vid. Auto del Juzgado de Primera Instancia nº8 de Gijón; de 22 de junio de 2010. (AC 2010\1257), Ponente: Ilustrísimo Sr. D. Ángel Luis Campos Izquierdo); o falta de vinculación del juez en materia de custodia compartida al requisito de que al menos uno de los padres la solicite: vid. STS de 1 de octubre de 2010, Ponente: Excm. Sra. Encarnación Roca Trías, RJ 2010\7302; o el voto particular de la STS de 6 de febrero de 2014, Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena, RJ 2014\833.

¹⁵⁷ Encuentro Judicial Internacional sobre Derecho de Familia que tuvo lugar los días 6 y 7 de noviembre de 2014 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga: El Magistrado José Antonio Seijas Quintana terminó su intervención con dos frases que pueden resumir su doctrina: por un lado, que el interés superior del menor ha de ser individualizado en un niño de “carne y hueso” y por otro, que “el interés superior del menor puede mover montañas”. Lo cual supone una metáfora muy gráfica de cómo puede operar una cláusula general, en este caso la del interés superior del menor.

¹⁵⁸ J.M. de Torres Perea, *Estudio de la función atribuida al interés del menor como cláusula general por una relevante línea jurisprudencial* en *Diario La Ley* 8737 (2016) 1-22.

de Parlamento de bloquearlo. Se trataba de aplicar el art. 242 BGB, que refiere que el deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico¹⁵⁹, para omitir aplicar una norma que permitía exigir el pago inicialmente pactado en un contrato anterior a la I Guerra Mundial, a pesar de la galopante inflación sufrida por el Marco alemán durante el transcurso de la misma. Ante el intento del Parlamento de derogar el art. 242, el Tribunal Supremo sentenció que la idea de la buena fe está por encima de la Ley, y que el legislador no puede utilizar las fuerza de sus palabras para contravenir un resultado imperiosamente exigido por el principio de la buena fe. Es decir, que el principio de la buena fe puede neutralizar una norma imperativa si de la aplicación de esta última se llega a un resultado absolutamente contrario a la buena fe. Téngase en cuenta que en este supuesto tan imperativa era una norma como la otra, lo único que hizo el Tribunal Supremo fue decantarse por la buena fe haciendo uso de su juego como cláusula general, cláusula que por recoger un concepto abierto, general e indeterminado puede ser adaptada a cualquier realidad social, por novedosa que aparezca, suponiendo una auténtica válvula por la que el sistema puede respirar.

De forma análoga, el art. 2 LOPJM habría elevado el principio general del ISM a la categoría de cláusula general, la cual permitiría neutralizar la aplicación de aquellas normas que se opusieran al mismo. Por tanto, desde esta perspectiva una presunción jurisprudencial contraria al carácter excepcional que el art. 92.8 CC otorga a la custodia compartida no consensual, sería admisible si se fundara en el ISM entendido como cláusula general. Téngase en cuenta que el art. 92.8 solo permite que excepcionalmente el juez pueda apartarse de la regla general –carácter excepcional de la custodia compartida no consensuada– si lo funda en el ISM; pero lo que no permite en ningún caso el art. 92.8 es que se convierta en supuesto general estandarizado por medio de una presunción jurisprudencial, lo que en la primera palabra de dicho apartado se considera como “excepcional”. Esta formulación podría entenderse como reflejo del proceso de constitucionalización del Derecho Civil en Europa tras la II Guerra Mundial, pues podría ser interpretado como un instrumento de defensa del juez ante situaciones concretas de injusticia a las que podría llevar la aplicación de una norma imperativa¹⁶⁰.

En Italia se ha señalado igualmente que el interés del menor tiene una doble función, como principio cardinal del derecho de familia que es en su esencia una cláusula general a la cual ha de adaptarse el legislador, y como criterio interpretativo hermenéutico prevalente. Se afirma que no es posible prescindir de los conceptos indeterminados por mucho que pueda sufrir la seguridad jurídica. En concreto, Marzia Rossi señala: “costituisce altresì principio di diritto suscettibile di essere invocato da parte del giudice qualora si tratti di disapplicare singole regole del diritto”¹⁶¹, es decir, que el interés superior del menor permite al juez inaplicar determinadas normas jurídicas, siguiendo en este punto a Vincenzo Scalisi¹⁶².

Por otro lado, la STS de 6 de febrero de 2014, de la que fue magistrado ponente Rafael Saraza Jimena, es fiel exponente de la otra línea jurisprudencial señalada, que niega tanto el carácter de cláusula general del ISM como los efectos que de dicha consideración pudieran derivarse. Se trata de la primera de las sentencias que el TS ha dictado sobre gestación sustitutoria, siendo un primer precedente, posteriormente confirmado por otros pronunciamientos, contrario a dar validez jurídica a la relación paterno-filial derivada del contrato de gestación sustitutoria por ser contrario al art. 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

¹⁵⁹ § 242 BGB: Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.

¹⁶⁰ M. P. García Rubio, *Reivindicando el valor del Derecho Civil. El tratamiento del Derecho Civil por los poderes normativos* en *Revista de Derecho Civil* Vol. 9, n.º 1 (2022) 235. En la misma línea, J. L. Caballero Ochoa, *Las dimensiones de la igualdad en la guarda y custodia de hijas e hijos. Análisis del AR 1968/2017*, en P. Salazar Ugarte, C. E. Alonso Beltrán (coords.), *Igualdad y no discriminación*, México 2022, 50-51.

¹⁶¹ Rossi, *Interesse* cit. 94-96.

¹⁶² V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, en *Rivista di diritto civile* 2 (2018) 414.

Esta sentencia es paradigmática y muestra de forma inequívoca las importantes divergencias existentes entre las dos líneas jurisprudenciales que en materia del ISM se han desarrollado en el TS. Originariamente le correspondió ser juez ponente de la misma al magistrado Antonio Seijas Quintana. Sin embargo, una vez presentada su propuesta vio cómo fue rechazada por la mayoría de la sala, de forma que lo que se redactó para ser una sentencia, terminó siendo un voto particular, si bien suscrito por los magistrados José Antonio Seijas Quintana, José Ramón Ferrándiz Gabriel, Francisco Javier Arroyo Fiestas y Sebastián Sastre Papiol, quienes apoyaban la inaplicación del art.10 LTRHA por exigirlo el ISM.

De todos los argumentos esgrimidos en esta sentencia para negar que el ISM pudiera justificar el reconocimiento de la relación paterno-filial derivada del contrato de gestación sustitutoria nos detenemos en dos que resultan de especial relevancia para nuestro estudio. (1) En primer lugar se señala que la aplicación del principio del ISM “ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma” y añade que “no hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contrario al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución”. Igualmente, añade que hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo.

Pero, sin duda, es el siguiente argumento el que nos parece más trascendente y aclaratorio: (2) En el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, el interés superior del menor tiene la consideración de "primordial" a la que han de atender los tribunales y demás instituciones públicas y privadas en todas las medidas concernientes a los niños. Pero, además de lo expuesto respecto de la pertinencia de concretar tal principio conforme a las pautas de la legislación en la materia, ha de tenerse en cuenta que tal principio “no es el único que se ha de tomar en consideración”, afirmando que “pueden concurrir otros bienes jurídicos con los que es preciso realizar una ponderación”. De hecho, en esta sentencia se apuntan varios de los posibles principios a tomar en consideración: “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”. A mayor abundamiento se puntualiza que se trata de principios amparados por los textos constitucionales de nuestro país y de los de su entorno y en convenios internacionales sobre derechos humanos, y otros sectoriales referidos a la infancia y las relaciones familiares, como es el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993.

Por tanto, en esta sentencia no solo se niega el carácter de cláusula general del ISM en el sentido que se recoge en la doctrina alemana, sino que además se opta por un concepto del ISM conforme a la Convención de los derechos del niño de 1989, pretiriendo toda referencia al art. 2 LOPJM. Es decir, se abre la puerta a considerar el ISM como una consideración primordial que puede concurrir con otras consideraciones primordiales y cuya aplicación debe ponderarse. En este caso concreto la sentencia recoge varias de esas otras consideraciones en las que se ha fundado el tribunal para tomar su decisión, consideraciones que giran en torno al respeto a la dignidad de la mujer y la lucha contra su cosificación cuando es objeto de gestación sustitutoria.

Puede concluirse que en el Tribunal Supremo conviven dos formas distintas de entender el ISM y que cada una de estas líneas jurisprudenciales se ha impuesto en un campo de aplicación diferente. Por un lado, en materia de custodia compartida se ha consagrado una presunción jurisprudencial que contradice tanto la negativa del parlamento español a legislar una presunción legal a favor de la custodia compartida, como la tendencia de las comunidades autónomas a derogar las leyes que la admitieron en su momento. Por otro lado, en materia de gestación sustitutoria, a partir de la STS de 6 de febrero 2014, se ha seguido una línea que niega validez al contrato celebrado con la madre gestante por entender que frente a él no puede esgrimirse el principio del ISM. La primera línea

considera que el ISM es “la” única consideración primordial a valorar cuando colisiona con otra, y podría entenderse que la llega a elevar a la categoría de cláusula general. La segunda línea, tal como hemos visto en los considerandos de la sentencia de 2014, niega que el ISM tenga naturaleza de cláusula general conforme se entiende en la doctrina alemana, llegando aún más lejos, al entender que el ISM es simplemente “una” consideración primordial entre otras posibles.

Expuestas ambas líneas jurisprudenciales, es claro que los argumentos esgrimidos por la STS de 6 de febrero de 2014 dan pie a un enfoque distinto del ISM al que tradicionalmente se ha seguido en España. Se trata de un enfoque acorde con la Convención de los derechos del niño que permite atender a otras consideraciones y ponderar entre ellas. Desde esta perspectiva no resulta incoherente estimar la igualdad de género como una consideración primordial a ponderar junto al interés del menor y otras que pudieran concurrir en un supuesto determinado. Por tanto, desde una perspectiva amplia puede haber lugar a un enfoque distinto que abra camino a la igualdad de género como nuevo eje del derecho de familia y en especial como criterio decisorio a la hora de determinar la custodia de los hijos. Esto es, al menos, lo que se afirma desde una concreta línea de investigación de la Sociología. Este nuevo enfoque coincide con un progresivo declive de la presunción a favor de la custodia compartida en el derecho comparado, siendo el caso australiano el más claro exponente de la misma, en especial la Family Law Amendment de 2023¹⁶³, en cuyo memorándum introductorio se recoge que se modifica la ley para perfeccionar la lista de factores que configuran el ISM con el objetivo de reducir la complejidad y repetición existente, así como para derogar la presunción de responsabilidad parental compartida a partes iguales y las disposiciones conexas sobre tiempo igual y tiempo sustancial y significativo de la misma. En concreto, se suprimen en el Family Act de 1975 la section 61 SA que regulaba la presunción de responsabilidad parental compartida a partes iguales en las “parenting orders”. En España se ha producido un fenómeno parecido al derogarse las normativas autonómicas que inicialmente había introducido presunciones legales a favor de la custodia compartida¹⁶⁴.

Por otro lado, en Italia también se ha debatido sobre la prevalencia del interés superior del menor. Destaca el trabajo de Antonietta Varricchio en el que se plantea esta cuestión partiendo de la interpretación general que se hace en Italia del art. 3 de la Convención de los derechos del niño de 1989, interpretación según la cual el interés del menor sería “preeminente sobre la protección más general de los derechos que se pueden alternar en un litigio”, en palabras de Varricchio. No obstante, se plantea que “*il quid è comprendere se l’interesse riconosciuto al minore di età prevalga rispetto a qualsiasi procedimento o decisione*”. Para ilustrarlo trae a colación la sentencia de Casación civil, sección I, de 27 de octubre de 2021, (núm. 30403) en la que considera que se hizo una valoración del interés del menor ponderada frente a otros intereses, como eran la estabilidad de las relaciones familiares, la certeza del status civil o la identidad personal. No obstante, concluye que el principio del interés superior del menor desempeña un papel decisivo en los procedimientos judiciales en

¹⁶³ La presunción a favor de la custodia compartida se introdujo en el derecho australiano en 2006, Family Law Amendment (Shared Parental Responsibility) Act 2006, puede consultarse en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2006A00046>. Sin embargo, fue derogada en 2011 por la Australian Family Violence & Other Measures Act of 2011, suprimiendo la presunción por considerar que se había aplicado de forma absoluta sin considerar si el menor terminaba viviendo en un entorno familiar seguro o inseguro. La reforma de 2023 ha ampliado la derogación a las parenting orders tal como se ha dispuesto en la Australian Family Law Amendment 2023, https://www.aph.gov.au/Parliamentary_Business/Bills_LEGislation/Bills_Search_Results/Result?bId=r7011

¹⁶⁴ La Ley de Aragón 2/2010, de 26 de mayo y la Ley 5/2011 de 1 de abril de Valencia establecieron sendas presunciones legales a favor de la custodia compartida, hoy ambas leyes están derogadas. No obstante, la excepción la encontramos en la Proposición de Ley 125/000016 que presentó la Asamblea Regional de Murcia en el Congreso de los Diputados, publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 30 de agosto de 2022, núm.262-1 para la modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil para el establecimiento de la custodia compartida como régimen de guarda y custodia de menores de aplicación preferente, que no prosperó.

Italia¹⁶⁵. Si bien en dicho país se le reconoce a este principio un rol constitucional, la doctrina ha afirmado que “il principio non impone che l’interesse della persona di minore età debba sempre automaticamente prevalere su tutto e su tutti”. Elisabetta Lamarque observa cómo puede mediar un problema lingüístico, pues la *espressione* “preminente” o “superiore interesse del minore”, que es la traducción que se hace de “best interest of the child” puede conducir al equívoco de pensar que la aplicación de este principio puede llevar a pensar que el mismo prevalece siempre sobre los derechos de los adultos que tengan un mismo rango constitucional, lo cual, niega categóricamente¹⁶⁶. Por ello propone una traducción más precisa que sería un equivalente al “mejor interés” (“migliore interesse”) o “mejor bienestar posible del menor” o “la mejor solución (de todas las posibles)” para el menor en un caso concreto, sin necesidad de compararlo con otros derechos, sobre los que —entiende la autora— no siempre ha de prevalecer¹⁶⁷. Lamarque apoya su posición en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional italiano y muy especialmente en la Sentencia n.º 33 de 2021 que viene a ser la versión italiana de la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de febrero de 2014. En un supuesto de maternidad subrogada, en el que una pareja italiana, fuera de Italia, había contratado a una madre gestante para el nacimiento de un menor, los magistrados italianos decidieron que no procedía inscribir la filiación de un menor a favor de la pareja contratante, pues “l’interesse del bambino non può essere considerato automaticamente prevalente rispetto a ogni altro controinteresse in gioco”, añadiendo que si así fuera, el interés superior del menor se convertiría en un tirano en relación con otras situaciones jurídicas constitucionalmente reconocidas y protegidas, que en su conjunto constituyen una expresión de la dignidad de la persona¹⁶⁸. Por tanto, el tribunal concluye que los intereses del niño han de sopesarse equitativamente con los derechos fundamentales de las otras partes interesadas y con otras necesidades e intereses de igual rango constitucional¹⁶⁹. Señala Elisabetta Lamarque que la Corte de Casación no ha avanzado tanto como el Tribunal Constitucional y que en la práctica los jueces siguen aplicando el principio en muchas ocasiones como preeminente y prevalente sobre otros intereses conforme a una formulación tradicional, lo cual pondría de manifiesto la necesidad de reformar legislativamente la propia denominación del principio¹⁷⁰. Igualmente, un importante sector de la doctrina italiana critica el planteamiento de Lamarque y mantiene, conforme

¹⁶⁵ A. Varricchio, *Il superiore interesse delle persone minori di età: la tutela dei diritti nei procedimenti civile, amministrativo e di famiglia. Il superiore interesse delle persone minori di età prevale sempre, anche nelle controversie transfrontaliere?*, en *Rassegna Giuridica. Questioni di attualità* 3 (2022) 2-3.

¹⁶⁶ E. Lamarque, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse del minore* en *Famiglia e diritto* 4/2023, (365-372) 367. Se remite a su monografía *Prima i bambini. Il principio dei best interests of the child nella prospettiva costituzionale*, Milano 2016.

¹⁶⁷ A una posición parecida parece llegar Rossi, *Interesse* cit. 95, cuando señala que el niño no es un átomo aislado, que pueda imaginarse desligado y separado del sistema global de relaciones que, como una red, lo hacen partícipe de toda una serie de dilemas existenciales significativos, su posición debe ser investigada y conciliada con la de otros sujetos con intereses o derechos en conflicto, desplazando así "el centro de gravedad de la reflexión hacia operaciones de equilibrio. Siguiendo en este punto a L. Lenti, *Note critiche in tema di interesse del minore*, en *Rivista di diritto civile* 1 (2016) 103.

¹⁶⁸ Refiere la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano n.º 33 de 2021 que “Gli interessi del minore dovranno essere bilanciati, alla luce del criterio di proporzionalità, con lo scopo legittimo perseguito dall’ordinamento di disincentivare il ricorso alla surrogazione di maternità, penalmente sanzionato dal legislatore”.

¹⁶⁹ Lamarque, *Pesare le parole* cit. 372, añade que en la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano n.º102 de 2022, sobre suspensión de la patria potestad, se llega a plantear un cambio en la denominación italiana del interés superior del menor, proponiendo la denominación “soluzione ottimale per il minore”. Por su parte, la Sentencia del Tribunal Constitucional italiano n.º79 de 2022, lo califica como “interesse primario”, abandonando el término “preminente”.

¹⁷⁰ Lamarque, *Pesare le parole* cit. 374: “Ma come si fa se la legge è rigida, se prevede un automatismo? La risposta è ovvia: se il testo della legge, o l’intero sistema legislativo, impone al giudice un’unica soluzione, la quale appare al giudice stesso dissintona rispetto alle esigenze del minore in carne e ossa che ha di fronte, il giudice non ha altra strada, per recuperare il potere di decidere diversamente, che adire la Corte costituzionale, chiedendole di cambiare, di manipolare, la legge per introdurvi la flessibilità richiesta dal principio dei best interests”.

a las posiciones tradicionales en Italia que el interés del menor goza de supremacía en la cima jerárquica de los intereses en juego¹⁷¹.

3.- ¿Es la igualdad de género la consideración primordial al decidir sobre una custodia compartida? Una propuesta desde la Sociología.

El punto de partida de los planteamientos que se proponen desde la Sociología es la igualdad de género, que consideran debería ser el criterio decisorio en materia de custodia compartida. Resulta de sumo interés el estudio realizado en Cataluña en 2014¹⁷² a partir de 5.894 sentencias, de las cuales el 69,9% eran procedimientos de mutuo acuerdo, un 25,1% contenciosos, mientras que el 4,9% restantes (290 sentencias) se trataba de otros procedimientos que fueron excluidos, quedando un total de 5.604 sentencias, de las que el 73,6% eran de mutuo acuerdo y el 26,4% contenciosas. De estas sentencias se eliminaron las que no implicaban a menores de 18 años (2.374 sentencias), separando las modificaciones de sentencias anteriores, por lo que quedaron un total de 2.278 sentencias sobre la guarda de los hijos dictadas en juzgados catalanes sobre ruptura de parejas matrimoniales (63%) y de hecho (37%)¹⁷³. Este estudio es relevante porque permitió visibilizar muchas cuestiones que hasta entonces habían permanecido en la sombra y completan la información que se conocía de los datos de las estadísticas de divorcio del INE. A la luz de los datos que aporta este estudio, Solsona y Ajenjo afirman que el progresivo incremento de la custodia compartida en España durante la segunda década se debe a una causa principal: la existencia de relaciones de género más igualitarias en el seno de la pareja y la sociedad en general, especialmente en la distribución del trabajo productivo y de cuidado¹⁷⁴.

El estudio citado relaciona la coparentabilidad con el pacto entre los progenitores que da lugar a procedimientos de separación o divorcio de mutuo acuerdo. Este pacto se considera primordial por la gestión que hace del proceso de ruptura. De hecho, el estudio ha puesto de manifiesto que cuando se acuerda la custodia compartida de mutuo acuerdo la igualdad en los tiempos de guarda es absoluta, de forma que los menores duermen la mitad de los días con cada progenitor, no siendo así, por lo general, cuando se ha seguido un proceso contencioso. La principal conclusión que extraen del estudio los autores es que la custodia compartida ha de ser un reflejo de la existencia de una corresponsabilidad continuada con anterioridad a la ruptura de la pareja. Por ello afirman que es primordial tener en cuenta las condiciones de cuidado previas a la ruptura. Es decir, sería la sostenibilidad en el tiempo de prácticas de corresponsabilidad lo que crearía un contexto idóneo para que la equidad prevalezca y se den las condiciones adecuadas para que pueda prosperar una custodia

¹⁷¹ Ch. Ingenito, *L'epilogo dell'automatica attribuzione del cognome paterno al figlio (Nota a Corte costituzionale n. 286/2016)*, en *Osservatorio Costituzionale*, 2 (2017) 12.

¹⁷² Lo recogen y analizan M. Solsona, M. Ajenjo, *La custodia compartida: ¿Un paso más hacia la igualdad de género?*, en *Perspectives Demogràfiques* 8 (2017) 1-4. También remiten al estudio realizado por M. Solsona y J. Spijker, *Does the 2010 Catalan Civil Code affect trends in joint physical custody? A comparison between Catalonia and the rest of Spain*, en *Population* 71-2 (2016) 297-324.

¹⁷³ En la referencia que se hace en M. Tur, E. Lauroba, en el prólogo a M. Solsona Pairó, M. Ajenjo Cosp, C. Brullet Tenas y A. Gómez-Casillas, *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Navarra 2020, 9.

¹⁷⁴ M. Solsona, J. Spijker, M. Ajenjo, *Caleidoscopio de la custodia compartida en España* en D. Becerril y M. Venegas (coords.), *La custodia compartida en España*, Madrid 2017, 45-72. Otros factores que se recogen son la renta familiar y la edad de los menores. Así del estudio se deduce que en rentas altas la custodia compartida alcanzaba un 42%, mientras en rentas bajas se quedaba en el 24%. Respecto a la edad el tramo en el que hay un mayor porcentaje de custodias compartidas es entre los 6 y 11 años del menor, lo cual puede estar relacionado con la figura del menor mayor, y en especial del hecho de que cuando el menor cumple 14 años su decisión respecto a la custodia suele ser respetada por el juez, de forma que, si muestra su preferencia por vivir en la casa de uno de sus progenitores, dicha preferencia será muy probablemente aplicada.

compartida. Este tipo de colaboración sería resultado de una cultura de equidad en la que crecen los niños habituados al intercambio de roles entre sus progenitores¹⁷⁵.

En esta línea Solsona y Ajenjo se muestran contrarios a cualquier tipo de medida legislativa que pudiera suponer una imposición de custodia compartida, así como a cualquier tipo de designación indiscriminada de custodia compartida. Concluyen que la custodia compartida no puede ser impuesta en un contexto en el que la desigualdad entre el hombre y la mujer estén plenamente vigentes¹⁷⁶. Posteriormente, Tur y Lauroba¹⁷⁷ han señalado que el pacto constructivo constituye la base más sólida para garantizar que la custodia compartida se desarrolle en condiciones de equidad, pues el acuerdo supera las coordenadas de la atribución de la custodia conforme a lo que señala Pascual Ortuño, que la única victoria en situaciones de conflicto se alcanza a través de la mediación¹⁷⁸. Solsona, Ajenjo, Brullet y Gómez-Casillas recuperan el estudio de 2014, del que son autores, en su publicación de 2020 y presentan como hipótesis principal que únicamente cuando hay pacto entre los miembros de la expareja se puede garantizar un acuerdo de custodia compartida en condiciones de equidad¹⁷⁹. Simultáneamente recogen un dato que consideran esclarecedor para entender el fenómeno decisorio de la custodia compartida y es que en el trabajo de campo realizado tuvieron oportunidad de conversar con numerosos jueces de familia constatando la diversidad de sus criterios al decidir sobre la custodia compartida, diferencias que se reflejaban en los distintos criterios y proporciones de custodias compartidas en unos y otros juzgados especialmente cuando se trataba de procesos contenciosos. De esta forma, siendo un 12,3% la media de decisiones a favor de la custodia compartida en los procedimientos contenciosos en los juzgados objeto del estudio, en algunos juzgados solo se alcanzaba el 3% y en otros se llegaba al 26% de los casos decididos. Otra divergencia fue conocer que en los juzgados de familia el porcentaje de custodias compartidas fuera menor que en los no especializados¹⁸⁰. Los autores concluyen en el capítulo que dedican a la relación entre la custodia compartida y la igualdad de género (VI) que la custodia compartida otorgada por la autoridad judicial en un procedimiento contencioso no está en línea con la igualdad de género porque las desigualdades de género en tiempos de cuidados con los hijos son muy relevantes. De esta forma si bien cuando media custodia compartida de mutuo acuerdo los menores pernoctan el 48,7% con el padre de media, cuando la custodia compartida se otorga en un procedimiento contencioso la media se reduce al 44,5%, si bien en los días de escuela, las pernoctaciones con el padre se reducen aún más hasta alcanzar el 40,6%¹⁸¹. Esto podría estar en relación con el hecho de que conforme al estudio realizado

¹⁷⁵ Solsona, Ajenjo, *La custodia* cit. 3-4.

Sin embargo, no en pocas ocasiones se ha afirmado lo contrario, es decir, que la custodia compartida ha de ser utilizada como herramienta para fomentar la igualdad. Véase el preámbulo de la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de Aragón: “La custodia compartida se acepta mayoritariamente como un sistema progresista que fomenta la corresponsabilidad de los padres en el ejercicio de su autoridad familiar en el marco de una sociedad avanzada, que promueve la igualdad de ambos sexos en todos los sectores...”.

¹⁷⁶ Solsona, Ajenjo, *La custodia* cit., 4.

¹⁷⁷ M. Tur, E. Lauroba, en el prólogo a M. Solsona Pairó, M. Ajenjo Cosp, C. Brullet Tenas, A. Gómez-Casillas, *La custodia compartida en los tribunales ¿Pacto de pareja? ¿Equidad de género?*, Navarra 2020, 9-14.

¹⁷⁸ P. Ortuño Muñoz, *Justicia sin jueces*, Barcelona 2018. No sin falta de razones afirma que presentar una demanda en un juzgado es una declaración de guerra, y que la victoria puede ser un mal resultado incluso para quien la obtiene por los resultados de la batalla. Aboga por afrontar los problemas de forma constructiva y entender el conflicto como una forma natural de ir construyendo el progreso, 15-25.

¹⁷⁹ Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas, *La custodia* cit. 85.

¹⁸⁰ Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas, *La custodia* cit. 104-107. Debe destacarse que en el 32% de los procedimientos contenciosos el padre no está localizable (115) un 31,1% está en rebeldía procesal y un 0,8% simplemente no contesta. Por otro lado, ha de subrayarse que en el 84% de los supuestos de atribución exclusiva a la madre, el contacto con el padre no conlleva ni una sola pernocta (129).

¹⁸¹ Estas diferencias vienen en gran parte determinadas por el hecho del “padre ausente” que se da en los procedimientos contenciosos y se identifican con los procedimientos en rebeldía. Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas, *La custodia* cit. 168.

solo en un 10% de los supuestos en los que se ha otorgado la custodia compartida se haya referido como criterio decisorio la dedicación en tiempo previa a la ruptura de los progenitores al cuidado del hijo¹⁸². Igualmente sería significativo que, conforme a la Encuesta de Empleo del Tiempo del INE, las mujeres en España dedicaran 4:04 horas diarias a tareas domésticas y familiares frente a las 2:15 horas que dedican los hombres¹⁸³.

Otra consideración realizada por los autores del estudio proviene del análisis de las modificaciones de las sentencias que, en el año 2014, en los 8 juzgados estudiados alcanzó la cifra de 505 modificaciones. Consideran como dato relevante a la hora de determinar si una decisión judicial ha sido adecuada su permanencia en el tiempo. Pues bien resulta que mientras que en el caso de sentencias de mutuo acuerdo el porcentaje de modificaciones de sentencias se reduce al 12,9%, en los procedimientos contenciosos alcanza el 51,4%, afectando el cambio de guarda al 43,2% de estas¹⁸⁴.

Por otro lado, en el estudio se ha detectado que en ocasiones la razón que lleva al juez a decidir una custodia compartida es considerar necesaria la presencia de ambos progenitores por sufrir el hijo un problema de salud, ya sea autismo, Trastorno por Déficit de Atención, Hiperactividad (TDAH), etc. Véase, por ejemplo, el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Córdoba en 2018 en el que se impuso una custodia compartida a un padre que no quería la custodia del menor por ser este autista¹⁸⁵. Este dato se refleja en la conclusión a la que llegan los autores al considerar que, en el caso de custodias compartidas no pactadas, la decisión judicial responde más a cubrir ciertas necesidades que a la existencia de una situación de equidad entre el padre y la madre en el cuidado del niño, ya sea atendiendo a la salud del niño, de uno de los progenitores, a una situación de precariedad, etc.¹⁸⁶.

Finalmente, cabe señalar que la última información estadística publicada por el INE, correspondiente al año 2022 recoge la continua trayectoria ascendente del porcentaje de custodias compartidas sobre el total de decisiones adoptadas en rupturas matrimoniales que en dicho año alcanzó el 45,5%, un 5% más que el año anterior. No obstante, estos resultados solo reflejan una parte de la realidad, pues en las estadísticas del INE no se incluyen las rupturas de parejas de hecho con hijos, que en 2014 ya ascendían al 36% de las 2.278 sentencias que se incluyeron en el trabajo de campo al que hacemos referencia y, por otro lado, es probable que no todas las parejas con hijos que deciden terminar una relación acudan a los juzgados¹⁸⁷.

Las conclusiones a las que llegan los autores del estudio se pueden sintetizar en las siguientes: La primera es que la custodia exclusiva de la madre encarna la estructura de desigualdad de género en distintas dimensiones. Por otro lado, afirman que tampoco es posible llegar a la igualdad cuando los jueces optan por otorgar la custodia compartida en procedimientos contenciosos, ni en los acuerdos

¹⁸² Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas, *La custodia* cit. 146. Sorprende uno de los datos que se extraen del estudio: la expresión genérica “interés superior del menor” solo aparece en el 42,4% de las sentencias que deciden custodia compartida (157), cuando conforme a la doctrina del Tribunal Supremo toda decisión que resuelva sobre menores ha de motivarse en su interés superior.

¹⁸³ Lo recoge M. A. Moraga García, *Igualdad y custodia compartida*, en María Ángeles Moraga García (coord.), *Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico. Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, 2014, 483. Igualmente recoge que son las mujeres quienes de forma mayoritaria solicitan las excedencias familiares para cuidado familiar. En 2012 del total de 35.773 excedencias solicitadas, 33.393 fueron pedidas por mujeres y solo 2.380 por hombres.

¹⁸⁴ Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas, *La custodia* cit. 165-166.

¹⁸⁵ Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba de 23 de enero de 2018, ponente: Miguel Ángel Navarro Robles, (JUR\201846596) en la que se dio prioridad al interés de la madre a poder conllevar la vida laboral y el cuidado de sus hijos, imponiéndose la custodia compartida al padre, que rechazaba incluso la custodia exclusiva de sus hijos.

¹⁸⁶ Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas, *La custodia* cit. 153, 158 y 172.

¹⁸⁷ Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas, *La custodia* cit. 181. Estos autores recogen la encuesta de custodia compartida CUCO-2019, según la cual el 20% de las parejas resuelven la ruptura sin acudir a los tribunales (10% de las parejas casadas y 30% de las parejas de hecho).

residenciales, ni en los económicos. Finalmente afirman que la custodia compartida pactada es la única que garantiza la igualdad en los tiempos de cuidado. Y añaden que, aunque procede promover una cultura de pacto, la estructura social obliga; es decir, el hecho de legislar a favor de una custodia compartida en equidad, no garantiza que las prácticas reales de coparentalidad se materialicen tras la ruptura¹⁸⁸.

Por su parte, Solsona llega aún más lejos a partir del hecho, ya señalado, de que en los supuestos de custodia compartida en procedimientos contenciosos se ha detectado una importante disparidad de criterio entre los distintos juzgados a la hora de decidir la custodia compartida, la cual se refleja en la diferencia de los porcentajes de custodias compartidas otorgadas entre uno y otros órganos judiciales que, como hemos visto, llega a ser del 3% al 26% de asuntos decididos, divergencias que también se han detectado entre juzgados de familia y no especializados. Para la autora estas estadísticas ponen de manifiesto unas divergencias fruto de la indefinición del criterio del que normalmente hacen uso para decidir los juzgados, es decir, del interés superior del menor. Por este motivo aboga por superarlo y fundar la custodia del menor en razones menos imprecisas que puedan dotar de objetividad a las decisiones judiciales. En concreto, propone que sea la igualdad de género el criterio decisorio, de forma que no se vea la sentencia como un instrumento para crear igualdad de género, pues supondría una imposición artificial que difícilmente podría prosperar; sino que precisamente se considere la sentencia que otorga la custodia compartida como una consecuencia de una situación de igualdad de género. Es decir, la custodia compartida vendría condicionada por el hecho de mediar o no igualdad de género, siendo el pacto una herramienta necesaria para confirmar la previa situación de igualdad de género y su posterior continuidad tras la ruptura. Solo así podría garantizarse el reparto equitativo de tareas, suponiendo lo contrario una imposición artificial que pecaría de ingenuidad y probablemente llevaría a una pronta modificación de la custodia en la sentencia, pues una cultura de igualdad y colaboración no se puede imponer ni por ley, ni por sentencia¹⁸⁹. Esto lleva a Lluís Faquer a concluir que, para prestar un apoyo efectivo a la custodia compartida, “su defensa debería ir acompañada por el fomento de reformas en diversos campos de la igualdad de género”. El empoderamiento de las mujeres y de los hombres en los ámbitos en que tienen déficits, la mejora de sus derechos y capacidades, la reducción de la brecha de ingresos entre hombres y mujeres y el combate contra la violencia de género son las mejores garantías para alcanzar una sociedad equilibrada en la que la parentalidad compartida tras la ruptura familiar pueda desarrollarse y prosperar¹⁹⁰.

Estos planteamientos que se nos proponen desde la Sociología a partir de estudios estadísticos están en línea con ciertas posiciones que desde el ámbito jurídico se han venido defendiendo en materia de custodia compartida desde hace ya más de una década desde posturas feministas, de las cuales es una

¹⁸⁸ Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas, *La custodia* cit. 177-178, 180 y 187.

¹⁸⁹ M. Solsona Pairó, Ponencia en la “Jornada sobre la Custodia Compartida y la implicación paterna en el cuidado de los hijos”, que se celebró en el Ilustre Colegio de Abogados de Málaga el 21 de junio de 2021.

¹⁹⁰ Ll. Faquer, “En la Unión Europea la prevalencia de la custodia compartida se encuentra asociada con la igualdad de género”, publicado el 13/07/21 en la página web de UAB. <https://www.uab.cat/web/detalle-noticia/en-la-union-europea-la-prevalencia-de-la-custodia-compartida-se-encuentra-asociada-con-la-igualdad-de-genero-1345680342040.html?noticiaid=1345843322701> Afirma que: “El empoderamiento de las mujeres y de los hombres en los ámbitos en que tienen déficits, la mejora de sus derechos y capacidades, la reducción de la brecha de ingresos de género y el combate contra la violencia de género, son las mejores garantías para alcanzar una sociedad equilibrada en la que la parentalidad compartida tras la ruptura familiar pueda desarrollarse y prosperar”. Vid. Ll. Faquer, *Shared Parenting After Separation and Divorce in Europe in the Context of the Second Demographic Transito*, en Castrén, A.-M. Cesnuitte, V. Crespi, I. Gauthier, J.-A. Gouveia, R. Martin, C. Moreno Mínguez, A. Suwada, K. Palgrave Macmillan (eds.), *The Palgrave Handbook of Family Sociology in Europe*, Ch.19, 2021, 377-398.

clara representante María Ángeles Moraga García¹⁹¹. Esta autora señala que el problema está en considerar que la custodia compartida deba ser la “solución” para fomentar y garantizar la igualdad de género, sin haber pasado previamente por una etapa de superación del modelo patriarcal en nuestra sociedad. Es decir, afirma que la custodia compartida, sin más, no favorece la igualdad entre hombres y mujeres, pues mientras no haya habido igualdad en el tiempo de dedicación a la familia y cuidado de los hijos menores durante el matrimonio, imponer una custodia compartida tras una crisis, en el momento de máximo conflicto, no contribuye a la igualdad entre los miembros de la pareja, pues “no hay nada más injusto que tratar de igual forma dos situaciones que tienen profundas diferencias de partida”. Concluye que lo primero debe ser ejercer una paternidad responsable y activa durante la convivencia para luego exigir la custodia compartida tras el cese de la misma, y no al contrario¹⁹². Se afirma que hay que huir de la igualdad formal pero discriminatoria a la que llevaría la imposición de una custodia compartida no pactada, que se traduciría en un instrumento para otorgar aún más poder a los padres como grupo, mientras se debilita el poder de las madres individualmente por desconocerse la situación real de desigualdad en la que estas se encuentran¹⁹³.

Desde esta perspectiva se afirma que parte del problema que se observa al tratar sobre la custodia compartida en nuestro ordenamiento podría radicar en la distorsión que se produce al fijar la vista en el derecho comparado sin contextualizarlo con la correspondiente realidad social. De hecho, María Ángeles Moraga García afirma que la custodia compartida solo puede ser la situación natural, justa e igualitaria en aquellas sociedades en las que la igualdad de género esté interiorizada en la sociedad¹⁹⁴. De esta forma, es cierto que la Ley sueca que regula las relaciones de los niños y sus padres de 1 de octubre de 1998¹⁹⁵ ya recogió la custodia compartida como un importante modelo a considerar en caso de ruptura de la convivencia de los padres; pero es que, según señala la autora, dicha normativa vino precedida de una importante transformación estructural de la sociedad sueca. Puede afirmarse que la igualdad de género se reconoció como una línea política directriz autónoma en Suecia desde principios de los años setenta, si bien los avances hacia la igualdad de género no se han producido por sí solos, sino que han sido resultado de una voluntad política y de diálogo, junto con el duro trabajo de una sociedad civil fuerte y del movimiento feminista¹⁹⁶, en cuyo camino fue un importante hito la “Gender Equality Act” de 1980¹⁹⁷. Sin embargo, otros modelos legislativos que no estén sustentados en un paralelo avance social no podrían traerse a colación como modelos a seguir¹⁹⁸.

¹⁹¹ M. A. Moraga García, *Igualdad y custodia compartida en Igualdad y democracia: El género como categoría de análisis jurídico*, en María Ángeles Moraga García (coord.), en *Estudios en homenaje a la profesora Julia Sevilla Merino*, Valencia 2014, 479-491.

¹⁹² Moraga García, *Igualdad* cit. 489-491.

¹⁹³ A. Goiriena Lekue, *La custodia compartida, el interés del menor y la neutralidad de género*, en *Aequitas, Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres* 16 (2005) 57.

¹⁹⁴ Moraga García, *Igualdad* cit. 491.

¹⁹⁵ Act on The Children and Parents Code SFS 1949:381. Section 5: “If both parents have custody of a child or one of them does and if either of them wishes the custody position to be changed, the court shall, having regard to the best interests of the child, order that the parents are to have joint custody or entrust custody to one of the parents. The court may not order joint custody if both parents are opposed to it”.

<https://www.icj.org/wp-content/uploads/1998/10/Sweden-Act-on-The-Children-and-Parents-Code-1998-eng.pdf>

¹⁹⁶ <https://www.government.se/contentassets/efcc5a15ef154522a872d8e46ad69148/gender-equality-policy-in-sweden-240229.pdf>.

¹⁹⁷ G. Gustafsson y K. Kolam, *Political Women's Leadership in Sweden: Developments and Challenges*, en *JSTOR* 34-1 (2008) 27-32.

¹⁹⁸ El paradigma es sin duda el caso alemán, al que ya he dedicado algún trabajo. En este país se opta por priorizar la custodia compartida tras la ruptura de la convivencia si la pareja hubiera tenido reconocida una patria potestad conjunta, independientemente de si estuvieran casados o no, salvo que uno de los progenitores se oponga, en cuyo caso el juez podrá otorgar la custodia a uno solo de los progenitores siempre que no lo contradiga el menor cuando ya haya cumplido 14 años. Vid.

<https://www.google.com/url?sa=t&source=web&rct=j&opi=89978449&url=https://www.amtsgericht.bremen.de/sixcms>

Finalmente, desde estas posiciones sociológicas y jurídicas se afirma que formular la custodia compartida como una vía para lograr la igualdad de género no es la mejor iniciativa legislativa a considerar, sino que, al contrario, las medidas eficaces son las que pueden neutralizar los prejuicios sociales que de forma estructural mantienen la desigualdad. En este punto coincidimos en que una de las medidas que consideramos más acertadas a este propósito ha sido el RD 6/2019 que ha equiparado los permisos por nacimiento del hijo de ambos progenitores.

4.- Crítica a la propuesta de sustituir el ISM por la igualdad de género refrendada por un pacto como criterio decisorio al otorgar una custodia compartida.

En la primera parte de este trabajo hemos mantenido que desde el ámbito jurídico es posible considerar el ISM desde una perspectiva distinta a la que tradicionalmente se ha seguido en España y que, por tanto, podría configurarse no como “la” consideración primordial decisoria sobre asuntos que afecten al menor, sino como “una” consideración primordial que puede concurrir con otras, como podrían ser la defensa de la dignidad de la mujer, la lucha contra su cosificación, etc. Esta posición es compartida por parte de la doctrina y jurisprudencia italianas, tal como hemos visto anteriormente. Desde el enfoque señalado en el párrafo anterior podría tener cabida la igualdad de género como un criterio alternativo al del ISM a ser ponderado por el juez en cada caso, sin tener por qué quedar subordinado al ISM. Sin embargo, la propuesta que se hace desde la Sociología y desde determinados ámbitos jurídicos ligados al feminismo va más lejos: proponen sustituir el ISM por la igualdad de género como criterio decisorio a la hora de determinar la custodia del menor, debido a la indeterminación propia del ISM.

Este planteamiento es radical y contradice la evolución experimentada por el derecho de familia en las últimas décadas cimentada en el ISM. Podemos aceptar que la igualdad de género pueda ser considerado como uno de los criterios relevantes al otorgar la custodia del menor en una ruptura familiar, si bien, el ISM debe seguir siendo considerado como el criterio esencial al tomar decisiones que afecten al menor y no cabe la sustitución. La bondad de este criterio viene avalada por décadas de experiencia, y el hecho de que su formulación sea abierta, y solo pueda precisarse cuando se descende a su aplicación a un caso concreto, es consecuencia de que solo mediante una formulación abierta del concepto es posible adaptarlo a la realidad social, siempre cambiante, suponiendo una auténtica válvula de escape del sistema. Además, la Ley Orgánica de Modernización del Sistema de la Infancia y de la Adolescencia de 2015 ha dotado al ISM de unos criterios y elementos de ponderación (modificación art.2 LOPJM) que permiten amortiguar la indeterminación y aportan herramientas objetivas al juez a la hora de aplicar el ISM. Hay que confiar en la profesionalidad del juez a la hora de tomar la decisión sobre la custodia del menor en un caso concreto, respecto a un menor de “carne y hueso”, como tantas veces ha dicho Seijas Quintana, sin olvidar que en dicha decisión hay una porción de humanidad que nunca podría ser reemplazada por una inteligencia artificial.

[/media.php/13/Kindschaftsrecht.pdf&ved=2ahUKewjmmpiDqMyFAxUjfkQEHTTHBZoQFnoECCYQAQ&usg=AOvVaw0arOwcSnDHEw8ajyZ-Jt1b](#), pp.12 y ss.

Señalamos la contradicción porque en Alemania esta normativa no ha venido precedida de un cambio social que la confirme, menos aún de un impulso legislativo. De hecho, sigue estando muy penado tanto social como legislativamente que la madre se incorpore al mercado laboral antes de que su hijo cumpla los tres años, siendo popular la expresión “*rabenmütter*” (madre-cuervo) para tales casos. Además, la escolarización de menores de tres años en Kinderkrippe en Alemania solo es accesible al 20% de las familias y no es gratuito.

<https://koronapay.com/transfers/europe/en/blog/kindergarten-and-school-in-germany-for-foreigners/>

Me remito al artículo *Tratamiento del interés del menor en el derecho alemán*, que publiqué en *Anuario de Derecho Civil* 59-2 (2006) 675-742.

De todas maneras, consideramos que sí que hay cabida para la convivencia entre ISM e igualdad de género. De hecho, en muchas ocasiones la existencia de una situación de igualdad de género servirá como indicio principal para evidenciar que el ISM está siendo observado, por lo que es posible una identificación entre ambos conceptos que puede ser incluso aceptada como punto de partida. Ahora bien, debemos tener en consideración dos importantes cuestiones al tratar esta materia. La primera es el riesgo de confundir la igualdad de género con una situación de reparto paritario de las tareas de cuidado del menor. Hace falta un ingrediente más que no podemos obviar. Se trata de que la igualdad de género esté interiorizada por ambas partes. Si uno de los progenitores realiza las tareas de cuidado sin convencimiento, desde la queja, con displicencia y desgana o culpabilizando a la otra parte, no creemos que concorra una verdadera situación de igualdad de género.

En segundo lugar, creemos que no se puede considerar esta problemática sin desvelar un claro prejuicio que existe en nuestra sociedad. Este es la consideración del trabajo que tradicionalmente ha realizado la mujer en las tareas domésticas y el cuidado de los hijos como una carga, cuando por el contrario debería merecer una consideración positiva y un reconocimiento social del que muchas veces carece. El problema es estructural y se enraíza en el modelo social que el capitalismo ha impuesto en occidente a partir de las corrientes utilitaristas que surgieron en Inglaterra a finales del siglo XVIII a partir del pensamiento de Jeremy Bentham y que identificaron el bienestar con la utilidad, centrándolo todo en el cálculo utilitario, es decir que valora ante todo la utilidad de las cosas. Doctrina utilitarista criticada por alejarse de la moral al amparar que el fin justifique los medios y por limitarse a ser una filosofía comercial, una mecánica, una contabilidad. Una filosofía que ha dado lugar a un “hombre económico” que persigue sus propios intereses y se nos pretende presentar como mejor ejemplo de comportamiento racional¹⁹⁹. Es por ello que el individualismo egoísta propio de esta era desdeña las tareas que no rentan una utilidad económica, por lo que las tareas domésticas y de cuidado de menores se vuelven invisibles, minúsculas, reducidas al espacio privado²⁰⁰. Se olvida que en otras épocas, en las que los parámetros eran otros, han prevalecido planteamientos sociales en los que el papel de la mujer en la familia era hegemónico suponiendo un auténtico matriarcado, se ha señalado que la existencia de hogares con jefatura femenina ha sido una constante por décadas que conduce a reevaluar los imaginarios sobre masculinidad y feminidad²⁰¹. Desde la perspectiva del “hombre económico” es que ha de entenderse el comportamiento de unas generaciones de jóvenes marcadas por la negativa de muchos hombres a comprometerse a tener hijos, o de tenerlos limitarse solo a uno, o lo máximo dos; mostrando desde un primer momento un comportamiento muy poco corresponsable en el cuidado y crianza de los hijos, apostando por una masculinidad secundaria. Esta es una realidad que subyace en una sociedad en la que muchas mujeres tienen grandes dificultades para encontrar una pareja que de forma auténtica coparticipe en un proyecto de familia en el que tengan cabida varios hijos y que quieran participar de forma corresponsable en su cuidado²⁰².

Finalmente llegamos al problema básico subyacente: determinar cuál ha de ser la respuesta a dar cuando, sin haber mediado una previa igualdad de género que haya dado lugar a un pacto entre las partes, haya que decidir sobre la custodia de un menor tras la ruptura de la convivencia de sus padres. Desde los planteamientos sociológico-jurídicos referidos se niega que en estos supuestos se pueda

¹⁹⁹ Muy criticado por Amartya Sen *Ética y Economía*, Madrid 1997, 35. Véase A. Albertos San José, *Crítica de Amartya Sen a la economía utilitarista*, en *Cuadernos de Anuario Filosófico* 86 (1999) 19.

²⁰⁰ A. Hernández Quirama, J. Linares García, H. Mauricio Rojas Betancour, *Cambios y permanencias en la organización familiar del cuidado*, en *Hallazgos* 16-31 (2019) 187-211.

²⁰¹ I. J. Giraldo Morales, C. Mayorga Muñoz, C. Sánchez Quintero, *Reflexiones sobre la perspectiva de género en el proceso legal de custodia y cuidado personal de niños, niñas y adolescentes*, en *Dictamen libre* 30 (2020) 144.

²⁰² Problemática que no se aprecia en ciertos colectivos en los que la cultura de la igualdad de género no está en absoluto aceptada y que por tanto se parte del presupuesto que es la madre quien ha de encargarse exclusivamente de la crianza de los hijos. En estos colectivos sociales los hombres no suelen plantear objeciones al nacimiento de hijos, pues su crianza es tarea de las madres.

imponer una custodia compartida, la cual debería quedar supeditada a un previo pacto de los padres. Sin embargo, puede darse el caso de que, aunque no haya mediado una situación de igualdad de género, pueda deducirse de las aptitudes y actitudes de los padres que la custodia compartida pueda prosperar. De hecho, desde la psicología se identifica el ISM con aquella situación en la que el menor pueda mantener la máxima relación posible con cada uno de sus dos progenitores, tras la ruptura de la convivencia, relación que vendría determinada por las circunstancias del caso y en la que el juez debería ponderar las distintas consideraciones concurrentes, entre ellas la existencia de una previa igualdad de género que no puede simplificarse ni reducirse a una mera comprobación de la existencia previa de coparentabilidad²⁰³.

Sin embargo, no es de recibo pretender que el criterio de igualdad de género materializado en un pacto sea el único a tomar en consideración a la hora de decidir sobre la custodia del menor. Las propias estadísticas aportadas en el citado informe de 2014 desmienten que la ausencia de pacto implique que de forma mayoritaria las custodias decididas en los juzgados hayan fracasado. Por el contrario, las estadísticas nos dicen que en la mayoría de los casos han prosperado y no han dado lugar a una posterior modificación de la custodia, es decir, que el criterio seguido por el juez fundado en el ISM ha sido idóneo en la mayoría de estos supuestos. De esta forma, aunque el 51,4% de las sentencias en procesos contenciosos fueron modificadas, solo se modificaron por razón de guarda o régimen de visita el 43,2% de éstas. Es decir que las modificaciones de sentencias por razón de guarda o del régimen de visita no superaron el 23% del total en el supuesto de procedimientos contenciosos. Por tanto, a sensu contrario en el 77% de los casos las sentencias permanecieron sin modificación²⁰⁴. Por otro lado, la diferencia de pernoctaciones del menor en casa del padre que ponen de relieve los autores del informe entre los casos en los que se decide la custodia compartida de mutuo acuerdo y en procedimientos contenciosos en realidad es muy pequeña. Aún en el caso más extremo referente a los días de escolarización, la diferencia porcentual es de apenas un 8% (48,7% y 40,6% respectivamente), por lo que en ambos casos queda dentro de los porcentajes 40/60 que se consideran márgenes óptimos dentro de los cuales puede desarrollarse la custodia compartida²⁰⁵.

A mayor abundamiento, los autores del estudio de 2014 presentan conclusiones que pueden parecer contradictorias en sus publicaciones de 2017 y 2020. Si bien en 2017 afirmaban que: “En el año 2016 las comunidades con más custodia compartida coinciden con aquellas que tienen una legislación propia que promueve la coparentalidad después de un divorcio. En un estudio reciente hemos demostrado que, además de la importancia de la legislación, el segundo factor explicativo de la custodia compartida es la existencia de relaciones de género más igualitarias en el seno de la pareja y la sociedad en general, especialmente en la distribución del trabajo productivo y de cuidado”²⁰⁶. Es decir, reconocen dos factores decisivos para explicar la incidencia de la custodia compartida en las “dos Españas” que refieren en su artículo, siendo uno de ellos que determinadas CCAA con derecho civil propio hubieran desarrollado una legislación favorable a la custodia compartida, en ocasiones con presunciones a favor de la misma.

Sin embargo, en su publicación de 2020 afirman que “Hasta donde llega nuestro conocimiento, ninguna comunidad autónoma ni ningún país que ha legislado a favor de la custodia compartida en equidad por defecto ha conseguido que dicha modalidad fuera la mayoritaria en las sentencias, ni en

²⁰³ E. Kruk, *Arguments Against a Presumption of Shared Physical Custody in Family Law*, en *Journal of Divorce & Remarriage* 1-12 (Published online: 3 April 2018).

²⁰⁴ Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas, *La custodia* cit. 165-166.

²⁰⁵ Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas, *La custodia* cit. 125-126.

²⁰⁶ M. Solsona, M. Ajenjo en *La custodia compartida: ¿Un paso más hacia la igualdad de género?*, en *Perspectives Demogràfiques, del Centre d'Estudis Demogràfics (CED)*, 8 (2017) 1. Hacen referencia a M. Solsona, J. Spijker, M. Ajenjo, *Caleidoscopio de la custodia compartida en España*, en D. Becerril, M. Venegas (coords.), *La custodia compartida en España*, Madrid 2017, 45-72.

las prácticas judiciales, ni en las prácticas reales de coparentalidad en la ruptura”²⁰⁷. Literalmente afirman que: “si bien procede promover una cultura de pacto, la estructura social obliga; es decir, el hecho de legislar a favor de una custodia compartida en equidad no garantiza que las prácticas reales de coparentalidad se materialicen tras la ruptura”²⁰⁸. Por tanto, en esta segunda obra, decae la actividad legislativa como cofactor decisivo y explicativo de la custodia compartida y se centra su justificación y explicación en un único factor: La previa situación de coparentalidad, negando todo intento legislativo o judicial que fuera de este criterio intente “imponer” la custodia compartida²⁰⁹. En todo caso el criterio del ISM viene avalado por un largo recorrido y un reconocimiento internacional fruto de los exitosos resultados obtenidos en su aplicación en la práctica, por haber supuesto la superación de modelos patriarcales en los que el único interés familiar a considerar era el del “*pater familias*” y muy especialmente por suponer la mejor forma de reconocer, respetar y proteger la dignidad y los derechos humanos del niño y su posición central en el moderno derecho de familia como mejor medio para atender a sus necesidades teniendo en cuenta que se trata de una persona vulnerable y en formación. Por tanto, en los supuestos en los que el bienestar emocional del menor se pueda aunar a su máximo contacto con sus dos padres la custodia compartida será una opción idónea. Ahora bien, limitar la posibilidad de la custodia compartida a los supuestos en los que la relación entre los padres sea fluida y se traduzca en un pacto es una opción que solo puede ser aceptada si se demuestra que la falta de pacto o la falta de fluidez entre los padres es incompatible con la custodia compartida por perjudicar el bienestar del menor. Sin embargo, los estudios realizados muestran justo lo contrario, es decir que el ISM sí es compatible con un cierto nivel de enfrentamiento entre los padres, más aún que en situaciones de ruptura el conflicto y las tensiones son inevitables y los escenarios idílicos son un mero mito. El problema estriba en centrarse en las relaciones entre los padres y no en las relaciones de los niños con ambos padres. La profesora Nielsen ha analizado 60 estudios en los que mediante un meta-análisis se han evaluado los resultados obtenidos en niños en familias con y sin custodia compartida. Su análisis concluye que los niños que viven con cada uno de los padres al menos el 35% del tiempo suelen tener mejores resultados que los niños que viven principal o exclusivamente con un solo padre²¹⁰. En el derecho italiano se sigue esta misma línea. De

²⁰⁷ Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas *La custodia* cit. 180.

²⁰⁸ Solsona Pairó, Ajenjo Cosp, Brullet Tenas, Gómez-Casillas *La custodia* cit. 177-178, 180 y 187.

²⁰⁹ Otros sociólogos llegan justo a la conclusión contraria, es decir, consideran decisiva la función legislativa en el impacto de la custodia compartida: D. Becerril Ruíz, J. M. Jiménez-Cabello, *Legislation and Family: Divorce and Granting of Custody*, en J. M. Torres Perea, E. Kruk, M. Ortiz-Tallo (edis.), *The Routledge International Handbook on shared parenting and best interest of the child*, London/New York 2021, 167. También J. M. Jiménez-Cabello, D. Becerril Ruiz, J. M. García-Moreno, *La relación entre reformas legales y la asignación de custodia compartida en España (2007-2017)*, en *Revista española de ciencia política* 53 (2002) 119-142 y 137-139. Becerril Ruíz y Jiménez-Cabello apoyan sus argumentos en los trabajos de D. W. Allen y M. Brinig, *Do joint parenting laws make any difference?*, en *Journal of empirical legal studies* 8 (2011) 304-324; C. Atteneder, M. Halla, *Bargaining at divorce: The allocation of custody*, en *IZA Discussion Paper* 2544 (2007) 1-31; y R. Böheim, M. Francesconi, M. Halla, *Does custody law affect family behavior in and out of marriage?*, en *IZA Discussion Paper* 7064 (2002) 1-37.

²¹⁰ L. Nielsen, *Joint versus Sole Physical Custody: Which is best for children?*, en *The Routledge* cit. 40-50 y 42-48. También, L. Nielsen, *Joint versus Sole Physical Custody: Outcomes for children in 60 studies independent of income and conflict*, en *Journal of Child Custody* 15 (2018) 35-54. Se trata de 60 estudios publicados en revistas académicas o en informes gubernamentales. 34 estudios encontraron que los niños bajo custodia compartida tenían mejores resultados en todas las medidas de bienestar conductual, emocional, físico y académico y en las relaciones con los padres y abuelos. En 14 estudios, los niños en custodia compartida tuvieron los mismos resultados en algunas medidas y mejores resultados en otras en comparación con los niños bajo la sola custodia de un padre. En 6 estudios, los niños en custodia compartida y en custodia exclusiva de un progenitor eran iguales en todas las medidas. En 6 estudios, los niños bajo custodia compartida fueron peores en una de las medidas que los niños con custodia exclusiva, pero iguales o mejores en todas las demás medidas. Dentro de los 19 estudios que incluyeron el conflicto de los padres, los niños que estaban en una custodia compartida tuvieron mejores resultados en todas las medidas en 9 estudios, resultados iguales o mejores en 5 estudios, resultados iguales en 2 estudios, y peores resultados en una medida pero resultados iguales o mejores en otras medidas

hecho, la jurisprudencia ha sostenido que precisamente en nombre del interés superior del menor, es necesario asegurar el respeto al principio de “bigenitorialità” es decir, “a entender que la presencia común de los progenitores en la vida del hijo es capaz de garantizarle un hábito de vida estable y unas relaciones afectivas sólidas con ambos, siendo deber de los primeros el cooperar en la asistencia, crianza y educación de sus hijos”²¹¹.

Debemos estar alerta de propuestas que no vengan suficientemente avaladas por estudios científicos en materia de custodia del menor. Si confrontamos los numerosos estudios realizados desde la Psicología que consideran compatible la custodia compartida con la falta de entendimiento entre los padres, o incluso con una situación de enfrentamiento entre ellos; con los estudios que desde la Sociología abogan por vincular la custodia compartida con el pacto entre los padres, nos decantamos a favor de los primeros por ser mucho más numerosos, recoger unas muestras mucho mayores, proceder de muy diversos países y contar ya con casi dos décadas de experiencia. Respecto a los segundos cabe decir que aunque abren una nueva vía a tener en consideración, requieren aún de un mayor rodaje para que nos puedan llevar a resultados concluyentes. Por ello, conforme exponemos en las conclusiones, creemos que, hoy por hoy, ha de mantenerse el ISM como criterio decisivo preferente en caso de colisión con otros intereses legítimos.

Del mismo modo, de forma casi unánime, la doctrina mantiene que mientras que la vigente redacción del art. 2 de la LOPJM no se modifique, la prioridad del ISM viene determinada por la ley. No obstante, conforme a lo expuesto en la primera parte del trabajo hay espacio para el debate, sin olvidar que el art. 3 de la CDNNU de 1989 es igualmente una norma interna del derecho español²¹².

Finalmente, parece lo más adecuado al ISM apostar por la negociación como mejor medio para alcanzar el bienestar de los hijos, incorporando el concepto de justicia terapéutica que permita superar la ruptura de forma amistosa y colaborativa²¹³, siendo el resultado idóneo la custodia compartida por garantizar el máximo contacto del menor con sus dos padres y, por tanto, el bienestar del menor. Es precisamente mediante la negociación y en su caso la mediación familiar, que el ISM y la igualdad de género pueden confluir y asegurar un modelo de colaboración familiar duradero y estable, aún tras la ruptura de la convivencia.

5.- Conclusiones.

El ISM tiene una distinta formulación en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 y en el art. 2 de la LOPJM. Si bien en la primera se considera como una consideración primordial entre otras igualmente primordiales al decidir sobre asuntos que afecten al menor, en la segunda se eleva a única consideración prioritaria a considerar por el juez. En la Jurisprudencia del Tribunal Supremo se aprecian igualmente distintas formas de interpretar el ISM: una cercana a la Convención de las Naciones Unidas de 1989, véase la STS de 6 de febrero de 2014, que deja lugar a “otras consideraciones primordiales” y la mayoritaria, encarnada por la sentencia de 29 de abril de 2013, que antepone el ISM a cualquier otra consideración.

en 3 estudios. Por tanto, concluye que independientemente del conflicto con los padres, la custodia compartida está generalmente relacionada con mejores resultados para los niños.

²¹¹ Vid. sentencias de Casación civil, sección I, 24 de mayo de 2018, núm. 12954; Casación civil, sección I, 16 de diciembre de 2020, núm. 28723; Tribunal de Apelación de Brescia, sección III, 2 de noviembre de 2021 y Casación civil, sección I, 24 de marzo de 2022, núm. 9691; citadas por Varricchio, *Il superiore* cit. 3.

²¹² No debe olvidarse el art.1.5 CC que señala que las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales serán de aplicación directa en España en tanto que hayan pasado a formar parte del ordenamiento interno mediante su publicación en el BOE. El Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, se publicó en el BOE 313, de 31 de diciembre de 1990, pp. 38897 a 38904. BOE-A-1990-31312

²¹³ Giraldo Morales, Mayorga Muñoz, Sánchez Quintero, *Reflexiones* cit. 146.

Simultáneamente desde la Sociología, sobre la base de estudios estadísticos realizados a partir de sentencias sobre la custodia del menor, se propone como criterio decisivo alternativo al ISM, el de igualdad de género. Se afirma que la custodia compartida ha de ser resultado de una cultura de equidad, reflejada en el pacto que da lugar a la custodia compartida, única forma de garantizar que tras la sentencia que decide esta medida la situación de igualdad sea una realidad.

Por el contrario, se afirma que imponer una custodia compartida cuando no existe una previa situación de igualdad es contraproducente, pues una forma de ser y de relacionarse no se puede imponer por ley o por sentencia, sino que tiene que ser consecuencia de un largo proceso de interiorización y disciplina. Igualmente, se afirma que en los supuestos en los que la custodia compartida se decide en un procedimiento contencioso existe una gran disparidad entre los criterios de los distintos juzgados, reflejo de la imprecisión y abstracción propios del ISM, que por ello deberían ser superados por criterios objetivos fundados en la igualdad de género.

En este trabajo se realiza una crítica constructiva de la propuesta que se hace desde la Sociología, que podemos resumir en sustituir el ISM por la igualdad de género sustanciada en un pacto, como el criterio decisorio a la hora de decidir sobre la custodia compartida.

La crítica se funda, en primer lugar, en las conclusiones del análisis del trabajo de campo realizado en 2014 sobre un total de 5.894 sentencias propuestas por sus autores. La primera de estas conclusiones es que las propias estadísticas aportadas informan de que la mayoría de las decisiones judiciales sobre custodia en procedimientos contenciosos han perdurado, y tan solo se han modificado el 23% del total de sentencias. Es decir, a pesar de no haber mediado pacto, el tiempo da la razón a la decisión judicial. La segunda conclusión a considerar es que la diferencia de pernoctaciones del menor en casa del padre según se trate de una custodia compartida o establecida en un proceso contencioso, apenas difiere en un 8% y en ambos casos queda dentro de los porcentajes que se consideran óptimos para la custodia compartida, por lo que no cabe sacar especiales conclusiones de estas cifras. Tercero, porque los análisis realizados por los autores del estudio en sus publicaciones de 2017 y 2020 parecen llevar a conclusiones contradictorias: mientras que en el primero se otorga un valor determinante a la iniciativa legislativa, en el segundo parece negársela, optando por considerar la previa parentalidad como el único criterio decisivo, sin que haya lugar a la adopción de una custodia compartida fuera del pacto, ya sea por injerencia legislativa o judicial.

En segundo lugar, la crítica se funda en los resultados que arrojan los estudios que se han ido realizando desde la Psicología en las últimas décadas y que niegan la necesidad de pacto en la custodia compartida. De hecho, afirman que el problema es centrarse en la relación entre los padres y no en la necesidad de fortalecer la relación del menor con cada uno de sus progenitores. Se señala que el ISM es compatible con situaciones de enfrentamiento entre los padres, pues en escenarios de ruptura la tensión entre los padres es inevitable y sin embargo los estudios realizados no atestiguan que, dentro de unos límites, esa falta de pacto y situación de tensión entre los padres sea contraproducente para el interés del menor.

Por último, no estamos de acuerdo con afirmar que la indefinición a la que lleva el ISM impide su aplicación. Por el contrario, al contener una fórmula abierta y abstracta permite adaptarlo a la realidad social, siempre cambiante. Igualmente, tras las modificaciones de 2015 se han introducido en el art. 2 de la LOPJM unos criterios y cánones de ponderación que permiten guiar al juez en el camino de precisar la aplicación del ISM a las circunstancias de cada caso concreto. De todas maneras, la naturaleza humana trasciende los presupuestos de una norma o los algoritmos de una inteligencia artificial. Por ello debe confiarse en la labor de la autoridad judicial, ya que posiblemente al decidir sobre un caso concreto tenga en cuenta factores humanos que escapan a las estadísticas.

No obstante, si unimos los planteamientos de la primera parte del trabajo con los de la última parte, podemos llegar a la conclusión de que la igualdad de género, la coparentalidad y la cultura del pacto pueden ser muy beneficiosas para el menor y pueden y deben tener cabida en nuestro ordenamiento como criterios decisorios a la hora de atribuir la custodia del menor. De hecho, cierta línea

jurisprudencial ha encontrado apoyo en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 para estimar que en determinados supuestos pueden mediar consideraciones primordiales, distintas al ISM que pueden ser decisivas a la hora de decidir sobre el bien del niño. Desde esta perspectiva podría considerarse que la igualdad de género puede ser una consideración primordial en igualdad con el ISM, correspondiendo al juez, a la luz del caso concreto, ponderar cuál de ellas, u otras, ha de prevalecer a la hora de decidir si procede una custodia compartida.

En última instancia, nos encontramos ante un proceso de constitucionalización del Derecho Civil y, como parte de él, del Derecho de Familia, que comenzó en Europa tras los episodios bélicos que tuvieron lugar durante la primera mitad del siglo XX y que se ha desarrollado con vigor en las últimas décadas. Dentro de este proceso de constitucionalización observamos importantes cambios en el Derecho de familia exigidos por el reconocimiento y respeto del desarrollo de la personalidad, la dignidad de la persona, la intimidad personal y familiar, la igualdad entre hombre y mujer, la protección integral de la familia y muy especialmente de los menores. Estos cambios inciden tanto en la forma en la que el derecho observa al menor, como en la que contempla las relaciones de sus progenitores, por lo que permiten dos prismas distintos a la hora de enfocar el problema de la custodia: uno desde la perspectiva del interés del menor, y otro desde la perspectiva de la igualdad de género. Uno y otro enfoque pueden convivir sin exclusiones, de forma complementaria. Por ello, aunque la igualdad de género ha de ser útil para detectar situaciones que se identifiquen con el interés del menor, no agota todas las posibilidades del ISM. Las limitaciones al ISM han de venir avaladas por estudios científicos antes que por opiniones y hasta la fecha no hemos encontrado soporte científico suficiente para identificar la falta de un pacto o de una previa coparentalidad con una situación incompatible con la custodia compartida por perjudicar al ISM. Sin embargo, los estudios psicológicos realizados hasta la fecha indican lo contrario, pues avalan al ISM como criterio primordial al decidir sobre el menor e incluso podemos encontrar en ellos justificación a la presunción jurisprudencial que el Tribunal Supremo viene aplicando desde hace una década a favor de la custodia compartida. Mientras que no se aporten nuevos estudios científicos que contradigan los anteriores y mientras que los estudios que se realizan desde la Sociología no superen la etapa incipiente en la que actualmente se encuentran, desde el Derecho no podemos sino seguir aplicando los criterios que tradicionalmente se han postulado a favor del ISM como el criterio primordial a la hora de tomar decisiones que afecten al menor.

Este debate también puede llegar a Italia donde cierta jurisprudencia y doctrina consideran que el interés del menor no puede ser el único criterio decisorio cuando entran en juego intereses con un mismo rango constitucional. De esta forma, el terreno está preparado para que cuando se plantee una colisión entre el derecho a la igualdad de género y el ISM a la hora de decidir sobre una custodia compartida surja un debate que en España no ha hecho más que empezar.

REDES SOCIALES, INTIMIDAD PERSONAL EN EL ÁMBITO FAMILIAR Y SUS CONSECUENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

María E. Rovira Sueiro*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El derecho a la intimidad: a) Contenido. b) Diferencia entre intimidad y privacidad. c) Intimidad y protección de datos personales. d) Redes sociales, vida virtual y derecho a la intimidad; 3. La responsabilidad civil: a) ¿Qué tipo de responsabilidad se genera por las intromisiones previstas en la LO 1/1982? b) La responsabilidad civil en el seno familiar: especial consideración de parejas, progenitores e hijos; 4. Conclusiones.

1. Introducción.

Son muchos los aspectos a los invita a reflexionar el presente título, no obstante, trataré de no perderme en discusiones dogmáticas y ceñirme a las cuestiones más interesantes. No creo exagerar si afirmo que, tanto la intimidad como la responsabilidad, son materias en constante evolución y, en los últimos años, mucho más, si cabe, en el ámbito familiar.

El creciente aumento de las redes sociales obliga a plantearse qué lugar ocupa la intimidad de la persona cuando, por una parte, hoy se vive más en el entorno virtual que en el interior del propio domicilio y, por otra parte, cuando en no pocas circunstancias la familia ha dejado de ser un refugio para convertirse en una tentadora pasarela a la notoriedad. Los muros de una casa, en origen esencialmente infranqueables, se han convertido en transparentes por lo que todo lo que, hasta hace poco, constituía un lugar sin duda reservado, se ve amenazado por la tendencia creciente a publicitar hasta el más pequeño detalle de lo cotidiano.

Como consecuencia de lo anterior, considero también necesario replantear el estudio de la responsabilidad que se genera por la intromisión ilegítima en este derecho, tomando como punto de partida la tendencia actual a su objetivización y tratar de dilucidar cómo afecta esta evolución a la responsabilidad por hecho ajeno, cuando nos encontramos con intromisiones perpetradas en el círculo familiar y por alguno de sus miembros.

2. El Derecho a la intimidad.

El derecho a la intimidad se encuentra recogido en el art.18 CE, desarrollado por la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en cierto modo, como veremos, en la LO 3/2018, de protección de datos y garantía de los derechos digitales. Pero, qué supone en la actualidad su protección legal cuando su contenido es denostado y banalizado, en muchas ocasiones, por el propio titular del derecho, o cuando las relaciones se desarrollan más en un entorno virtual que presencial, y cuando tales circunstancias, con frecuencia, se acaban reflejando en una cierta laxitud por parte de los tribunales a la hora de apreciar una eventual lesión de este derecho.

Lo afirmado hasta el momento no es más que una muestra de las cuestiones que suscita hoy la protección del derecho a la intimidad en el Derecho civil. Es por ello que, a continuación, será objeto de análisis crítico: su contenido, su diferencia con la privacidad y su conexión con el derecho a la protección de datos personales.

Partir de las premisas anteriores considero que permitirá conocer el verdadero alcance de las redes sociales sobre la intimidad, su capacidad para modificar sus contornos y viceversa, esto es, la

* Profesora Titular de Derecho Civil. UDC

capacidad del derecho a la intimidad de mediatizar el desarrollo de la vida virtual y su trascendencia en la existencia real.

a) Contenido.

En el presente, el derecho a la intimidad mantiene indudablemente su doble contenido: positivo y negativo. Asimismo, ha dejado de cuestionarse su autonomía respecto del honor y de la propia imagen²¹⁴, sin perjuicio de que, en numerosas ocasiones, la divulgación de un hecho relativo a la intimidad pueda suponer también un menoscabo en la consideración ajena de la persona o, pueda resultar un uso in consentido de su imagen.

Tal y como ha puesto de relieve la sentencia del Tribunal Constitucional 25/2019²¹⁵, este derecho se funda en la necesidad de garantizar «"la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana [...]". De igual modo el Tribunal Supremo sostiene que está referido: "[a] determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen, "No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegido" (STC 231/1988)"». ²¹⁶

En esa misma línea, recientemente, la STS de 4 de marzo de 2024 haciéndose eco de la referida sentencia del TC y respecto del derecho a la intimidad sostiene que «El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo la existencia de un ámbito propio y reservado, vinculado con el respeto de su dignidad como persona y necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal, sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, lo que ha de encontrar sus límites, como es obvio, en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, ya que dicha información sea veraz, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (por todas, SSTC 66/2022, de 2 de junio; 64/2019, de 9 de mayo; 25/2019, de 25 de febrero y 127/2003, de 30 de julio; y SSTS 551/2020, de 22 de octubre; 231/2020, de 2 de junio; y 91/2017, de 15 de febrero)"»²¹⁷.

Asimismo, debemos tener en cuenta lo ya afirmado por el Tribunal Supremo en el año 2020 en el sentido de que «El hecho de que un dato íntimo, en un momento determinado, haya alcanzado notoriedad sin consentimiento de su titular -siempre que dicha publicidad no esté amparada por otro derecho fundamental- no implica que dicho dato deje de estar protegido por su derecho a la intimidad y quede, por tanto, carente de tutela jurídica ante una posterior publicación del mismo. Admitir lo contrario supondría una limitación del derecho a la intimidad y una carga desproporcionada a su titular que ante cualquier intromisión en su derecho se vería compelido a iniciar acciones judiciales

²¹⁴ STS 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:97) que hace mención expresa de la STC 14/2003, de 18 de enero 14 febrero 2023 (ECLI:TS:2023:467).

²¹⁵ STC 25/2019, de 29 de febrero. (ECLI:ES:TC:2019:25).

²¹⁶ Cfr. STS 13 de enero de 2022 (ECLI:ES:TS:2022:97).

²¹⁷ (ECLI:ES:TS:2024:1434). En el mismo sentido vid. SSTS 25 de abril de 2024, (ECLI:ES:TS:2024:2059); de 24 de abril de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2119); 24 de abril de 2024 (ECLI:ES:TS:2024:2188).

en su defensa con la única finalidad de evitar que su pasividad pudiera ser considerada como una renuncia a un concreto ámbito de su intimidad" (STC, Sala Primera,190/2013, de 18 de noviembre de 2013 , con cita de la STC 134/1999, de 15 de julio , FJ 6)»²¹⁸.

Por lo demás, en lo que se refiere a la delimitación del contenido concreto de este derecho, tienen un papel muy relevante los propios actos de su titular y los usos sociales. Ambos criterios juegan un papel fundamental, pero conviene recordar que no dejan de ser eso: criterios, a pesar de la eficacia que les ha otorgado la jurisprudencia, algo que, a mi juicio, como trataré de demostrar a continuación, los aleja bastante de su naturaleza.

La STS de 9 de julio de 2020²¹⁹ siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional sostiene que «en relación con la intimidad, la ponderación debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado (sentencia 284/2015, de 22 de mayo). Además, la STC 7/2014, de 27 de enero , FJ 4 ha declarado que "si bien el derecho a la libertad de información ha de prevalecer sobre el de la intimidad en relación con los hechos divulgados por los propios afectados, dado que a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal que reserva al conocimiento ajeno, no es menos cierto que, más allá de esos hechos dados a conocer y respecto a los cuales el velo de la intimidad ha sido voluntariamente levantado, el derecho a la intimidad opera como límite infranqueable del derecho a la libre información (SSTC 197/1991 , FJ 3; 134/1999 , FJ 8; y 115/2000 , FJ 10)».

Lo cual resulta absolutamente coherente con la exigencia del carácter expreso²²⁰ del consentimiento del titular del derecho para evitar la ilicitud de la intromisión. Es más, hoy en día prevalece la idea de que el tenor literal del art. 2 de la LO 1/1982 no deja lugar a dudas²²¹ y así es interpretado por los tribunales²²². Es más, tal y como se sostiene en la STS de 28 de febrero de 2022 subir un vídeo a una

²¹⁸ STS 9 julio 2020 (ECLI:ES:TS:2020:2230).

²¹⁹(ECLI:ES:TS:2020:2230).

²²⁰ Es necesaria la autorización expresa para la utilización por terceros de la imagen ajena en el entorno digital. Los usos sociales no equivalen a consentimiento porque la alegación de la recurrente de que los usos sociales toleran la práctica del toples en las playas confunde que sea legítimo practicarlos con que los usos sociales legitimen la publicación o difusión no consentidas de imágenes de las personas que practican el toples (STS 21 de diciembre 2016, (ECLI:ES:TS:2016:5527)).

²²¹ En concreto el art.2 establece que «Dos. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por Ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso»

²²² En tal sentido vid. STS de 13 de julio de 2021, (ECLI:TS:ES:2021:2868); 27 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2894). Así por ejemplo en la STS de 28 de julio de 2022, (ECLI:ES:TS:2022:3311) se afirma: «Que en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya "subido" una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. La finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación. [...] " y que la circunstancia de que los vídeos se hubieran subido a la plataforma Youtube, no permite deducir que quepa hacer un uso indiscriminado de los mismos, de manera que la imagen del actor quede a disposición de cualquier sujeto de derecho para utilizarla sin su consentimiento, en el ámbito y de las formas que considere oportunas, como si el titular del derecho a la propia imagen se hubiera desprendido libremente del mismo y quedara a la indiscriminada disposición de cualquier miembro de la comunidad de usuarios, máxime cuando los derechos fundamentales, por ministerio de la ley y su propia esencia, son irrenunciables e imprescriptibles, como señala el art. 1.3 de la LO 1/1982, que añade que la renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo segundo de dicha ley.(...)»

plataforma como Youtube no puede suponer una presunción de «autorización de uso indiscriminado»²²³.

No obstante, en no pocas ocasiones, el criterio de los usos sociales se ha visto desnaturalizado o desdibujado por una interpretación, a mi juicio, muy poco tuitiva. máxime si tenemos en cuenta que estamos ante derechos fundamentales de la persona que gozan de reconocimiento constitucional. En concreto, me estoy refiriendo a su efecto legitimador de la denominada *crónica rosa*, la cual se alimenta, en muchas ocasiones, de truculentas relaciones familiares expuestas al público, a veces por los protagonistas, pero casi siempre por la prensa. Precisamente, es en este último supuesto, en el que no habiendo consentimiento del titular del derecho y, por lo tanto, tratarse de una intromisión ilegítima, se acude en aras de lograr su legalidad, al amparo del interés social de la información, que se confunde o entremezcla con los “usos sociales”. En este sentido, resulta muy elocuente lo afirmado por el Tribunal Supremo en su sentencia de 25 de abril de 2024²²⁴: «Es cierto, que los reportajes de crónica social no tienen por objeto contribuir al debate político en una democracia, sino cumplir finalidades de esparcimiento y satisfacer la curiosidad del público por conocer la vida privada de las personas que gozan de notoriedad, pero la jurisprudencia viene admitiendo el interés de la información, al menos relativo, cuando esta se ofrece en publicaciones o programas de mero entretenimiento.

En definitiva, los programas de crónica social o entretenimiento en su versión más agresiva son tolerados socialmente y seguidos por una gran parte de la población, y esta circunstancia debe ponderarse a la hora de no negar el interés que tienen para un sector social, porque uno de los factores delimitadores de la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen es, según el art. 2.1 de la LO 1/1982, el constituido por los "usos sociales"²²⁵, los cuales sirven al interés de un sector de la población que siente curiosidad por todo cuanto afecta o tiene que ver con las personas populares y conocidas, y, muy especialmente, para los seguidores de programas televisivos enteramente dedicados a la crónica social y que, como el del caso, son, para ese tipo de público, especialmente atractivos, por responder a un formato acusadamente efectista, polémico y muy reactivo emocionalmente».

No obstante, el propio Tribunal matiza o completa lo anterior con el otro criterio que se recoge en ese mismo artículo 2, esto es, el de los propios actos del titular del derecho, al establecer que se atenderá al «ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismo o su familia», el cual constituirá un elemento determinante del juicio de ponderación acerca del grado de exposición pública buscado voluntariamente o no por la persona, en el sentido de disminuir o aumentar la protección en función de la mayor o menor exhibición.

Así las cosas, se ha podido constatar que el comportamiento del titular del derecho ha servido también, en la mayoría de las ocasiones, para contribuir a la consideración de la intromisión como legítima. Sin embargo, a mi juicio debería emplearse, sobre todo, para determinar el carácter público del titular del derecho, en el sentido de poder argumentar y presentar como información de interés general la que se vierte sobre el mismo. En tal sentido, la ya mencionada STS de 25 de abril de 2024 cuando alude a las posibles fuentes de convertir a una persona en alguien con proyección pública señala que: «Por otra parte, nos hemos manifestado también, por ejemplo en la sentencia 101/2018, de 28 de febrero, en el sentido de que la proyección pública de determinadas personas no responde a su conducta de exponerse voluntariamente al escrutinio público, a través de su consentida

²²³(ECLI:ES:TS:2022:3311).En esa misma sentencia se citan otras muchas (sentencias 1225/2003, de 24 de diciembre (RJ 2004, 138), 1024/2004, de 18 de octubre (RJ 2004, 6571), 1184/2008, de 3 de diciembre (RJ 2008, 6942) , 311/2010, de 2 de junio (RJ 2010, 2666) en las que se afirma que el consentimiento dado para publicar una imagen con una finalidad no legítima su publicación con otra finalidad distinta.

²²⁴(ECLI:ES:TS:2024:2059).

²²⁵ Cfr. STS de 25 de abril de 2024, (ECLI:ES:TS:2024:2059).

participación en los medios de comunicación social; y así señalamos en la precitada resolución judicial: "[...] De ahí que, en el plano subjetivo, no sea exacto que solo tienen proyección pública los que voluntariamente deciden tenerla y acepten exponerse en los medios de comunicación, pues dicha proyección pública, notoriedad o celebridad social puede fundarse en razones tan diversas como la actividad política, la profesión, la relación con un importante suceso, la trascendencia económica o la relación social, entre otras circunstancias (sentencias 587/2016, de 4 de octubre , 588/2016, de 4 de octubre , y 521/2016, de 21 de julio, entre otras)".»

El posicionamiento del Tribunal Supremo, si bien a grandes rasgos podría ser admisible, considero que, desde una visión más pormenorizada, no lo es. En mi opinión, la afirmación relativa a la *relación social* no siempre justifica la pérdida de intimidad, sino sólo cuando se trate de una relación con una persona de proyección pública y afecte en la parte privada a asuntos de interés general. Así las cosas, por ejemplo, contraer matrimonio con un personaje público no es causa suficiente para convertir al cónyuge anónimo en personaje, salvo que mediase su consentimiento expreso. De lo contrario esa proyección social sólo estaría legitimando la intromisión si se tratase de informaciones de interés general que trascendiese la mera curiosidad ajena.

b) Diferencia entre intimidad y privacidad.

El punto de partida de la distinción entre intimidad y privacidad es el siguiente: No cualquier dato personal se encuentra protegido por el derecho a la intimidad²²⁶. La afirmación anterior se contiene expresamente en la sentencia del STS de 19 de marzo de 2024²²⁷ en el sentido de que: «aunque el derecho a la protección o reserva de los datos y el derecho a la intimidad tienen evidentes caracteres comunes, no todo acceso a datos protegidos constituye por sí mismo una violación del derecho a la intimidad. Ambos derechos son manifestaciones del derecho al respeto de la vida privada (que no se recoge con tal nombre en nuestro ordenamiento jurídico, como expresamos en la sentencia 579/2023, de 20 de abril), pero se desenvuelven en ámbitos que no son necesariamente coincidentes. Desde un punto de vista estrictamente semántico, según el Diccionario de la Lengua de la RAE, la privacidad "es el ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión", mientras que la intimidad es "la zona espiritual íntima y reservada de una persona o de un grupo, especialmente de una familia". De tales definiciones se desprende que entre la privacidad y la intimidad media una relación de género-especie, de manera que todo lo relativo a la intimidad también concierne a la privacidad, pero no todo lo que atañe a la vida privada forma parte necesariamente del espacio de lo íntimo, pues este último concepto tiene una dimensión más reducida. Respecto al derecho a la intimidad, que es el invocado por los recurrentes, como sintetiza la STC 150/2011, de 29 de septiembre, el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1º CE) implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana" (por todas, STC 186/2000, de 10 de julio) y que se halla estrictamente vinculado a la propia personalidad y deriva de la dignidad de la persona que el art. 10.1º CE reconoce (STC 202/1999, de 8 de noviembre, y las resoluciones allí citadas)».

Consiguientemente como ha puesto de relieve Flores Anarte, el Tribunal Constitucional «se desmarca así (...) de una interpretación que podría encontrar semejanza con el modelo de protección de datos norteamericano donde, la capacidad para modular la esfera de privacidad se encuentra mucho más limitada para los individuos que en los sistemas europeos toda vez que, aunque existe una inicial potestad de control sobre la información personal, una vez una determinada información se hace

²²⁶ STS 14 de febrero de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:467) en la que se citan entre otras la STC 292/2000, de 30 de noviembre y la STS de 22 de septiembre de 2020.

²²⁷ (ECLI:ES:TS:2024:1495).

pública a cualquier efecto, la persona pierde el control sobre su posterior difusión: No puede olvidarse que las SNS nacieron en EEUU, luego es el sistema norteamericano de protección de la privacidad el que tienen presente al definir su negocio [...]. Pues bien, en este sistema, el norteamericano, la noción de «privacidad» apenas admite matices. Entronca con la libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al individuo para decidir, en primera instancia, qué información personal hace pública; pero, una vez publicada, le niega el derecho a controlar su difusión. Entiende que con la libre comunicación de esa información pierdes toda expectativa de privacidad sobre los datos asistiéndote, si acaso, una pretensión para controlar el uso lucrativo que se pueda hacer de ellos [...] Desde su perspectiva, y simplificando el análisis, una vez que, voluntariamente, has revelado el dato o que te muestras en sitios públicos, la información o la imagen es pública (...) En efecto, según la doctrina acogida por los tribunales estadounidenses—«the third-party doctrine, desarrollada por primera vez en el caso *Smith vs. Maryland* en 1979— una vez una persona comparte cierta información privada con un tercero, pierde «any reasonable expectation of privacy» sobre dicha información»²²⁸.

Algo que, por ahora, no sería admisible o, al menos, no contaría con cobertura legal en nuestro ordenamiento jurídico dados los términos de su reconocimiento y la interpretación llevada a cabo hasta el momento por nuestro Tribunal Constitucional²²⁹. Así lo demuestra el hecho de que en esa misma sentencia se afirme que «"es irrelevante que los datos divulgados fuesen ya públicos, puesto que tal circunstancia no evita calificar como lesiva del art. 18.1 CE una intromisión en la intimidad. El hecho de que un dato íntimo, en un momento determinado, haya alcanzado notoriedad sin consentimiento de su titular -siempre que dicha publicidad no esté amparada por otro derecho fundamental- no implica que dicho dato deje de estar protegido por su derecho a la intimidad y quede, por tanto, carente de tutela jurídica ante una posterior publicación del mismo. Admitir lo contrario supondría una limitación del derecho a la intimidad y una carga desproporcionada a su titular que ante cualquier intromisión en su derecho se vería compelido a iniciar acciones judiciales en su defensa con la única finalidad de evitar que su pasividad pudiera ser considerada como una renuncia a un concreto ámbito de su intimidad" (STC, Sala Primera, 190/2013, de 18 de noviembre de 2013, con cita de la STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 6)».

c) Intimidad y protección de datos personales.

No es una cuestión menor la distinción entre el ámbito de protección de la intimidad y el de los datos de carácter personal. Sin ir más lejos, baste pensar en algunas consecuencias así, por ejemplo, respecto del derecho a la intimidad nos encontramos con la presunción legal del daño (art. 9.3. LO 1/1982), mientras que en el derecho a la protección de datos no existe tal posibilidad (art. 82 Reglamento UE 2016/679).

Habida cuenta de su configuración legal, nos encontramos ante dos derechos distintos y autónomos lo cual no es óbice, por una parte, para que una misma conducta pueda tener encaje en ambos y, por otra parte, no se vea comprometida su independencia. En tal sentido, se ha manifestado el TS en su sentencia de 19 de marzo de 2024²³⁰ «los derechos al honor, a la intimidad y a la protección de los datos de carácter personal, pese a su vinculación, tienen un carácter autónomo, pero ello no quiere decir que quepa diferenciar el perjuicio causado a cada uno de ellos a efectos de fijar el resarcimiento. Así lo declaramos en la sentencia 210/2016, de 5 de abril:

²²⁸ Cfr. L. Flores Anarte, “Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero” en *Estudios de Deusto*, [http://dx.doi.org/10.18543/ed-86\(1\)-\(2020\)](http://dx.doi.org/10.18543/ed-86(1)-(2020)), 360.

²²⁹ Acerca del tratamiento de la protección de datos, y de la diferencia intimidad y privacy vid. E., Vázquez De Castro, “Protección de datos personales, redes sociales y menores. “Las personas mayores nunca pueden comprender algo por sí solas y es muy aburrido para los niños tener que darles una y otra vez explicaciones” *El Principito. A. De Saint-Exupéry*”, *Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 29/2012, (BIB 2012\1035).

²³⁰(ECLI:ES:TS:2024:1495).

"La conducta ilícita es una, y el daño moral causado es también único. Pese a que la ilicitud provenga de la vulneración de varios derechos, se trata de un concurso ideal con relación a una sola conducta y a un único resultado lesivo que debe ser indemnizado con criterios estimativos. Por lo expuesto, el precepto legal invocado no exige que se fijen indemnizaciones diferentes por cada uno de los derechos vulnerados".

En relación con lo cual, como establece la STJUE de 4 de mayo de 2023 -C-300/21- (que, aunque se refiere al art.82 del Reglamento General de Protección de Datos de 2016, su doctrina es aplicable a la legislación anterior), no puede considerarse que toda infracción de las disposiciones sobre protección de datos personales dé lugar, por sí sola, a un derecho a una indemnización a favor del interesado. Por el contrario, para la pertinencia de la indemnización deberían concurrir tres requisitos cumulativos: (i) un tratamiento de datos personales en infracción de las disposiciones legales pertinentes; (ii) la existencia de daños y perjuicios para el interesado; y (iii) una relación de causalidad entre dicho tratamiento ilícito y esos daños y perjuicios.

En igual sentido, la STJUE de 14 de diciembre de 2023, asunto C 456/22, declara que es preciso que el afectado pruebe que la vulneración de la normativa de protección de datos le haya causado algún perjuicio, por mínimo que sea, y que "El interesado debe demostrar que las consecuencias de esa infracción que afirma haber sufrido constituyen un perjuicio distinto de la mera infracción de las disposiciones de dicho Reglamento".

No obstante, en la STS de 10 de abril de 2024 Los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen, pese a su vinculación, tienen un carácter autónomo, pero ello no quiere decir que quepa diferenciar el perjuicio causado a cada uno de ellos a efectos de fijar el resarcimiento. Así lo declaramos en la sentencia 210/2016, de 5 de abril: «La conducta ilícita es una, y el daño moral causado es también único. Pese a que la ilicitud provenga de la vulneración de varios derechos, se trata de un concurso ideal con relación a una sola conducta y a un único resultado lesivo que debe ser indemnizado con criterios estimativos. Por lo expuesto, el precepto legal invocado no exige que se fijen indemnizaciones diferentes por cada uno de los derechos vulnerados».²³¹

De lo anterior, a mi juicio, cabe colegir que el derecho a la intimidad permite excluir ciertos datos de una persona del conocimiento ajeno, de donde deriva el derecho de resguardar su vida privada frente a una publicidad no querida; pero el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales.

d) Redes sociales, vida virtual y derecho a la intimidad²³².

Si la irrupción y generalización de las redes sociales ha supuesto un punto de inflexión en las relaciones humanas, su reflejo en el ámbito de las relaciones familiares y especialmente paterno-filiales y de pareja en particular, ha sido una auténtica revolución en un contexto en el que, además, como explicaré más adelante, se ha debilitado, la autoridad de los progenitores en favor de una exacerbada, a mi juicio, protección del libre desarrollo de la personalidad de los hijos.

Con este panorama creo que no cuesta imaginar la impresionante sacudida que han recibido los cimientos de este tipo de relaciones. La tensión entre la protección de la familia y el derecho a la intimidad personal, el entorno familiar, los peligros de unos padres analógicos que no renuncian a una vida en la red, y unos hijos digitales que desconocen el lugar que ocupaba la intimidad como

²³¹ (ECLI:ES:TS:2024:1805) dictada en esta ocasión relación a la proximidad entre el derecho al honor y a la intimidad

²³² Sobre este fenómeno vid. L., Gil Vallilengua, «Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes», en *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 14, (2016), 161-190.

espacio de recogimiento en la era del papel, son los elementos que contextualizan nuestra realidad social y que demandan una respuesta acorde con la misma que pueda reaccionar con la inmediatez de las respuestas que no precisan de la imprenta.

Como reiteradamente se recoge en las resoluciones judiciales actuales, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 10 mayo de 2021²³³ nos dice que «La generalización del uso de las redes sociales, la accesibilidad de los aparatos de difusión y su facilidad de empleo, la amplia e inmediata difusión de sus contenidos sin limitaciones temporales ni espaciales, el carácter accesible del mensaje por la colectividad, esto es, la naturaleza esencialmente expansiva de la comunicación digital en red y su carácter interactivo, han supuesto una transformación sin parangón del modelo tradicional de comunicación, dando lugar a un modelo comunicativo que, entre otras notas, se caracteriza por la fragilidad de los factores moderadores del contenido de las opiniones. Dicha transformación ha supuesto un drástico cambio en el perfil del emisor y también de los receptores, cuya facilidad para interactuar entre sí y con el emisor les distancia del carácter pasivo del modelo tradicional. Además, estos, en muchas ocasiones, actúan con precaria conciencia de la proyección de las opiniones emitidas, que antaño quedaban reservadas a un ámbito más reducido.

De este modo, a las indudables ventajas que resultan de la comunicación a través de las redes sociales, les acompañan, dadas las características descritas y el anonimato en que se amparan muchos usuarios, una mayor potencialidad lesiva de los derechos fundamentales, entre otros, al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Ahora bien, debe afirmarse que la transformación derivada de las nuevas formas de comunicación y la generalización de su uso, no produce un vaciamiento de la protección constitucional de los derechos fundamentales y tampoco altera, desde un punto de vista sustantivo o material, los criterios asentados por nuestra reiterada doctrina sobre la función de este tribunal para apreciar si ha existido una vulneración del derecho (...).»

En definitiva, y por lo que al contenido esencial de los derechos se refiere, el comportamiento o la conducta que se puede calificar como ilegítima en la vida real también tendrá esa misma calificación en las redes sociales. Constituye un lugar común en esta materia la sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero, por el gran impacto que tuvo al referirse al uso masivo de dichas tecnologías en Internet, con respecto a los derechos fundamentales al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal, y así señalaba que: «"De este modo, los usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores de contenidos creados por terceros, a otra -la actual- en la que los contenidos son producidos por ellos mismos. Con plataformas como Facebook, Twitter, Instagram o Tuenti, por citar solo algunas, los usuarios (porque jurídicamente ostentan tal condición) se han convertido en sujetos colaborativos, ciudadanos que interactúan y que ponen en común en redes de confianza lo que tienen, lo que saben o lo que hacen, y que comparten con un grupo más o menos numeroso de destinatarios -usuarios igualmente de la redes sociales en Internet- todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos. La amplitud de actividades que pueden desplegarse a través de unas redes sociales en Internet gracias a las prestaciones de la Web 2.0, facilitan la actividad colaborativa del usuario en la gestión, elaboración y publicación de contenidos, de modo que en pocas décadas ha pasado de ser un sujeto pasivo receptor de información a un sujeto activo que elabora, modifica, almacena y comparte información. Piénsese, por ejemplo, que según los datos que ofrece la propia red social Facebook, en el mundo hay más de 1.860 millones de usuarios activos y cada día acceden solo a esta red social más de 1.150 millones de personas. Se suben más de 300 millones de fotografías diarias y, en un minuto se publican más de 510.000 comentarios, se actualizan más de 293.000 estados y se suben más de

²³³ (ECLI:ES:TC:2021:93).

136.000 fotografías, de modo que en pocas décadas ha pasado de ser un sujeto pasivo receptor de información a un sujeto activo que elabora, modifica, almacena y comparte información.»²³⁴.

Además de la afirmación anterior, de la doctrina del Tribunal Constitucional se puede concluir como lo hace la STS de 28 de julio de 2022, que: «(i) Los usuarios de las redes sociales continúan siendo titulares de derechos fundamentales y su contenido sigue siendo el mismo que en la era analógica. (ii) El hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa que lo privado se haya tornado público, puesto que el entorno digital no es equiparable al concepto de "lugar público" del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE. (iii) El reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 18 CE, conlleva la potestad de la persona de controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen.»²³⁵

Las redes sociales no tienen la consideración de un lugar abierto al público a efectos de aplicar los arts. 7 y 8 de la LO 1/1982. Además, cabe señalar que el apartado 2 de este último artículo prevé excepciones respecto del derecho a la propia imagen, pero no son aplicables cuando estemos ante una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la persona. Por lo tanto, la supresión de la ilicitud respecto del derecho a la intimidad sólo podrá proceder del consentimiento expreso del titular del derecho o de la concurrencia de alguna de las circunstancias del art. 8.1 de la LO 1/1982, pero no de haberse publicado en una red social.

3. La responsabilidad civil.

Por lo que respecta a la responsabilidad civil, son fundamentalmente dos las cuestiones que se plantean en este ámbito. La primera sería si la protección civil del derecho a la intimidad genera una responsabilidad subjetiva, tal y como se deduce del principio contenido en el art. 1902 CC («el que por acción u omisión causa un daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado») o si, por el contrario, lo previsto en la LO 1/1982 de 5 de mayo, la ha trasladado al, cada vez más amplio, campo de las leyes de responsabilidad objetiva.

La segunda, muy ligada a la anterior, sería la relativa a cómo afecta, a la aplicación de la normativa sobre responsabilidad por hecho ajeno prevista en el art. 1903 CC, el hecho de que estemos en el marco familiar. Precisamente, las relaciones paterno-filiales constituyen uno de los supuestos específicos del mencionado art. 1903 CC en el cual se establece que «la obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder. Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda», de ahí que los progenitores responden por los daños causados por sus hijos y no por hecho propio, si bien dicha responsabilidad «cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño» (último inciso del art. 1903 CC).

a) ¿Qué tipo de responsabilidad civil se genera por intromisiones ilegítimas previstas en la LO 1/1982?

²³⁴ Cfr. STC 27/2020. Han sido muchos los autores que se han hecho eco de esta sentencia y la han comentado vgr. Flores Anarte, cit., Facebook, 351 y ss.

Sobre la doctrina del TS vid. el comentario de M. Yzquierdo Tolsada. "Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018) Twitter y las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen que resultan ilegítimas en el derecho a la intimidad", 220 y ss.

²³⁵ STS 28 de julio de 2022, (ECLI:ES:TS:2022:3212).

Para responder a la primera cuestión planteada, considero un punto de partida ineludible, el art. 1902 CC en el que se consagra como principio general una responsabilidad extracontractual basada en la idea de culpa.

En España, antes de la entrada en vigor de la mencionada ley del año 1982, la protección civil del derecho a la intimidad se dispensaba al amparo de los arts. 1902 y concordantes del CC, lo que suponía, para el nacimiento de responsabilidad civil extracontractual, la concurrencia de distintos elementos: acción u omisión dolosa o culposa, producción de un daño, daño no protegido jurídicamente y relación de causalidad entre conducta y daño.

Aun cuando no sea éste el contexto adecuado para analizar con detalle el alcance de tal previsión, sí que se debe poner de manifiesto que la evolución de esta responsabilidad subjetiva consagrada en el Código Civil ha venido conociendo numerosas excepciones que han supuesto prescindir del elemento de la culpa, sobre todo en los sectores en los que la persona asume cierto riesgo con su conducta a cambio, generalmente, de un beneficio económico (desarrollo de actividades empresariales, la conducción de vehículos de motor). La paulatina implantación del carácter objetivo de la responsabilidad ha sido de tal magnitud que ha llevado a cuestionar que la culpa siga siendo el principio general de la responsabilidad extracontractual y no la excepción. A este respecto, y por lo que aquí interesa, la pregunta sería si la LO 1/1982 formaría parte de ese elenco de leyes que consagran una responsabilidad objetiva.

A pesar de los recelos iniciales manifestados, tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia, en relación a la idea de indemnizar un daño básicamente moral, sin perjuicio de que pudiera también apreciarse un daño patrimonial indirecto, se acabó imponiendo la idea de compensación para tratar de solventar el escollo de ese carácter espiritual del derecho a la intimidad y su, más que evidente, contraposición a intereses fundamentalmente económicos. De este modo, se fue consolidando la protección civil de los derechos de la personalidad mediante la aplicación de las reglas de la responsabilidad extracontractual contenidas en el Código Civil. Ahora bien, las dificultades de este tipo de protección seguían estando presentes aun cuando se acudiese a la idea de compensación por cuanto es evidente que la indemnización como reparación por equivalencia es imposible.

Además, a nadie se le escapa la dificultad de probar uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad, esto es, la existencia del daño, en un contexto esencialmente moral. Razones todas ellas que llevan a la aprobación de la LO 1/1982 en la que el legislador a la hora de diseñar su protección civil, confiere un lugar destacado la acción indemnizatoria y establece dentro de las novedades la presunción del daño²³⁶. Así las cosas, no será necesario probar el daño una vez acreditada la existencia de una intromisión ilegítima, lo cual, en cierto modo, también conllevará la presunción de la relación de causalidad entre la conducta y el resultado dañoso.

Por lo demás, en general la entrada en vigor de la ley orgánica del 82, como ocurre con las leyes especiales, supuso el carácter supletorio de las normas del Código Civil cuya aplicación pasa a un segundo plano. No obstante, para algunos, las consecuencias fueron mayores puesto que se consideró que el nuevo régimen jurídico de protección de los derechos garantizados por el art. 18 CE consagraba una responsabilidad objetiva, por lo que se sumaba ésta al nutrido grupo de normas que excepcionaban el principio general del art. 1902 CC que consagra el principio *neminem laedere* basado en el principio de culpa en sentido amplio (que abarca no sólo las acciones u omisiones negligentes sino también las dolosas).

²³⁶ Sobre la presunción del daño la jurisprudencia del TS se ha mostrado partidaria de considerarla *iuris et de iure* (STS de 19 de marzo de 2024, (ECLI:ES:TS:2024:1545) en la que se citan entre otras las SSTS de 21 de junio de 2018, de 26 de noviembre de 2019 y 8 de junio de 2023. De todas formas, no es una cuestión pacífica ni el tipo de presunción ni su alcance por cuanto no es unánime el considerar que sólo afecta al daño moral y no al patrimonial que tendría que ser probado. En relación a esta cuestión vid. M^a L., Atienza Navarro, “Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Revista Boliviana de derecho* núm. 15, enero 2013, 221- 228.

A mi juicio, sin embargo, la responsabilidad civil sigue siendo subjetiva. Una prueba de ello es que, en los numerosos conflictos entre el derecho a la intimidad y la libertad de información, uno de los requisitos esenciales para poder calificar la intromisión como legítima es la diligencia del periodista en la búsqueda de la veracidad de la información; algo que lo aparta, considerablemente, de la naturaleza objetiva.

b) La responsabilidad civil en el seno familiar: especial consideración de parejas, progenitores e hijos.

La segunda cuestión que se suscita, como se ha puesto de manifiesto, está conectada con el hecho de que una de las esferas en las que se desarrolla y encuentra sentido el derecho a la intimidad es en el seno de la familia²³⁷. Se habla así de dos tipos de intimidad la personal o individual y la familiar, lo cual supone que incluso, dentro del círculo de reserva de la familia, existe también un círculo concéntrico en el que desplegaría toda su eficacia el derecho a la intimidad del sujeto.

Por lo tanto, las intromisiones ilegítimas en este derecho pueden provenir, además de un tercero, de la propia familia. Es por ello que, por lo que en este contexto interesa, me voy a centrar en las segundas entendiendo el adjetivo familiar en su acepción más estricta.

En este sentido, la sistemática que seguiré parte de diferenciar entre las intromisiones:

- 1) Producidas por los cónyuges o parejas entre sí, tengan o no descendencia común,
- 2) Las que llevan a cabo los progenitores con descendencia común sean o no pareja en relación con sus hijos comunes y
- 3) Las cometidas por los hijos respecto de sus progenitores.

1) Cuando se trate de las primeras estaremos en el ámbito de una relación conyugal o de pareja la cual, en principio, no es suficiente para justificar una intromisión en el derecho a la intimidad del otro. Si bien, habida cuenta de los caracteres propios de este tipo de relaciones, si bien se podría entender que éstas no alcanzarían al ámbito que una persona tiene reservado para sí misma, no implican un vacío absoluto de su contenido. En definitiva, el hecho de contraer matrimonio o mantener una relación de afectividad análoga, no supone perder el derecho a la intimidad aun cuando el contenido de este derecho resulte limitado. Y, en cualquier caso, producida una intromisión ilegítima la responsabilidad civil que se genera no tiene especialidades destacables respecto de la producida por un tercero, sin perjuicio de que, dependiendo de los supuestos, el comportamiento pueda ser más o menos reprochable, pero no tanto en la esfera jurídica como en la ética o moral. Dicho de otro modo, no parece que en el ámbito civil, en el juicio de reproche de la conducta la falta de lealtad juegue como causa eximente de responsabilidad, máxime si tenemos en cuenta el papel que juega en la concepción actual del matrimonio como institución.

De todas formas, se trata de un terreno no exento de polémica y así se puede observar, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Supremo del pasado 24 de junio²³⁸ en la que los hechos originadores del litigio se refieren, precisamente, a la publicación incontestada de unas imágenes de la esposa por parte de su marido. En concreto, el supuesto de hecho se refiere a una pareja que contrajo matrimonio en mayo de 2021 y la demanda por intromisión ilegítima fue interpuesta el 29 de abril de 2022 cuando estaban tramitando su divorcio. Las imágenes que la esposa considera intromisión ilegítima fueron las publicadas por su marido en su muro de Facebook los días 31 de octubre, 13, 15, y 24 de noviembre de 2021, las cuales habían sido captadas en fechas anteriores, con el consentimiento de la esposa, y hacían referencia a «momentos agradables o lúdicos de la vida cotidiana de la familia, en muchas de las cuales aparece también el propio demandado». Pocos días antes, tal y como se recoge

²³⁷ Acerca de la responsabilidad civil y el daño en el ámbito de las relaciones familiares vid. V., Ivone, *Profili di danno endofamiliare*, Ed. G.Giapichelli, Torino, 2020, 1-10, 247-258.

²³⁸ (ECLI: ES:TS:2024:3537).

en la exposición de los hechos de la sentencia, el 14 de octubre de ese mismo año los «litigantes mantuvieron una conversación por la aplicación Messenger de Facebook, en términos normales y afectivos, sin que conste ningún dato objetivo de que, en el momento de la publicación de las fotografías, apenas unas semanas después, existiera ningún conflicto entre la, demandante y el demandado. La demandante había reaccionado con "jadore" a la publicación en fechas anteriores por su entonces esposo de algunas de las fotografías; había hecho el comentario "belle photo, très belle" a una fotografía publicada por el demandado el 14 de octubre de 2021, en el que aparece una imagen de la pareja; D. Genaro, amigo del demandado, publicó en Facebook, con el consentimiento de la demandante, imágenes de la boda de ambos litigantes y el propio demandado publicó en Facebook fotos de la boda, respecto de las cuales la esposa interactuó diciendo "jadore".».

Asimismo, se afirma en la descripción del supuesto de hecho que «La demandante manifiesta que la publicación de las fotografías en el muro de Facebook de su entonces marido se hizo sin su consentimiento, sin que el consentimiento para la realización de las fotografías en las que aparecía su imagen implique el consentimiento para su publicación. Aunque dos testigos coincidieron en manifestar que la demandante era muy reticente a la publicación de su imagen en redes sociales, las sentencias de instancia consideran que, en atención a las circunstancias, el demandado pudo razonablemente entender que estaba autorizado por su esposa para la publicación de las fotografías.» El juzgado de primera instancia desestimó la demanda, y apelada por la esposa fue también desestimada por la Audiencia Provincial considerando que no se podía calificar de intromisión ilegítima dicha publicación porque «"el consentimiento expreso otorgado por la actora para divulgar las fotografías a las cuales acabamos de aludir no puede extenderse más allá de esos concretos actos, por lo que su publicación no implica la concurrencia del consentimiento, ni mucho menos expreso, en cuanto a la inclusión de las fotografías objeto de disputa en el perfil de Facebook del demandado. Lo expuesto no impide que podamos valorar todas las circunstancias del caso para determinar los usos sociales y el contexto en el que se produjo la publicación de las fotografías objeto de la demanda". Tras descartar que cuando se publicaron las fotografías cuestionadas el matrimonio de los demandantes estuviera en crisis, declaró que "la Sra. Ariadna nada objetó directamente al demandado por la publicación de las fotografías, sino que lo hizo con la misma presentación de la demanda", y concluyó que "los usos sociales y el carácter inocuo o inofensivo de las fotografías dentro de un contexto familiar y matrimonial permitían su publicación por parte del marido de la apelante".»

La demandante interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia el cual fue admitido, pero fue desestimado por el Tribunal Supremo. El razonamiento vertido a tal fin se basa, como en la propia resolución se reconoció expresamente, en la ya mencionada STC 27/2020 y que se puede resumir en las siguientes afirmaciones: «es procedente recordar que, de acuerdo con el art. 2.1.º de la citada Ley Orgánica 1/1982, la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen queda delimitada no solo por las leyes sino también "por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia". Es, por tanto, relevante, analizar hasta qué punto las redes sociales han creado unos determinados "usos sociales" en la interacción de los internautas en esas redes y analizar también la trascendencia de la conducta del afectado por la publicación de su imagen en redes sociales, tanto para determinar si ha existido el "consentimiento expreso" que, según el art. 2.2.º de la citada Ley Orgánica 1/1982, excluye la existencia de intromisión ilegítima en los derechos de la personalidad, como para valorar cuál ha sido el ámbito que para sí mismo o su familia ha reservado el afectado por la publicación de su imagen en la red social de un tercero (art. 2.1.º de la citada Ley Orgánica 1/1982)». El alto tribunal sigue razonando que «La jurisprudencia ha entendido que la exigencia de consentimiento expreso no supone que el consentimiento haya de ser expresado formalmente pero sí que sea inequívoco, pudiendo considerarse así al que se deriva de actos concluyentes que expresen esa voluntad (sentencia del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre).»

No obstante, matiza la afirmación anterior señalando que «dados los usos sociales generados por las redes sociales, una actuación como la de la demandante, consintiendo en ser fotografiada por su marido cuando sabía que este era titular de una cuenta de Facebook, clicando "me gusta" o "j'adore" en varias de las fotografías colocadas en el muro de dicha cuenta de Facebook en las que aparecía la demandante (lo que además demuestra que accedía a dicha cuenta con regularidad), sin haber objetado en momento alguno a dicha conducta de su marido ni haberle solicitado que retirara las fotografías de su cuenta de Facebook, debe considerarse, apreciada en su conjunto, como una actuación concluyente demostrativa de consentimiento a que su imagen fuera no solo captada sino también publicada en la cuenta de Facebook por su marido.

Más aún en el contexto de una relación matrimonial como la que existía en ese momento, en la que, en caso de que un cónyuge no esté de acuerdo en el uso que el otro haga de su imagen en las redes sociales, la conducta razonable es hacérselo saber al otro cónyuge y solicitarle que retire las fotografías de su muro de Facebook, lo que, de acuerdo con el relato de hechos que establecen las sentencias de instancia, no ocurrió en este caso, en el que la primera muestra de oposición a la utilización por el demandado, en sus redes sociales, de la imagen de la demandante consistió en la interposición de la demanda, momento en que el demandado retiró las fotografías del muro de su cuenta de Facebook. Razón por la cual no existió una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen».

Es más, a continuación, se señala también que: «Lógicamente, esos usos sociales no justifican una exposición pública ilimitada de los hechos concernientes a la intimidad personal y familiar cuando afectan a otras personas, por más que estas pertenezcan al círculo familiar o de amigos cercano al titular de la cuenta de la red social, pues existen facetas que podrían calificarse como del ámbito más estricto de la intimidad en las que, para desvelarlas públicamente, ha de extremarse la exigencia de un consentimiento expreso e indubitado de la persona afectada. Lleva razón la demandante cuando argumenta que en el matrimonio "no todo vale" y que contraer matrimonio no supone una renuncia de los cónyuges que les despoje de sus derechos fundamentales en el seno de la relación matrimonial. Pero también es cierto que la relación de pareja supone un contexto relevante para el ejercicio de dichos derechos de la personalidad, en concreto los derechos a la intimidad y a la propia imagen, que ha de ser tomado en consideración para decidir si ha existido una intromisión ilegítima, por cuanto que supone compartir ámbitos de intimidad entre ambos cónyuges, y condiciona lo que pueda considerarse como actos concluyentes de prestación de consentimiento, a diferencia de otros contextos ajenos a esas relaciones de pareja».

Ahora bien, el criterio de los usos sociales junto con el comportamiento de la esposa llevó al tribunal a considerar que: «Sin embargo, en este caso, la cuestión relevante es que, habida cuenta de los usos sociales y de la propia conducta observada por la demandante (art. 2. 1.º y 2.º de la Ley Orgánica 1/1982), la actuación del demandado al publicar en su cuenta de Facebook fotografías en las que aparecía su entonces cónyuge y algunos miembros de su familia y amigos no puede considerarse como una intromisión en los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de la demandante. Esto hace innecesario llevar a cabo una ponderación entre tales derechos fundamentales y libertades públicas en la que haya de tomarse en consideración el interés general de las fotografías o valorar la concurrencia de las excepciones del art. 8 de la Ley Orgánica 1/1982.».

Desde mi punto de vista, el tribunal se equivoca al ignorar de manera notoria el hecho de que según resulta en la prueba testifical la demandante (la esposa) era muy reticente a la publicación de su imagen en redes sociales. Pero es que además, como ha puesto de relieve Romero Coloma en cualquier caso el ámbito de intimidad compartido deberá ser consensuado por los miembros de la pareja²³⁹ por lo que podrá verse aumentado o disminuido su alcance en cualquier momento si bien

²³⁹ Vid. A.Mª, Romero Coloma, "Derecho a la intimidad y matrimonio, *Actualidad jurídica Aranzadi* núm. 889/2014 (BIB 2014/2208).

con el límite de la buena fe. En tal sentido, una ampliación del ámbito de reserva no podrá afectar a los comportamientos llevados a cabo con anterioridad al mismo, no cabe el efecto retroactivo, pero no puede obligarse a una persona a mantener una esfera de intimidad menor que la que desea o necesita en cada momento de su vida, ya sea en pareja ya sea sola.

2) Otro de los problemas que se suscita cada vez con más frecuencia, sobre todo por el uso y abuso de las redes sociales por parte de adultos y niños, es el relativo a las intromisiones llevadas a cabo por los progenitores respecto de sus hijos²⁴⁰.

En relación a las mismas, es preciso tener muy presente, por una parte, que la patria potestad es de ejercicio dual (art. 156 CC) y, por lo tanto, corresponde a los dos progenitores y, por otra parte, que dentro del contenido de la misma se encuentra la obligación de velar por los hijos, tenerlos en su compañía, educarlos, procurarles una formación integral, etc. (art. 154 CC). Así las cosas, en principio la vulneración del derecho a la intimidad del hijo, aun cuando fuese realizada por uno solo de ellos, podría contar o presumirse que concurría el consentimiento del otro que no precisa del carácter expreso y, consiguientemente, resultar ambos progenitores responsables. En estos casos, dejando a salvo supuestos flagrantes de atentados contra el interés superior del menor o situaciones de crisis de la pareja, no estaríamos ante situaciones litigiosas pues serían de común acuerdo y ello, a pesar de su carácter ilícito y la consiguiente indefensión de los hijos.

En efecto, la situación de consenso paterno podría dar lugar a situaciones de auténtica vulneración del derecho a la intimidad del menor respecto de las cuales el hijo quedaría totalmente desamparado al ser sus legítimos representantes los que, lejos de velar por él, conculcan sus intereses con comportamientos que, a pesar de estar socialmente aceptados, constituyen una clara vulneración de su derecho a la intimidad.

En cuanto a los supuestos litigiosos, consecuencia fundamentalmente de una mala relación entre progenitores, sean o no pareja, desafortunadamente cada vez son más numerosos. En tal sentido, baste recordar, por ejemplo, la sentencia del TS de 24 de febrero de 2023 cuyos hechos precisamente se refieren a la divulgación en las redes sociales de la madre de imágenes de sus hijas durante la pandemia y su situación tras haber perdido la custodia de las niñas. En este caso, el tribunal consideró responsable al progenitor custodio (la madre) por la divulgación en un blog de su vida y la de sus hijas durante el confinamiento.

Como ya he señalado, en relación a este tipo de comportamiento, es llamativo, que sólo suele ser objeto de litigio cuando los padres atraviesan unas crisis en su relación de pareja y, es preocupante, porque nos encontramos con conductas atentatorias a los derechos de los hijos cuya ilicitud está a expensas de que se produzca una crisis de pareja. Es más, la exposición de los menores originariamente consentida o asumida, acaba siendo utilizada como material bélico en las separaciones y divorcios que pone el punto de mira en cada uno de los miembros de la pareja, pero casi nunca acierta y acaba alcanzando al objetivo errado, a los hijos, las auténticas víctimas.

En todo caso, en relación a las intromisiones consensuadas en el derecho a la intimidad llevadas a cabo por sus progenitores, de cuanto acaba de afirmarse, no puede concluirse, con certeza, que en un futuro no vayamos a encontrarnos con demandas presentadas por los hijos una vez alcanzada la mayoría de edad cuando sean conscientes o descubran su grado de exposición pública. Como ha evidenciado algún autor «estas conductas están tan arraigadas en la sociedad que nadie las cuestiona en el día a día. Paralelamente a ellas, se encuentra tipificado como un delito la utilización de los menores para la mendicidad, lo que es adecuado porque protege a los menores de ser explotados con dicho fin, pero habrá que plantearse si no es aún más reprochable ganar dinero (y sin tener aquella necesidad de los que piden limosna) enseñando públicamente a los hijos menores de edad a cualquier

²⁴⁰ Da una buena cuenta del estado de la cuestión en el ámbito judicial L, Cabedo Serna, “El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 13, agosto (2020), 78-103.

persona, refiriendo circunstancias privadas de ellos, aun cuando ninguna sea negativa, y todo ello con carácter permanente y perpetuo al incluirse las fotografías y la información en publicaciones impresas y digitales».²⁴¹

Es más, cabría añadir que, mediando una contraprestación económica nos encontraríamos con un evidente conflicto de intereses, los personales y patrimoniales de los padres y el superior del menor en cuyo caso ¿no sería necesario el nombramiento de un defensor judicial? Considero que la respuesta debe ser afirmativa, así lo exige el tenor literal del art. 163 CC al establecer que: «Siempre que en algún asunto los progenitores tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él. Se procederá también a este nombramiento cuando los progenitores tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar. Si el conflicto de intereses existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad».

De todas formas, habrá que esperar para saber qué ocurrirá con esos menores hijos de conocidos “influencers”, “vloggers” o “creadores de contenido”, que se cuelan cada día en las redes sociales de sus progenitores, quienes hacen partícipes a todos los que quieran ver la primera papilla de fruta, el primer baño, el primer diente, etc. En estos casos, como acabo de señalar tendremos que aguardar unos cuantos años para saber qué sucederá por cuanto por el momento, por una parte, no parece que el Ministerio Fiscal esté tomando medida alguna al respecto y, por otra parte, el mencionado art. 163 CC no se tiene en cuenta.

En este sentido, en la actualidad sólo cabe lamentar la extraordinaria pérdida de oportunidad del legislador de dotar no sólo de cierta seguridad y de un régimen jurídico adecuado, sino de proteger a los más vulnerables. Porque, si bien es cierto que, recientemente, la sociedad se preocupa por la exposición pública y el acceso ilimitado de los menores a las redes sociales, ello todavía no ha acabado de plasmarse en una concreta norma jurídica. Por el momento, sólo se ha implementado alguna medida en relación a estas nuevas “profesiones”, desde una perspectiva fundamentalmente crematística. Incluso, me atrevería a decir, recaudatoria. Así se desprende, sin necesidad de llevar a cabo una labor hermenéutica importante, del reciente Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

En el mencionado Real Decreto, la alusión a los colectivos vulnerables de menores y de personas con discapacidad apenas aparecen aludidos. La legislación española simplemente parece ser consciente de la creciente influencia de estos sujetos en el mercado audiovisual y publicitario no sólo nacional, sino europeo y mundial en general, y optó por regular, -más allá de las previsiones de obligado cumplimiento previstas en la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018-, la figura de los «influencers» del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, a los que técnicamente denomina «usuarios de especial relevancia que empleen servicios de intercambio de vídeo a través de plataforma», pero ha dejado fuera de su órbita la parte relativa a la instrumentalización que se hace de los hijos.

Por consiguiente, el régimen vigente en nuestro ordenamiento jurídico resulta, a todas luces, muy limitado, en el que se parte de la asimilación de los usuarios de especial relevancia como un tipo particular de prestadores del servicio de comunicación audiovisual. No obstante, habida cuenta de su especial naturaleza y de su carácter innovador, no los asimila completamente a los otros prestadores

²⁴¹ Cfr. M^a A., Calzadilla Medina, “Lo que la patria potestad no ampara”, *Revista de Derecho de Familia*, núm74/2017 (BIB 2017/10738), 17.

de servicios de comunicación audiovisual, ni les son aplicables todas las obligaciones propias de éstos.²⁴²

En concreto el art. 94.2 de la Ley 13/2022 nos dice que a efectos de la misma «tendrán la consideración de usuarios de especial relevancia aquellos usuarios que empleen los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma y cumplan de forma simultánea los siguientes requisitos: a) El servicio prestado conlleva una actividad económica por el que su titular obtiene unos ingresos significativos derivados de su actividad en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma; b) El usuario de especial relevancia es el responsable editorial de los contenidos audiovisuales puestos a disposición del público en su servicio. c) El servicio prestado está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él. d) La función del servicio es la de informar, entretener o educar y el principal objetivo del servicio es la distribución de contenidos audiovisuales. e) El servicio se ofrece a través de redes de comunicaciones electrónicas y está establecido en España de conformidad con el apartado 2 del artículo 3.»

La concreción de lo previsto en la norma anterior la encontramos en el art. 2 RD 444/2024 relativo al ámbito de aplicación²⁴³ a tenor del cual alcanza fundamentalmente a los denominados usuarios de especial relevancia. Entonces la pregunta es: ¿Qué se entiende por este tipo de usuarios?

A la hora de configurar y delimitar esta figura, hasta este momento de contornos bastante imprecisos, se tienen en cuenta una serie de datos, tanto de carácter cuantitativo como cualitativo. Es decir, el número de seguidores, el impacto que genera (intercambio de vídeos o publicaciones)²⁴⁴ y los ingresos, tal y como se recoge en el art. 3 del Real Decreto, estos últimos además deberán tener la consideración de significativos²⁴⁵.

²⁴² Así pues, el artículo 94.1 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, considera a los usuarios de especial relevancia prestadores de servicios de comunicación audiovisual a efectos del respeto a los principios generales de la prestación del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma contenidos en el artículo 86 de la precitada norma y del cumplimiento de las obligaciones en materia de protección de menores y de comunicaciones comerciales audiovisuales previstas en los apartados 1 y 4 del artículo 99, y en las secciones 1.ª y 2.ª del capítulo IV del título VI respectivamente de la precitada ley.

Por su parte, el artículo 94.3 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, recoge un listado de sujetos excluidos del cumplimiento de las obligaciones recogidas en el artículo 94.1, mientras que el artículo 94.4 establece la obligación de los usuarios de especial relevancia de inscribirse en el Registro estatal previsto en el artículo 39 de la ley mencionada.

Por lo tanto, con arreglo a la citada disposición final séptima de la Ley 13/2022, de 7 de julio, el presente Real Decreto se elabora con el objetivo de concretar los requisitos previstos en las letras a) y c) del artículo 94.2, cuya aprobación supondrá la entrada en vigor del artículo 94.

²⁴³ Específicamente el mencionado art. 2 prevé que: «1. Este real decreto resultará de aplicación a aquellos usuarios, ya sean personas físicas o jurídicas, de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma que cumplan, de forma simultánea, los requisitos recogidos en el artículo 94.2 de la Ley 13/2022, de 7 de julio. Los requisitos previstos en las letras a) y c) de dicho precepto se concretan en los artículos 3 y 4 del capítulo II respectivamente.

²⁴⁴ De conformidad con lo establecido en el artículo 94.2.c) de la Ley 13/2022, de 7 de julio, se considerará que un servicio de responsabilidad de un usuario está destinado a una parte significativa del público en general y puede tener un claro impacto sobre él cuando cumpla, de forma cumulativa, los siguientes requisitos: a) Que el servicio alcance, en algún momento del año natural anterior, un número de seguidores igual o superior a 1.000.000 en un único servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma; o un número de seguidores igual o superior a 2.000.000, de forma agregada, considerando todos los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en los que el usuario desarrolle su actividad. b) Que, en el conjunto de servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma en los que el usuario desarrolle su actividad, se haya publicado o compartido un número de vídeos igual o superior a 24 en el año natural anterior, con independencia de su duración.

²⁴⁵ Se consideran ingresos significativos en virtud del art. 3: «1. De conformidad con lo establecido en el artículo 94.2.a) de la Ley 13/2022, de 7 de julio, tendrán la consideración de ingresos significativos, los ingresos brutos devengados en el año natural anterior, iguales o superiores a 300.000 euros, derivados exclusivamente de la actividad de los usuarios en el conjunto de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma que empleen. 2. Los ingresos computables para determinar los ingresos significativos serán los siguientes: a) Ingresos obtenidos, tanto de remuneraciones dinerarias como en especie, por la comercialización, venta u organización de las comunicaciones comerciales audiovisuales que acompañen o se inserten en los contenidos audiovisuales responsabilidad de los usuarios que empleen servicios de

De nuevo se ha dejado pasar una buena ocasión para regular de forma precisa, y de acuerdo con la demanda social, esta figura, muy arraigada ya, y que ha revolucionado no sólo el mundo de la comunicación, sino también las relaciones sociales y, en algunos casos, de forma muy notoria las relaciones familiares. Baste simplemente pensar en la proliferación y gran éxito de series documentales cuyo contenido consiste en mostrar retazos de la vida de conocidas o nuevas sagas familiares.²⁴⁶

A esta nueva “profesión” es evidente que le son de aplicación las normas de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual en lo que se refiere a la protección de los menores, pero también lo es que sus previsiones no son, en absoluto, suficientes, puesto que está más pensada desde una perspectiva general que no contempla el fenómeno creciente de que sean los propios progenitores los que expongan a sus hijos en las redes sociales. Es un hecho probado que la utilización de los menores aumenta el número de likes y, en cierto modo, el de seguidores. Los hijos son un reclamo indiscutible en este tipo de publicaciones y, por lo tanto, quedan totalmente expuestos a pesar de la reciente regulación que, si bien es innegable que alude a la dignidad humana²⁴⁷, a las personas con discapacidad²⁴⁸ y a los menores de edad²⁴⁹, lo hace desde una óptica que, prácticamente, nada aporta cuando nos encontramos ante el «uso» de los hijos en redes sociales. En efecto, la protección de los menores en los arts. 83 y 89 de la ley está más orientada al menor consumidor de servicios que al menor protagonista²⁵⁰, como lo demuestra el hecho de que se fijen franjas horarias para determinados

intercambio de vídeos a través de plataforma. b) Ingresos percibidos por los usuarios procedentes de los prestadores de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma por razón de su actividad en dichos servicios. c) Ingresos percibidos por la actividad de los usuarios provenientes de cuotas y pagos abonados por su audiencia en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. d) Ingresos procedentes de prestaciones económicas concedidas por administraciones y entidades públicas, cualquiera que sea su denominación y naturaleza, relacionados con la actividad de los usuarios en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma. e) Otros ingresos obtenidos por la actividad de los usuarios en los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma no previstos en las letras anteriores de este apartado

²⁴⁶ Así por ejemplo cada vez son más las plataformas de pago cuyos programas estrella son reportajes sobre deportistas, actores, cantantes o influencers que ocupan los primeros puestos de rankings nacionales e internacionales.

²⁴⁷ Artículo 4. Dignidad humana. «1. La comunicación audiovisual será respetuosa con la dignidad humana y los valores constitucionales. 2. La comunicación audiovisual no incitará a la violencia, al odio o a la discriminación contra un grupo o miembros de un grupo por razón de edad, sexo, discapacidad, orientación sexual, identidad de género, expresión de género, raza, color, origen étnico o social, características sexuales o genéticas, lengua, religión o creencias, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, nacionalidad, patrimonio o nacimiento. 3. La comunicación audiovisual respetará el honor, la intimidad y la propia imagen de las personas y garantizará los derechos de rectificación y réplica, en los términos previstos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación y Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales. 4. La comunicación audiovisual no contendrá una provocación pública a la comisión de ningún delito y, especialmente, no provocará públicamente la comisión de un delito de terrorismo, de pornografía infantil o de incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por motivos racistas, xenófobos, por su sexo o por razones de género o discapacidad en los términos y sin perjuicio de lo previsto en el Código Penal».

²⁴⁸ Artículo 7. Personas con discapacidad. 1. La comunicación audiovisual favorecerá una imagen ajustada, respetuosa, apreciativa, inclusiva y libre de estereotipos de las personas con discapacidad. 2. Se promoverá la autorregulación para garantizar que la presencia de personas con discapacidad sea proporcional al peso y a la participación de dichas personas en el conjunto de la sociedad. 3. Se garantizará la accesibilidad universal del servicio de comunicación audiovisual en los términos previstos en los títulos IV y VI».

²⁴⁹ Vid artículo 83 rubricado como «Protección de los menores en el servicio de comunicación audiovisual radiofónico y en el servicio de comunicación audiovisual sonoro a petición»

²⁵⁰ Sin perjuicio de lo previsto en el art. 90 de la ley relativo a los datos de los menores: «Datos personales de menores. Los datos personales de menores recogidos o generados de otro modo por prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma de conformidad con lo previsto en el artículo 89 no podrán ser tratados con fines comerciales, como mercadotecnia directa, elaboración de perfiles o publicidad personalizada basada en el

contenidos, como los juegos de azar, las apuestas, o las pautas a seguir en los informativos. Además, resulta a mi juicio llamativo que, tratándose de colectivos vulnerables, no se haga mención alguna al Ministerio Fiscal cuya legitimación para actuar estaría fuera de toda duda aun cuando no exista una previsión legal expresa al respecto en esta normativa, baste pensar en su Estatuto²⁵¹.

Podría afirmarse que, en la actualidad, el ámbito jurídico la Ley de Comunicación Audiovisual es muy amplio porque abarca sus más variadas modalidades y formas, quizá eso haya contribuido la complejidad de establecer una regulación más detallada del régimen jurídico específico y, por ello, no se haya conseguido, a pesar del esfuerzo realizado para su desarrollo en el RD 444/2024.

Por lo demás, la normativa citada, como suele ser frecuente en estos tiempos, muestra una mayor preocupación por el castigo que por la prevención, de ahí que se establezca un completo elenco de sanciones leves, graves y muy graves, perteneciendo a este último grupo las que puedan perjudicar el desarrollo físico, mental o moral de los menores²⁵² y, sin embargo, apenas se establezcan obligaciones, más allá de la obligación de registro en su artículo 87²⁵³ y de alguna otra de alcance general. Así en el art. 88 se obliga a los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma a adoptar medidas para proteger: «a) A los menores de los programas, de los vídeos generados por usuarios y de las comunicaciones comerciales audiovisuales que puedan perjudicar su desarrollo físico, mental o moral», pero no se especifica el supuesto de hecho de sean los padres los que cometan las intromisiones ilegítimas en la esfera de la personalidad de los hijos.

¿Tiene alguna justificación semejante olvido? Quizá se omite porque parezca imposible por antinatural, pero que, sea como fuere o por lo que fuere, se ha convertido en algo natural y, por lo tanto, en algo sobre lo que habría que reflexionar y tomar alguna medida. La propia redacción empleada le confiere un valor más programático que real, dejando aparte el hecho, ya referido, de que no tiene en mente que sean los propios prestadores de servicios de intercambio de vídeos, las personas a quienes les corresponde por ley velar por los intereses de los menores, de *sus* menores, los que los expongan mediáticamente sin pudor alguno.

3) Por último, el problema más acuciante, y quizá menos tratado desde el punto de vista de la responsabilidad civil, sea el relativo a las intromisiones ilegítimas llevadas a cabo por los propios hijos. Pensemos, por ejemplo, en la publicación en la cuenta de Instagram del hijo de unas imágenes de sus padres disfrutando de unos días de vacaciones en la playa.

Cuando se habla de responsabilidad civil, a diferencia de lo que ocurre en otros ámbitos civiles, como, por ejemplo, en la contratación, o en el ámbito del Derecho penal, se prescinde, al menos de forma inmediata, de la edad y del grado de madurez del menor. No hay que olvidar que, en principio, estaríamos hablando de una responsabilidad *ex art.* 1903 CC en la que serían los progenitores los responsables de los daños cometidos por la conducta de sus hijos, lo que supondría, en este contexto, la paradoja de que serían responsables de los daños causados por otros (sus hijos) y sufridos por ellos mismos en su derecho a la intimidad, sobre todo teniendo en cuenta cómo se viene interpretando el mencionado artículo por la jurisprudencia. Como se verá, este *modus operandi*, muy cuestionado, resulta especialmente problemático en relación a los derechos de la personalidad si cuando se acredita

comportamiento. Sin perjuicio de lo anterior, en todo caso, el tratamiento de datos de menores quedará sometido a lo previsto en la normativa de protección de datos y, en particular, en lo establecido en el artículo 8 del Reglamento (UE) 679/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE y al artículo 7 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre».

²⁵¹ Vid. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, (BOE núm. 11, de 13 de enero de 1982).

²⁵² Vid. art. 88. a) de la Ley.

²⁵³ En concreto este artículo establece que: «Los prestadores del servicio de intercambio de vídeos a través de plataforma deberán inscribirse en el Registro previsto en el artículo 39 conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 37».

la intromisión ilegítima el daño se presume y esa presunción, según la jurisprudencia, es *iuris et de iure*²⁵⁴.

Un análisis de cierto calado de la cuestión planteada debe partir, aunque sea un lugar común y no sea ésta la sede más adecuada para tratarlo en profundidad, del art. 1902 del CC y, por lo que este contexto interesa, del art. 1903 CC.

La responsabilidad civil de los padres por los daños causados por sus hijos menores encuentra su base legal en el art. 1903.2 del CC que prevé lo siguiente: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda». Sin embargo, también hay que destacar que ese mismo artículo en su sexto párrafo establece que: «La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño». En consecuencia, cabe colegir que la responsabilidad de los padres tiene su fundamento en la culpa o negligencia *in vigilando* o *in educando* en la que éstos habrían incurrido. La responsabilidad paterna se fundaría, sin ambages, en criterios subjetivos. De todas formas, existen autores, como ya he puesto de relieve en páginas anteriores, que consideran superada la culpabilidad como elemento esencial de la responsabilidad civil de los padres²⁵⁵. A este posicionamiento ha contribuido, sin duda, también la respuesta de los tribunales que dan primacía a otros criterios como el riesgo o la garantía de la reparación del daño causado a la víctima y que, por lo tanto, apenas permiten a los progenitores exonerarse de responsabilidad en virtud del art. 1903.6 CC y probar una conducta diligente con lo cual, inevitablemente, se da entrada a una responsabilidad objetiva alejada totalmente del juicio de culpabilidad²⁵⁶.

Comparto la opinión de Rogel Vide²⁵⁷ quien considera que en la práctica forense se ha consagrado la doctrina de desestimar de forma generalizada la posibilidad de exoneración de responsabilidad de los padres en aras de facilitar el resarcimiento de la víctima del daño. Dicho de otro modo, los progenitores responderán no por incumplir la obligación de vigilar a los hijos, en cuyo caso no supondría quebranto alguno del principio del art. 1902 CC, sino por haberse causado un daño a un tercero, siendo la garantía del resarcimiento lo que desplaza al criterio de culpa *in vigilando* y/o *in educando* de los progenitores cuando ésta no existe²⁵⁸.

En mi opinión, tal solución, carece de justificación en la actualidad, aunque tampoco la tenía a mi juicio antes del año 2015. En efecto, tras la reforma operada por el art. 2.8 de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia, se cambia la redacción del art. 154 CC²⁵⁹ eliminándose la facultad de los progenitores de corregir de manera razonable y moderada a sus hijos, aun cuando se mantiene inalterada la exigencia de una educación adecuada, algo que resulta totalmente contradictorio por no decir impracticable.²⁶⁰

Claramente se ha optado por primar los intereses de la víctima exacerbando la responsabilidad parental, de tal modo que acaba adquiriendo carta de naturaleza en el ámbito jurídico la máxima social

²⁵⁴ Vid. vgr. STS de 27 de junio de 2023 (ECLI:ES:TS:2023:2894).

²⁵⁵ Por todos vid R., Bercovitz Rodríguez-Cano, «La responsabilidad derivada de los daños causados por los menores», *Revista doctrina Aranzadi Civil-Mecantil*, núm. 4/2006, Tribuna.

²⁵⁶ En un sentido semejante ya se había manifestado buena parte de la doctrina, vgr. vid. M. Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos y consecuencias*, Ed. Dykinson, Madrid, 2015, 307.

²⁵⁷ Cfr. C., Rogel Vide, *Responsabilidad civil de los padres por los hechos Responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos: En torno al artículo 1903 del Código Civil*, Ed. REUS, Madrid, 2018, 19.

²⁵⁸ Cfr. A., Paños Pérez. *La responsabilidad de los padres por los daños causados por menores e incapacitados*, Ed. Atelier, Barcelona, 2010, 48.

²⁵⁹ El art. 154 in fine del CC, antes de su reforma, establecía que: «Los padres podrán, en el ejercicio de su patria potestad, [...] corregir razonable y moderadamente a los hijos».

²⁶⁰ Acerca de la reforma y la actual relación de desigualdad entre padres e hijos vid. S., Martínez del Toro, «Alcance de la responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores», en *Actualidad Civil* [revista electrónica], n.º 7, 2019.

de que los padres deben responder por los daños ocasionados por sus hijos menores, independientemente de su grado de diligencia, sin distinción de franjas y de su situación concreta.

Sin embargo, esta solución que parece justa desde la perspectiva del que sufre el daño, no sólo es difícil de fundamentar jurídicamente mientras la base legal se mantenga en el art. 1903 CC, sino que resulta totalmente contraria a la realidad jurídica que se ha venido forjando a lo largo de muchos años, me estoy refiriendo a la relativa al proceso de desarrollo y madurez de los menores a quienes se les ha venido a reconocer una esfera de actuación con eficacia jurídica nada desdeñable²⁶¹.

Sin necesidad de apelar a la responsabilidad penal de los menores de edad, en el Derecho civil son muchos los preceptos que reconocen esa posibilidad de actuación y, por consiguiente, de responsabilidad de los menores, baste recordar la emancipación, la facultad de otorgar testamento, de adquirir la posesión, la capacidad contractual, y un largo etc., todo lo cual choca frontalmente, no sólo con la interpretación paternalista que se hace del art. 1903 CC, sino también con la necesidad de que un aumento de derechos (de los menores) vaya acompañado también del correlativo aumento de responsabilidades. Precisamente a ello alude la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (LOPJM), en general en su art. 5 y en distintos ámbitos como el digital (art. 9 bis)²⁶² y, por lo que en este contexto interesa, especialmente en el ámbito social (art. 9 *quinquies*), en el que se prevé expresamente que: «1. Los menores deben respetar a las personas con las que se relacionan y al entorno en el que se desenvuelven. 2. Los deberes sociales incluyen, en particular: a) Respetar la dignidad, integridad e intimidad de todas las personas con las que se relacionen con independencia de su edad, nacionalidad, origen racial o étnico, religión, sexo, orientación e identidad sexual, discapacidad, características físicas o sociales o pertenencia a determinados grupos sociales, o cualquier otra circunstancia personal o social. b) Respetar las leyes y normas que les sean aplicables y los derechos y libertades fundamentales de las otras personas, así como asumir una actitud responsable y constructiva en la sociedad». Sin olvidar, por supuesto, el Código Civil, los deberes contenidos en su art. 155 a tenor del cual «los hijos deben: 1º Obedecer a sus padres mientras permanezcan bajo su potestad, y respetarles siempre (...)».

Desde mi punto de vista, si lo afirmado hasta el momento lo trasladamos al ámbito en el que nos movemos, no parece aceptable sostener que estamos ante menores sin discernimiento, pues cuando los menores llevan a cabo comportamientos como el descrito que compromete la intimidad de sus progenitores en las redes sociales salvo en supuestos muy excepcionales y extremos²⁶³, la conducta suele ser consciente y ese menor seguramente tendrá como mínimo 13 años. Y es, justamente, en este ámbito en el que no parece que estemos ante menores sin discernimiento, en cuyo caso la responsabilidad de los padres no sería cuestionable, sino todo lo contrario estaremos, por lo general, ante conductas llevadas a cabo por menores con madurez suficiente, en relación a los cuales un respeto excesivo al libre desarrollo de su personalidad, imperativo, a tenor de las últimas reformas, deja a los padres con muy poco margen de maniobra a la hora de cumplir con su obligación de velar y educar.

²⁶¹ En este sentido vid. M^a C, Lorente López, “La vulneración de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de lo menos a través de las Nuevas Tecnologías”, *Aranzadi Doctrinal* núm. 2/2015, (BIB 2015\258).

²⁶² Cuyo tenor literal es el siguiente: «1. Los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo. Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos.»

²⁶³ Pensemos, por ejemplo, en el caso de un menor que jugando con el móvil de su madre comparte y publicite una fotografía de ésta sin ser consciente de ello.

En definitiva, cuando el hijo es un menor con madurez suficiente y, por lo tanto, consciente de la ilicitud de su comportamiento, no es fácil mantener la responsabilidad parental²⁶⁴, menos aun en un momento como el actual, tal y como ya he apuntado, en el que los progenitores se han visto privados de autoridad a la vez que los menores han visto aumentados sus derechos y posibilidades de actuar jurídicamente, de ahí que debieran asumir más responsabilidad²⁶⁵.

Por lo demás, no plantea problemas la responsabilidad del menor emancipado que estaría exenta de dudas puesto que la patria potestad se ha extinguido (art. 247 CC) y, por lo tanto, sería de aplicación el art. 1902 CC (responsabilidad por hecho propio). Ahora bien, no puede afirmarse lo mismo en el supuesto contemplado en el art. 249 CC²⁶⁶ que se refiere al menor que vive independientemente con el consentimiento de los padres, porque nos sitúa ante un panorama muy diverso: La emancipación de hecho que en el mismo se contempla puede ser revocada en cualquier momento, por lo que volvería a estar vigente la patria potestad y, de ahí, la eventual responsabilidad de los padres por los daños causados por sus hijos menores de edad (art. 1903.6 CC).

Llegados a este punto, no me queda sino reiterar que considero que es, cuando menos cuestionable, atribuir a los padres la responsabilidad por los daños causados por los hijos menores pero mayores, sobre todo en un régimen de responsabilidad subjetiva o por culpa y, por lo tanto, por daños que han sido causados por una persona con suficiente capacidad de entender y de querer para la realización de la conducta.

Así las cosas, en lo que respecta a la cuestión planteada en este trabajo, me parece coherente sostener que si los menores y/o grandes menores se desenvuelven en el entorno virtual con cierta independencia y autonomía, sobre la base del progresivo reconocimiento de su capacidad de obrar, y pueden prestar consentimiento por ellos mismos respecto de los actos relativos a sus derechos de la personalidad (arts. 162.2 1 CC art. 3.1 LO 1/ 1982 y art. 2 LOPJM), parece razonable concluir que deberían ser también responsables de los daños que puedan cometer como consecuencia de su actuación y ello, de forma especial, en el entorno virtual, lo cual debería tener su reflejo en los arts. 1902 y 1903 CC puesto que, el art. 1902 CC no exige una edad determinada, sólo se refiere a menores, y sí exige la concurrencia de culpa o negligencia lo cual comporta esa cierta capacidad de entender y de querer, la cual, como la propia realidad demuestra, no está esencialmente ligada al hecho de cumplir 18 años. En tal sentido, baste recordar la existencia de la imputabilidad a los 14 años en nuestro Código Penal.

Sería bueno que replantearse la interpretación del art. 1903 CC en relación a los representantes legales de los menores cuando éstos tengan suficiente madurez o lo que es lo mismo suficiente capacidad intelectual y volitiva. Tampoco estaría de más revisar la LO 1/1982 y la LOPJM puesto que hoy en día, el peligro que se cierne sobre los menores no son los medios de comunicación, como lo era en el momento de la promulgación de ambas normativas²⁶⁷, sino las redes sociales en las que participan de forma muy activa y en las que se desenvuelven, cuando menos, casi de igual forma, sino con más pericia, que los adultos, en definitiva, que sus progenitores.

²⁶⁴ Sobre este sentir doctrinal vid. S., Diaz Alabart, “La responsabilidad por actos ilícitos dañosos de los sometidos a patria potestad y tutela”, *Anuario de Derecho Civil*, (1987), III, 856-858.

²⁶⁵ En un sentido semejante, M^a L., Atienza Navarro “La responsabilidad civil de los padres por los hechos dañosos de sus hijos menores de edad” en De Verda y Beamonte (Coord.), *Responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, 450.

²⁶⁶ Artículo 243 CC: «Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que, con el consentimiento de los progenitores, viviere independientemente de estos. Los progenitores podrán revocar este consentimiento».

²⁶⁷ En este sentido se ha pronunciado A., Sánchez Gómez, “El marco normativo tradicional para la protección de los derechos de la personalidad del menor. ¿Alguna asignatura pendiente en el siglo XXI?”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2016, (BIB 2016\85671), 30-31.

Esta idea parece que comienza a imponerse al menos en otros contextos dentro del Derecho civil y así por ejemplo la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) de 15 de enero de 2024²⁶⁸ reconoce la posibilidad de desheredar a un menor de edad si tiene madurez suficiente. El Centro Directivo realiza un recorrido detallado de la importante transformación que ha experimentado la situación de los menores de edad. Es más, en el repaso que hace de la normas del Código Civil ejemplo de ese progresivo reconocimiento de madurez y, consiguiente capacidad del menor, considero oportuno destacar la siguiente afirmación: «En la esfera contractual, el artículo 1263 del Código Civil, tras la reforma de la Ley 8/2021, establece que «los menores de edad no emancipados podrán celebrar aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales»; en la esfera extracontractual, el ordenamiento extiende en principio la responsabilidad extracontractual del menor a los guardadores por una presunción de negligencia («culpa in vigilando»), responsabilidad que cesa cuando prueban que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia (artículo 1903) y en tal caso responderá el menor con su patrimonio»; aseveración muy expresiva y elocuente de la postura que he defendido, sobre todo en lo tocante al art. 1903 CC.

Asimismo, conviene tener muy presente que ya en la LOPJM, que ha sido objeto de numerosas reformas, se reconoce una mayor capacidad a los menores de edad según las circunstancias y se positiviza el principio general de que «las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva y, en todo caso, siempre en el interés superior del menor» (artículo 2.1, segundo párrafo). También de su contenido actual se deduce la existencia de un elenco de derechos que presuponen ciertas posibilidades de discernimiento: buscar, recibir y usar información adecuada a su desarrollo, libertad de ideología, conciencia y religión, asociaciones infantiles y juveniles, manifestaciones pacíficas, libertad de expresión y derecho a ser oído en el ámbito familiar, administrativo y judicial. Pero, sobre todo, no hay que perder de vista la introducción de la responsabilidad del menor como contrapeso al reconocimiento de una amplia gama de derechos, en los más y distintos ámbitos²⁶⁹.

4. Conclusiones.

Uno de los grandes desafíos a los que se enfrenta el Derecho en el siglo XXI lo constituye, sin duda, la impronta que las redes sociales tienen en la vida de las personas tanto social como jurídicamente. El uso de internet abre múltiples y variadas vías de comunicación, de ahí que no resulte extraño que este fenómeno sea una constante fuente tanto de satisfacción para sus usuarios como de disgustos.

Una de las muchísimas consecuencias de lo afirmado anteriormente, es que el contenido del derecho a la intimidad se ha visto muy relativizado, pero ello no ha supuesto una degradación del mismo. Al contrario de lo que pueda parecer, su protección es en la actualidad más importante y necesaria que hace algunos años pues son muchos más los peligros que lo acechan, algunos todavía de consecuencias desconocidas. La tecnología evoluciona de manera extraordinaria, se nutre de muy distintos elementos, siendo uno de ellos precisamente nuestra intimidad, y lo hace a una velocidad vertiginosa imposible de alcanzar por el Derecho.

No obstante, la invasión de las redes sociales nos ha traído consecuencias que ya no podemos tildar de novedosas, pero que cada vez tienen mayor incidencia en la esfera de los derechos de la persona y en las relaciones familiares, lo cual constituye un importante desafío que debería ser afrontado con cierta urgencia. Sin ir más lejos, como se ha puesto de relieve en el presente trabajo, las consecuencias

²⁶⁸ BOE núm. 48, de 23 de febrero de 2024.

²⁶⁹ Los deberes se han introducido a raíz de la reforma operada en el art. 9 de la LOPJM por la LO 8/2015, de 22 de julio.

pueden ser de lo más variopintas, pero en el seno de la familia pueden ser catastróficas, tanto desde el punto de vista individual como colectivo.

Nos encontramos, de un lado, con padres analógicos, pero conversos digitalmente, cuando menos por necesidad y, de otro lado, con hijos digitales víctimas de una realidad virtual a veces propia, muchas veces familiar y, en ocasiones, ajena.

Esta situación tiene su reflejo, por una parte, en la proliferación de nuevos profesionales de la comunicación audiovisual, en la figura de los conocidos como *influencers* y, por lo que en este contexto interesa, aquéllos que utilizan a sus hijos en sus cuentas de Instagram, tictoc, sobre todo desde que toman conciencia de que hacerlo supone un aumento considerable de *followers* y, por lo tanto, de su impacto comercial. Como he afirmado se trata de una materia relativamente nueva porque ya existen numerosos estudios sobre la misma, ahora bien, la mayoría lo abordan desde una perspectiva distinta a la que he pretendido desarrollar en el presente trabajo y además, muchos de esos estudios, fueron publicados con anterioridad al RD 444/2024, de 30 de abril por el que se regulan los requisitos para que ser considerado usuario de especial referencia y en el que se focaliza su regulación desde un punto de vista esencialmente económico.

Por otra parte, no es un asunto pueril, el que se refiere a la responsabilidad de los menores por sus actuaciones en las redes sociales, ocupando un lugar destacado, por su escaso tratamiento, el relativo a la responsabilidad de los progenitores respecto de los hijos sometidos a la patria potestad, que estaría fundada en su propia falta, por cuanto no los han educado o vigilado adecuadamente. Incluso aunque lo hubieran hecho no habría resultado relevante habida cuenta de la interpretación que se hace del art. 1903.6 CC. Entonces, la cuestión fundamental es, cómo hacerlo cuando se ha suprimido la posibilidad de corregirlos, o cuando se ha llevado a tal extremo el principio de libre desarrollo de su personalidad. En definitiva ¿cómo se puede formar una personalidad sin aprendizaje? ¿cómo se puede aprender si no se poder corregir?

A pesar del sistema culpabilístico del Código Civil, los padres van a responder objetivamente por el daño causado por sus hijos, con independencia de su actuación diligente y con independencia de la situación concreta del hijo que comete el daño, pues apenas se analiza más allá del hecho de ser menor.

Cuando estamos ante la vulneración del derecho a la intimidad de los progenitores llevado a cabo por sus hijos, la solución anterior resulta, a mi juicio, como ya he avanzado a lo largo de mi trabajo absolutamente desacertada.

Por lo demás, como también he puesto de relieve, considero que las últimas reformas llevadas a cabo en materia de capacidad de la persona proporcionan un contexto que debería ser, como mínimo, proclive a revertir la situación actual y reconsiderar, la denominada modernamente, responsabilidad parental y ponderar además del comportamiento de los padres, la edad del menor, la conducta llevada a cabo por éste, su personalidad etc. El proceso de desarrollo del menor no puede concebirse como una situación generadora exclusivamente de beneficios, como el ejercicio por ellos mismos de sus derechos de la personalidad, sino que debe comportar también responsabilizarse de sus actos. En definitiva, que sean ellos los que sufran sus consecuencias y no los padres a quienes, además, las últimas reformas y la realidad social han expropiado parte de su papel dejándoles hoy un margen de actuación inversamente proporcional a la responsabilidad que se les exige.

LA RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DE LA VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES ENTRE CÓNYUGES Y CONVIVIENTES. EN PARTICULAR, LA VULNERACIÓN DEL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

José Manuel Martín Fuster*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Régimen jurídico aplicable; 2.1.-Principales caracteres y principios de la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. 3. La intromisión en el derecho al honor; 3.1. Vulneración del deber de fidelidad. 3.2. Libertad de información, libertad de expresión y la propagación de rumores sobre la paternidad. 3.3. Difusión de vida privada y supuestos malos tratos. 4. Vulneración del derecho a la intimidad; 4.1. Revelación de datos íntimos de la vida en pareja; 4.1.1. Caso de la STS 27/10/2011, n. 775/2011. Datos sobre la vida sexual de otra persona. 4.1.2. Caso de la STS 29/06/2020, n. 367/2020. Revelación de un aborto; 4.1.3. Caso de la STS 23/01/24, n. 87/2024. Datos sobre relaciones extramatrimoniales; 4.1.4. Caso de la STS 23/01/2024, n. 86/2024. Datos sobre la relación de pareja pasada; 4.2. Algunos supuestos en el ámbito penal; 5. Vulneración del derecho a la propia imagen; 6. Responsabilidad civil y derechos fundamentales de los menores 7. Una visión del derecho italiano en la materia; 7.1. Responsabilidad civil y derechos fundamentales; 7.2. La protección en Italia del derecho a la imagen; 8. Conclusiones.

1. Introducción.

En este trabajo abordaremos la responsabilidad civil que puede surgir de las vulneraciones de los derechos fundamentales entre cónyuges y convivientes. Así, nos centraremos en examinar diferentes conductas y casos que, por su gravedad, puedan lesionar derechos fundamentales del cónyuge, de la pareja o de los hijos, ya que ello plantea la posibilidad de reclamar, en el ámbito civil, la responsabilidad extracontractual prevista en el art. 1902 del Código Civil español (en adelante CC), y ello sin perjuicio de otras consecuencias que puedan derivar de estas conductas, como la responsabilidad penal.

Dentro de estos derechos fundamentales, examinaremos principalmente conductas que vulneran el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Podemos decir que esta terminología es propia del derecho español, en concreto la utilizada por nuestra Constitución Española, ya que en el ámbito europeo se suele hablar de privacidad, en concreto del respeto a la vida privada y familiar (como en el art. 8.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos humanos y las Libertades Fundamentales), y del derecho a la imagen.

También debemos destacar en este ámbito, que en la sociedad actual cobra cada vez más protagonismo el uso de nuevas tecnologías, como puede ser internet, redes sociales, dispositivos de captación de sonido o imágenes, o la presencia cada vez mayor de la inteligencia artificial. Dicha tecnología puede dar lugar a realizar conductas que pueden vulnerar derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la intimidad personal y familiar.

Entre las conductas que podemos encontrar en la actualidad y que presentan conflictos judiciales en esta materia, podemos señalar una amplia variedad. Como meros ejemplos, podemos citar el espionaje entre cónyuges, normalmente para intentar descubrir una posible infidelidad que se sospecha, o descubrir algún otro secreto que pueda afectar a la familia; la revelación de la vida íntima de la pareja o exparejas, normalmente a título lucrativo; la difusión de imágenes o vídeos personales sin consentimiento; o respecto a los hijos menores, la difusión de sus imágenes o el control por parte

* Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil de la Universidad de Málaga (España)

de los padres que en ocasiones sobrepasan los límites permitidos, generalmente en lo que respecta a sus dispositivos electrónicos y redes sociales.

Como vemos, cuando tratamos la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares, nos encontramos actualmente con un conjunto muy heterogéneo de supuestos, cada uno con sus particularidades. Así, para comprender y analizar correctamente el conflicto que surja, habrá que tener en cuenta diferentes normas que cuentan cada una con su diferente naturaleza²⁷⁰.

Además, para terminar, se dará una visión de conjunto en lo que respecta al derecho italiano en esta materia. Se examinará especialmente la regulación y la jurisprudencia al respecto, destacando algunos casos de responsabilidad civil intrafamiliar.

2. Régimen jurídico aplicable.

En cuanto al ordenamiento jurídico español y la normativa a tener en cuenta respecto a responsabilidad por derechos fundamentales en el ámbito familiar, conviene empezar señalando el derecho contenido en el artículo 10 de la Constitución Española (en adelante CE), que reconoce la dignidad de la persona, y los derechos recogidos en los arts. 18.1, 18.3 y 18.4 de la CE, que garantizan el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, así como al secreto de las comunicaciones. Además, se recoge la garantía de protección reforzada de los derechos fundamentales, en clave de tutela judicial, consagrada en los artículos 24 y 53 de la CE.

En cuanto a la responsabilidad civil, deberemos seguir las normas de nuestro Código Civil, en particular el art. 1902 CC. Este artículo es el precepto general en materia de daños contractuales, y establece que el que por acción u omisión cause daño a otro, con culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño.

Respecto a la normativa de desarrollo que puede afectar a estos derechos fundamentales, podemos señalar las siguientes:

Por un lado, 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.

Por otro, en lo que respecta la protección de datos, tenemos la Ley Orgánica de Protección de Datos de 2018, junto con el Reglamento 2016/679 General de Protección de Datos. Aquí un elemento esencial que conviene destacar, y que afectará a la existencia o no de intromisión ilegítima, es el consentimiento. Este consentimiento se define como toda manifestación de voluntad libre, específica, informada e inequívoca por la que el afectado acepta, ya sea mediante una declaración o una clara acción afirmativa, el tratamiento de datos personales que le conciernen (art. 6 LOPD y 4.11 del RGPD).

Además, como hemos señalado al comienzo, es posible que se den ilícitos penales. Por ello, es relevante tener en cuenta el Código Penal, y en particular, su artículo 197 sobre el descubrimiento y revelación de secretos.

Finalmente, podemos citar otra normativa relevante, como pueden ser la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la Carta europea de los derechos fundamentales, la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, general de telecomunicaciones.

2.1. Principales caracteres y principios de la LO 1/1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

²⁷⁰ Así lo indica C. Sanciñena Asurmendi, I. Fernández Chacón, *Familia y responsabilidad civil*, en *Anuario de Derecho Civil* LXXIV-III (2021) 771ss, donde se hace un interesante estudio sobre diversos supuestos de responsabilidad civil en el ámbito familiar.

A continuación, conviene detenerse en la Ley Orgánica 1/1982, para establecer y comprender los elementos esenciales de la norma, que nos darán las pautas para analizar posteriormente los casos que se presentan.

A este respecto, podemos empezar resaltando que, como se recoge en su primer artículo, el derecho al honor, intimidad y propia imagen son derechos fundamentales reconocidos en la CE, y como tales, son protegidos civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas. Además, estos derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. Esto no obsta, como veremos, a la posibilidad de dar el consentimiento para consentir su intromisión.

En segundo lugar, hay que destacar, siguiendo el art. 2, que la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. Esto es importante, ya que, como veremos, el contenido de estos derechos, además de depender de la ley y de la realidad social del momento, dependerá de la propia conducta de la persona afectada. Esto se usa habitualmente por la jurisprudencia para denegar la tutela en determinados casos, por ejemplo, cuando una persona ha dejado fuera de su esfera privada determinados detalles o momentos de su vida, al divulgarlos. En estos casos no se puede pretender su protección cuando otra persona interfiera en esa esfera, ya que ha dejado de pertenecer al ámbito íntimo o privado.

Igualmente, señala la ley que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por la ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso.

Como vemos, existen dos modos de habilitar la intromisión: En primer lugar, los supuestos previstos en la ley: esencialmente, se entiende que el derecho a la propia imagen no impedirá su captación, reproducción o publicación cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público; el uso de caricaturas de dichas personas, siempre teniendo en cuenta el uso social; y los casos donde la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público muestre la imagen de una persona determinada, pero aparezca como meramente accesorio.

Y en segundo lugar, el otro elemento habilitante de la intromisión es el consentimiento. Respecto a este, cabe decir que debe ser revocable en cualquier momento. No es posible poner límites a esta revocación, ya que sería nula cualquier estipulación al respecto. No obstante, como contrapartida, en caso de revocación, se prevé que se indemnice, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas. Se trata de una penalización lógica. Piénsese, por ejemplo, en el caso de que se haya dado el consentimiento para usar la imagen de una persona en una revista, y en el último momento antes de distribuirse se revoca el consentimiento, cuando ya se habían elaborado trabajos de impresión de la revista y ocasionado gastos. En estos casos, es justo que estos gastos deban resarcirse.

Sin embargo, en estos supuestos puede plantearse una cuestión polémica: ¿qué ocurre si los gastos son de tal entidad que sean inasumibles, impidiéndole, de facto, ejercer el derecho a revocar su consentimiento? La solución no parece sencilla, ya que, si se entiende que debe indemnizarse todos los gastos, se le limita la posibilidad de revocar el consentimiento afectando a su derecho fundamental. Por el contrario, si no tiene que pagar nada o sólo una cantidad reducida, estaríamos perjudicando a la otra parte que va a tener que soportar unos gastos que ha ocasionado de buena fe esperando una contraprestación. En estos casos, quizá, habrá que pensar que el afectado delimitó el contenido del derecho fundamental al dar su consentimiento en el contrato, debiendo asumir las posibles consecuencias de una revocación tardía o costosa.

Por otro lado, en lo que respecta los menores, se señala en el art. 3 de la citada ley que el consentimiento de los menores deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten.

La regla general con los menores es, como vemos, respetar su consentimiento teniendo en cuenta su madurez. En los casos donde el menor no tenga madurez suficiente, se prevé que el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien deberá ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal²⁷¹.

Otro elemento importante en esta normativa que estamos analizando, es la presunción del daño que se prevé en la ley, a diferencia del derecho italiano (que será examinado más adelante). Así, el art. 9.3 de la LO 1/82 indica que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Es decir, en todo caso de intromisión ilegítima, habrá que indemnizar los daños y perjuicios, ya que hay una presunción legal. Esta indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. Como parámetros a tener en cuenta, están la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido. Y en estos casos, cabe mencionar, como señala nuestro Tribunal Supremo, que las indemnizaciones por vulneración de los derechos contenidos en el artículo 18 de la CE no pueden ser simbólicas (STS 9/09/2021, 592/2021).

3. La intromisión en el derecho al honor.

3.1. Vulneración del deber de fidelidad.

Dentro de los derechos fundamentales, vamos a dedicarnos en primer lugar a tratar algunos casos sobre la vulneración del derecho al honor en el ámbito familiar.

Y en este ámbito, uno de los supuestos que se plantea es el relativo a si los casos de infidelidad pueden dar lugar a vulnerar el derecho al honor.

En este sentido, conviene señalar que el legislador modificó el CC suprimiendo las causas para solicitar la separación o el divorcio, y no se estableció ninguna forma de resarcimiento del daño moral que la infidelidad culpable o dolosa haya podido causar al cónyuge fiel y cumplidor de su deber.

Es cierto que la infidelidad, como infracción de un deber conyugal, puede tener algunas consecuencias jurídicas, como constituir causa de desheredación del 855.1º CC por haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales; igualmente, podría ser causa de extinción de alimentos conforme al art. 152.4 CC, y causa de revocación de donaciones conforme al art. 1343 CC. Pero, más allá de esto, y del reproche social o moral que pueda conllevar este tipo de conductas, en principio no se prevén otras consecuencias jurídicas derivadas de su infracción, por lo que la infidelidad en sí misma no puede dar lugar al resarcimiento del daño moral que se haya podido causar al cónyuge fiel²⁷².

Por otro lado, podría plantearse si hay casos donde a través de la infidelidad se puede vulnerar, según el caso concreto, derechos fundamentales que puedan ser resarcidos por la vía civil. Por ejemplo, imaginemos un comportamiento doloso del cónyuge que aiera públicamente, o en los medios de

²⁷¹ Aunque del tenor literal se exprese la necesidad del previo conocimiento al Ministerio Fiscal por parte de los representantes legales, es obvio que este requisito habitualmente no se cumple, por lo poco práctico que resulta. Así, podemos destacar que en la Instrucción 2/2006 se indica que los fiscales “se abstendrán de utilizar el incumplimiento de estas exigencias formales para impugnar negocios o actos respetuosos con los intereses del menor”, y sólo deberán actuar a posteriori, si la intromisión en la intimidad o en la imagen del menor se considera contraria a sus intereses (Instrucción 2/2006 Sobre el Fiscal y la Protección del Derecho al Honor, Intimidad y propia Imagen de los Menores).

²⁷² Como señala L. López de la Cruz, *El resarcimiento del daño moral ocasionado por el incumplimiento de los deberes conyugales InDret* 4 (2010) 35ss: “La indemnización por los daños morales ocasionados por la infracción de los deberes consagrados en los arts. 67 y 68 C.C. en ningún caso puede suponer una traba al principio de libertad personal constitucionalmente consagrado y protegido en nuestro ordenamiento jurídico”.

comunicación, su infidelidad o infidelidades con ánimo de dañar al cónyuge. Se podría considerar esta conducta como ultrajante que puede ser objeto de resarcimiento²⁷³.

También se plantea si la ocultación de la paternidad en el seno del matrimonio constituye el incumplimiento independiente de deber matrimonial de fidelidad, que además puede traducirse en la vulneración de algún derecho fundamental que justifique el derecho a indemnización. Entre los que se puede alegar la integridad física y moral, cuando el actor pueda probar la existencia de un cuadro depresivo directamente relacionado (art. 15 CE) o el honor (art. 18.1 CE).

Esta cuestión ha sido tratada por la jurisprudencia, siendo la línea general del Tribunal Supremo el denegar la indemnización por supuestos de ocultación de la paternidad. Es cierto que ha habido sentencias de Audiencias Provinciales donde se distinguía entre la infidelidad, que no se consideraría indemnizable, y el daño derivado de la ocultación, que sí lo estimaban indemnizable cuando había dolo.

Sin embargo, el criterio del Tribunal Supremo es el de excluir, por regla general, estos supuestos del resarcimiento por daños, como podemos ver en la STS Pleno, 13/11/2018, n. 629/2018. Descarta la citada sentencia que este tipo de daños “sea indemnizable mediante el ejercicio de las acciones propias de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, a partir de un juicio de moralidad indudablemente complejo y de consecuencias indudablemente negativas para el grupo familiar”, alegando además que conductas como la enjuiciada tienen respuesta en la normativa reguladora del matrimonio, mediante la separación o el divorcio, y que no contempla la indemnización de un daño moral, ya que se trata de unos “deberes estrictamente matrimoniales y no coercibles jurídicamente con medidas distintas”²⁷⁴.

Otro caso de ocultación de paternidad lo encontramos en la reciente STS 23/02/24, n. 238/2024. Se trataba de un caso de ocultación por la demandada al actor de la verdadera paternidad de la hija concebida durante el noviazgo y nacida tras celebrarse el matrimonio. Aunque la Audiencia Provincial condenó a la madre a indemnizarle por daños, el Tribunal Supremo señaló que no pueden cargarse en exclusiva sobre la mujer los perjuicios reclamados por el actor como consecuencia de la errónea creencia de que fuera el padre de la niña. Por lo que se denegó la indemnización, sobre todo teniendo en cuenta las particularidades del caso, señalando que el demandante podía tener motivos fundados para creer que él no era el padre.

Indica nuestro Alto Tribunal que, aunque no se debe excluir que puedan existir casos de comportamientos abusivos que generen daños resarcibles, hay que estar al caso concreto. Y que en la apreciación de responsabilidad debe valorarse todos los intereses concurrentes. Entre ellos, el interés general en la estabilidad de las relaciones familiares. Indicando además que, teniendo en cuenta los derechos a la intimidad, autonomía y dignidad de la mujer, no se puede afirmar de manera incondicional que exista un deber, sancionable vía responsabilidad civil, de información o de comunicación de una duda sobre una paternidad.

Sin embargo, este planteamiento del Tribunal Supremo puede ser cuestionable. Si bien admite que “pueda existir casos” donde se puedan generar daños resarcibles, en la práctica vemos cómo se alega la estabilidad familiar para abstenerse de entrar a resolver los daños que efectivamente se han podido producir y que deberían ser indemnizables como responsabilidad civil en muchas ocasiones²⁷⁵.

²⁷³ En este sentido se manifiesta J. M. Murillas Escudero, *Infidelidad en el matrimonio: ocultación de la verdadera paternidad*, en M. Cuadrado Iglesias (dir.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Manuel García Amigo*, Vol. 1, Madrid 2015, 1809ss.

²⁷⁴ Debemos aclarar que estos casos, en España, llegan al TS por razón de la materia, al tratarse de derechos fundamentales, y con independencia de la cuantía.

²⁷⁵ Esta postura crítica es mantenida asimismo por *Sanciñena Asurmendi* y *Fernández Chacón*, en *Familia* cit. 771ss. Por otro lado, hay autores que señalan que porque la aplicación indiscriminada del Derecho de la responsabilidad civil subvierte algunos de los principios fundamentales articulados en el Derecho de familia contemporáneo y en su desarrollo jurisprudencial, por lo que las normas del Derecho de daños han de quedar matizadas por las valoraciones que proceden

Además, en otros países de nuestro entorno, la jurisprudencia sí parece más proclive a admitir la responsabilidad civil por los daños ocasionados en el ámbito familiar, como en el derecho italiano, que será examinado posteriormente.

No obstante, a pesar de lo expuesto, existen ámbitos excepcionales donde el Tribunal Supremo considera que el daño moral originado en el seno de las relaciones familiares puede ser indemnizado, como el que dio lugar al caso resuelto por la STS, 1.^a 30/6/2009 n. 512/2009, sobre obstrucción del régimen de guarda por la progenitora²⁷⁶.

Por otro lado, debemos tener en cuenta que el hecho de mantener relaciones extramatrimoniales, además de suponer un incumplimiento del deber de fidelidad del art. 67 CC, puede tener trascendencia penal cuando conlleva el contagio de una enfermedad de transmisión sexual al otro cónyuge (considerándose como un delito de lesiones). En cuyo caso la procedencia de una indemnización de daños y perjuicios ex arts. 109 y siguientes del Código penal no debe plantear duda, y dentro de la cual, expresamente, se comprende la indemnización por los daños morales padecidos (art. 110.3º CP)²⁷⁷. Esto implica, además, una clara lesión de derechos fundamentales, en particular, del derecho a la integridad física reconocido en el artículo 15 de la Constitución Española.

3.2. Libertad de información, libertad de expresión y la propagación de rumores sobre la paternidad.

Otro tipo de conductas que pueden dar lugar a indemnización por daños es la propagación de rumores que afectan al honor de la otra persona, y aquí entran en juego los límites admitidos al derecho al honor: la libertad de información y la libertad de expresión. Este supuesto lo encontramos en la STS 20/07/2011, n. 587/2011.

En el caso enjuiciado, la actora interpuso demanda de protección de honor e intimidad frente a su suegra, por las manifestaciones realizadas por esta relativas a que el hijo de la demandante no era de su marido, sino que era fruto de una relación extramarital.

Aunque la sentencia de primera Instancia desestimó la demanda al entender que no resultaba acreditada la intromisión al faltar el elemento objetivo o externo que supone el desmerecimiento ante los demás por parte de quien es lesionado en su honor, ni se había acreditado la publicidad o divulgación del hecho, la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la demandante y revocó la decisión de primera instancia. Se consideró probado que la demandada había transmitido a varias personas sus dudas sobre la paternidad del hijo que su nuera había dado a luz. Este hecho fue considerado una intromisión ilegítima en el honor de la demandante, que aún en el supuesto de que fuera cierto, sería también un atentado a la intimidad de esta.

Esta postura es mantenida por el Tribunal Supremo, que entiende que la suegra transmitió a varias personas sus “dudas” sobre la paternidad del hijo que su nuera había dado a luz, y tampoco dudó en imputar esa paternidad a un empleado de la demandante, lo que constituye una vulneración del derecho al honor.

Para analizar el caso y el razonamiento del Tribunal, conviene tratar los límites al derecho al honor.

del Derecho de familia, sopesándose los intereses en juego. Esto lo podemos encontrar en M. Martín Casals y J. Ribot, *Daños en Derecho de familia: un paso adelante, dos atrás* ADC LXIV-II (2011).

²⁷⁶ Esto se refleja en E. Farnós Amorós, *Daño moral en las relaciones familiares*, en F. Gómez Pomar, I. Marín García (coords.), *El daño moral y su cuantificación*, Madrid 2023, 473ss.

²⁷⁷ Así lo manifiesta *Sanciñena Asurmendi y Fernández Chacón*, en *Familia* cit., 771ss. Apuntan los autores que puede observarse “una evolución legislativa de la intervención del Derecho penal frente a la transmisión o contagio de las enfermedades infecciosas en general, y de las de transmisión sexual en particular, en la STS (Penal) de 8 de noviembre de 2011 (RJ2012\284), y una evolución jurisprudencial de la tipificación del delito por contagio de enfermedad de transmisión sexual en la STS (Penal) de 11 de marzo de 2020 (RJ 2020\900)”.

En primer lugar, debemos recordar que el derecho al honor es garantizado como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el art. 10 CE. Pero este derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información. La libertad de expresión, reconocida en el art. 20 CE tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 17/07/86, n. 104/1986, y 4/06/07 n. 139/2007), porque no comprende la narración de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. Por su parte, la libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. Por ello, “no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa”²⁷⁸. Además, estas expresiones o informaciones pueden atentar contra la intimidad de la persona. Este derecho a la intimidad personal tiene por objeto “garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida, evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada”²⁷⁹.

Y para resolver los casos concretos, la jurisprudencia atiende a lo que se denomina ponderación de intereses. Conviene recordar que esta doctrina sobre la ponderación (“balancing” o ponderación entre derechos fundamentales) procede del TC al resolver recursos de amparo interpuestos por los particulares por vulneración de estos derechos fundamentales²⁸⁰. Y esta teoría ha sido acogida por el TS para resolver el conflicto en el caso de la colisión entre el honor, intimidad e imagen y las libertades de información y expresión.

El TS ha acogido esta doctrina de la ponderación y los criterios para resolver el conflicto en el caso de la colisión entre el honor, intimidad e imagen y las libertades de información y expresión

En este caso que hemos mencionado de difusión de rumores, existe una colisión entre dos derechos fundamentales: por un lado, el honor y la intimidad de la demandante, y por otro, la libertad de opinión de la demandada, que ha transmitido una opinión, un pensamiento de carácter personal y subjetivo, sobre su duda sobre la paternidad de su nieto, comunicando al mismo tiempo que el hijo de la demandante no pertenecía a su marido, sino a una relación extramatrimonial.

A este respecto, señala el Tribunal que en este caso la información y la opinión no pueden mantener su prevalencia sobre el honor del ofendido, pues no tiene interés para el público en general ni para nadie en particular, el conocer la filiación de una persona, salvo para el propio hijo, derecho que podría tener amparo en el art. 39 CE. Además, al tratarse de una persona casada, no solo se está comprometiendo el honor de la ofendida sino podría comprometer además el de su marido, que goza de una presunción legal (117 CC) de paternidad, al atribuir a su mujer una relación extramatrimonial del que habría nacido un hijo. Por ello, se entiende que la propagación de rumores sobre las relaciones extramatrimoniales de una persona, ya tenga o no proyección pública, es un supuesto de intromisión ilegítima del art. 7.7 LO 1/1982.

Y aquí no entra en juego el examen de la veracidad. La veracidad solo es objeto de examen en los supuestos en los que la libertad de información está afectada, pues no se valora en la libertad de opinión y en el derecho a la intimidad, pues en estos casos se protege la emisión de opiniones, que

²⁷⁸ Así lo indican las SSTC 26/01/09, n.29/2009, y 23/03/09, n.77/2009.

²⁷⁹ STS 20/07/2011, n. 587/2011

²⁸⁰ En la estructura judicial española, los particulares pueden acudir finalmente al TC, que es quien tiene la última palabra en materia de derechos fundamentales.

no se prestan a una demostración de exactitud, y la vida íntima de las personas, con independencia de que los hechos transmitidos sean verdad. Y aunque fuera verdad, como señala la sentencia, resultaría afectado otro derecho fundamental, que es el derecho a la intimidad, ya que estos datos pertenecen al ámbito íntimo de la pareja y en su caso, del hijo, y aunque sean verdad no pueden ser divulgados.

Por lo tanto, la afirmación de haber tenido una relación extramatrimonial de la que ha nacido un hijo se considera objetivamente injuriosa para la mujer a la que se imputa, pudiendo llegar a afectar al marido, y también al hijo, que en este caso además es menor de edad, lo que agrava la intromisión.

Por todo ello, concluye la sentencia que en el análisis de los derechos fundamentales en colisión, aunque se parte de la base de la prevalencia del derecho a la libertad de información y expresión en un Estado democrático de Derecho, esta prevalencia no puede mantenerse en todo caso, como cuando no existe ningún interés en el asunto, se atenta contra la intimidad personal de la demandante, y se trata de expresiones objetivamente atentatorias al honor y a la intimidad, al atribuir un hijo extramatrimonial a una mujer casada.

Respecto a la cuantía a indemnizar, se condenó a pagar 9000€ en conceptos de daño moral, que era la cuantía que se pedía y se estimó procedente, aplicando en este caso como criterio orientador el sistema indemnizatorio de daños personales causados en hechos de la circulación de vehículos a motor.

3.3. Difusión de vida privada y supuestos malos tratos.

Otro supuesto que se ha planteado respecto al atentado contra el honor lo podemos encontrar en la difusión pública, como puede ser a través de revistas o de cualquier otro medio, de haber recibido malos tratos por la expareja. El supuesto se trató en la STS 14/12/21, n. 865/2021.

En este caso, se reclamaba indemnización por intromisión en el derecho al honor del demandante por las manifestaciones realizadas por quien fuera su pareja sentimental en una entrevista publicada en un medio de crónica social y entretenimiento. Pidiéndose una compensación de 100.000€ por daño moral.

El reclamante demandó a su expareja y a la editorial donde se publicó la entrevista donde se vertieron las manifestaciones que se entienden contrarias a su honor. Se alegaba que las manifestaciones sobre el actor contenidas en la entrevista atentan a sus derechos fundamentales, debido especialmente a que en la portada, y de forma destacada, se recogía la manifestación de la Sra. Teresa (la demandada) acerca de haber recibido malos tratos, insultos y amenazas de parte del reclamante, cuando lo cierto es que ya tenía conocimiento de la sentencia penal en la que resultó condenado por un delito de coacciones hacia la demandada, pero en la que fue absuelto por falta de pruebas del delito de amenazas.

Es decir, la razón principal del reclamante era que en la entrevista se le acusaba de un delito del que había sido absuelto previamente. Además, señalaba otras referencias que se contenían en el reportaje, en las que aparecían expresiones sobreimpresionadas en la fotografías que acompañaban a la entrevista y en las que se hacían manifestaciones tales como que “en unas cartas y unos audios que presenté se veían las amenazas y los insultos: eres una puta, te voy a matar”; “se llena de valor y cuenta por fin el infierno que vivió junto a su ex Desiderio”; “Decía que me iba a rajarse la cara”.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, dando prevalencia a la libertad de expresión e información. Señalaba que había que tener en cuenta que el ámbito donde se desarrolló la entrevista fue el propio de las noticias del corazón, al que tanto demandante como demandada tienen la costumbre de asistir a airear sus historias íntimas a cambio de obtener beneficios por las ventas de sus respectivas exclusivas, señalando además que quien había manchado su honor había sido él mismo con las conductas que fueron condenadas, no la víctima del delito, ni los medios que se hubieran hecho eco de esa realidad.

Por su parte, el Tribunal Supremo hace igualmente una ponderación de los derechos en juego, señalando que “el derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona e impide la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de la persona”. Y recuerda que el derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

Y en este punto, destaca el valor del interés social sobre la violencia de género: “La legitimidad de la intromisión se justifica por la existencia de un interés social relevante, interés que está presente en las manifestaciones de violencia de género, pues aunque pertenezcan al ámbito íntimo es una materia de indudable interés social, hasta el punto de que los delitos cometidos en este ámbito son públicos y la lucha contra la misma constituye una preocupación política y social. Debemos partir, por tanto, del innegable interés general de la difusión de las noticias referidas a condenas por delitos relacionados con la violencia doméstica”.

Y aunque recuerda que los reportajes de crónica social no tienen por objeto contribuir al debate político en una democracia sino cumplir finalidades de esparcimiento y satisfacer la curiosidad del público por conocer la vida privada de las personas que gozan de notoriedad, añade que la jurisprudencia admite el interés de la información, al menos relativo, cuando esta se ofrece en publicaciones o programas de mero entretenimiento, con el género que llaman crónica de sociedad. Además, como ya se apuntó, en la delimitación del honor, como en la de cualquier otro derecho fundamental comprendido en el art. 18 de la Constitución, se ha de tomar en consideración el propio comportamiento de la persona (los “propios actos” del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982). Para ello, cita la sentencia 701/2016, de 24 de noviembre: “Cualquiera que sea la opinión que merezca este género televisivo, quien voluntariamente se presta a participar en él, en el caso de la demandante mediante retribución, generando polémica para así lograr su aparición en programas sucesivos gracias a pautas de comportamiento extravagantes o escandalosas, no puede pretender que se proteja su honor frente a expresiones objetivamente ofensivas o insultantes de los guionistas, presentadores y colaboradores de estos programas que a su vez alimentaban la polémica y propiciaban, o podían propiciar, nuevas apariciones de la demandante en televisión”. Y en el presente caso, quedó acreditado que los implicados son dos personajes “populares” que gozan de una presencia voluntaria y querida en los medios de crónica social y entretenimiento.

Por todo ello, concluye en el caso que, además del interés social en las manifestaciones de la violencia de género, entiende que en las manifestaciones de la entrevistada primaba el aspecto valorativo, la expresión de sentimientos y de su percepción personal acerca de las experiencias vividas durante su relación de pareja con el demandante. Por ello, declara que lo manifestado tiene un vínculo suficiente con la condena por un delito de coacciones continuadas en el ámbito familiar, por lo que “la inexactitud técnico-jurídica de hablar de amenazas y no de coacciones no supone una ofensa en el honor del recurrente cuando las profiere quien relata cómo se ha sentido maltratada y amenazada”.

4. Vulneración del derecho a la intimidad.

Sobre la vulneración al derecho a la intimidad personal, podemos decir que se trata de garantizar el derecho a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos en nuestra vida privada (STC 15/07/99, n. 134/1999).

Así, el art. 18 garantiza el derecho a la intimidad, confiriendo a la persona el poder jurídico de imponer a terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido.

Además, a ello hay que añadir el tratamiento que, desde el ámbito de lo penal, se ha desarrollado en torno al supuesto de la revelación de secretos que se recoge en el artículo 197.1 del Código penal (CP), describiendo conductas delictivas realizadas en el domicilio familiar, generalmente para la

obtención de prueba sobre la infidelidad del cónyuge. Por otro lado, el cónyuge que resulte condenado culpable por la comisión de la conducta descrita en el artículo 197.1 CP resultará a su vez condenado a efectuar la correspondiente reparación civil al otro cónyuge que resultó perjudicado, en clave de reparación civil y reparación del daño moral.

Un ejemplo podría ser la grabación de conversaciones telefónicas que después son difundidas. Fue el caso de la STS de 14/05/2001, n. 2122/2001, que resuelve en base al art. 197.1 del CP un caso de violación del derecho a la intimidad: “cualquier violación de los derechos al honor, intimidad personal o familiar o propia imagen, esté o no vinculada a los deberes conyugales, constituye una infracción a un derecho fundamental reconocido como un derecho a la personalidad, reconocido y protegido por los artículos 18.1 y 20.4 de la constitución”. Recordando que el derecho a la intimidad se trata de un derecho básico que proscribe la injerencia de quien su titular no quiere en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio.

En el mismo sentido lo señaló la STC 8/11/99, n. 202/1999, alegando que el derecho fundamental a la intimidad personal reconocido a cada uno de los cónyuges prevalece sobre los deberes conyugales, y el matrimonio no es fundamento para disminuir la intimidad de los cónyuges (STC 202/1999, de 8 de noviembre).

Igualmente, encontramos la STS 23/02/2006, n. 835/2006. En el caso tratado, el marido, durante la tramitación del proceso de separación, aportó al Tribunal y posteriormente a determinadas personas relacionadas con el proceso dos diarios íntimos de su mujer al objeto de justificar los pretendidos trastornos psíquicos de esta última en relación con el derecho de visitas de la hija común. El Tribunal Supremo calificó la actuación del marido como de grave quebranto del derecho a la intimidad de la esposa y confirma la condena impuesta por los órganos inferiores.

4.1. Revelación de datos íntimos de la vida en pareja.

4.1.1. Caso de la STS 27/10/2011, n. 775/2011. Datos sobre la vida sexual de otra persona.

Podemos señalar que la revelación y difusión de datos de la vida privada en pareja es una de las cuestiones que más se dan en este ámbito, sobre todo en los medios de comunicación y la prensa del corazón²⁸¹.

Un ejemplo lo encontramos en la STS 27/10/2011, n. 775/2011. En este caso, el actor, Alfonso, ejercita la acción de protección del derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, en la que solicita la condena de los demandados, doña Candelaria y la entidad Gestevisión Telecinco S.A., en la cantidad de 200.000€, siendo la causa de pedir las manifestaciones y hechos divulgados por Doña. Candelaria en el programa de televisión “A tu lado” el día 18 de diciembre de 2006, que el actor considera constitutivos de una flagrante intromisión ilegítima en su derecho al honor, intimidad y propia imagen.

Aquí igualmente hay que hacer una ponderación de los derechos en juego, valorando los límites del derecho de la información y libertad de expresión.

Respecto a la libertad de información, se indica que “solo puede resultar prevalente esta, en su colisión con el derecho al honor ajeno, cuando la información transmitida o divulgada sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública, que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen y no se traspase el límite de expresiones

²⁸¹ Aunque también pueden darse esta vulneración del derecho a la intimidad en otros ámbitos, por ejemplo como en el que se trató en la SAP de Girona 18/03/2004, nº 100/2004, en el que se condena al demandado a indemnizar el daño moral ocasionado por la lesión del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar de la demandante, como consecuencia de la publicación de un libro en el que se narran detalles relativos a la vida conyugal del autor que afectan a su entonces esposa.

innecesarias e inequívocamente injuriosas, insultantes o vejatorias sin relación con las ideas u opiniones que se expresan y que resultan necesarias para la exposición de las mismo”.

Aplicando esta teoría, se indica que de la prueba practicada, resulta que al programa acudió, como invitada, la codemandada Candelaria quien se sometió a lo que en el programa denominan “Prueba del detector”, siendo preguntada por cuestiones relativas a la supuesta relación que mantuvo con Don Alfonso. Una vez contestadas todas las preguntas se indican aquellas en las que las respuestas son ciertas y aquellas otras en las que miente vertiéndose opiniones al respecto tanto por los colaboradores del programa como por la presentadora y la invitada.

Visto lo anterior, se indica que una parte de los comentarios efectuados inciden en el aspecto de la sexualidad de la persona, dando detalles del número de encuentros y del mantenimiento de relaciones sexuales, por lo que, con independencia de su veracidad o no, se incardina en la esfera privada del actor, que queda a su exclusiva disposición, es decir, que es el único que puede difundirlo o autorizar que se difunda.

Por ello, salvo que se autorice por la persona afectada, un tercero amparándose en el ejercicio de la información o la libertad de expresión no puede hacerlo, careciendo de trascendencia, a estos efectos, de que se trate de un personaje público, ya que no dejan de ser personas como las demás que pueden hacer valer sus derechos a defender su intimidad contra los ataques que lesionen su ámbito propio y reservado.

Interesante, en lo relativo con los actos propios, es lo que señala la sentencia, que en este caso lo interpreta de manera que no le restringe los derechos. Así, se indica que no es excusa para la divulgación el hecho de que el actor haya contado “algunos aspectos de su vida” en publicaciones o revistas, pues, solo él está autorizado para hacerlo y en ningún caso ha hablado de sus relaciones sexuales ni de ninguno de los otros extremos que se mencionan en el programa. Es decir, aquí no se puede utilizar la teoría de los actos propios para negar la protección, ya que la persona afectada no habló de esos temas, por lo que no dejó esa parte fuera de su privacidad.

Por otro lado, se declara que estamos ante hechos que han de gozar de la oportuna protección por afectar a su intimidad, y que no pueden escudarse en la idea de que es una cuestión de interés general, al faltarles los elementos de trascendencia e influencia decisiva en la vida social. Indica el Tribunal que “a nadie, con un planteamiento lógico y respetando la libertad de los demás, le debe interesar, y los medios de comunicación dada la importancia de su actividad han de procurarlo, la vida de los demás, sobre todo en aspecto íntimos que excede de la faceta pública del personaje”. Así, a diferencia del caso anterior donde por el hecho de la violencia familiar sí había interés general, en estos casos generales de difusión de la vida privada, no lo hay.

Por todo ello, se concluye que las manifestaciones de la demandada constituyen una intromisión ilegítima al honor, en cuanto “las expresiones proferidas van en descrédito o menosprecio de la persona, al hacer aparecer al actor con una serie de atributos socialmente reprochables (infiel y prepotente, mujeriego, machista) lo que daña la fama y estima del actor en su esfera social”. Así, finalmente se confirman las sentencias de instancias anteriores, donde se condena a los demandados a una indemnización de 20.000 (una décima parte de lo que se pedía)²⁸².

De este caso, se puede resaltar el siguiente razonamiento del Tribunal, aplicable a todos los casos:

Por un lado, la limitación del derecho al honor y a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión o de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual

²⁸² Señala la sentencia que “en el presente caso, teniendo en cuenta el carácter íntimo de los hechos objeto de injerencia, que el interesado siempre ha guardado para sí y que nunca hubiera querido que trascendiese al conocimiento público, que se trata de un asunto privado, que a nadie salvo a él concernía, teniendo en cuenta la importante difusión (audiencia efectiva del medio) y los beneficios obtenidos tanto por doña Candelaria como los obtenidos por Gestevisión, sin perjuicio del carácter solidario de la condena, debe individualizarse considerando que resulta proporcionado al daño producido. una indemnización de 5 000 euros a cargo de la Sra. Candelaria y 15 000€ a cargo de Gestevisión Telecinco S.A”.

debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En estos casos, la técnica de ponderación exige valorar, en primer lugar, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Teniendo en cuenta que dicha ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de expresión y de información sobre el derecho al honor y a la intimidad por resultar esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre.

En segundo lugar, hay que valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión. Y para ello se da 6 pautas:

1º, la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica se vierte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública. Y ello teniendo en cuenta el art. 8.2.a) de la LO 1/82, que muestra que el peso de la libertad de información y expresión en estos casos es más intenso, y aunque se prevea en relación con el derecho a la propia imagen, se entiende aplicable este principio al derecho al honor y la intimidad.

2º, la prevalencia de la libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que como hemos señalado anteriormente, protege la emisión de opiniones.

La veracidad no equivale a realidad. Por veracidad debe entenderse el resultado de una “razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada”.

Cabe además el denominado reportaje neutral, que deja a la empresa editorial, revista o medio de comunicación exenta de responsabilidad: esto implica que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se ponga en boca de personas determinadas responsables de ellas, pero sobre todo que el medio informativo sea un mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia ni reelaborarlas o provocarlas. En este caso, la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración (STC 04/2002, n. 76/2002).

3º, la protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito.

4º, cuando la difusión de datos de carácter privado afecta no solo al personaje público, sino también a terceras personas, debe valorarse otras cuestiones, como en qué medida la difusión de los datos relativos a estas está justificada en base a su carácter accesorio en relación con el personaje público al que se refiere; la necesidad de su difusión para ofrecer la información de que se trate, y la aceptación por el tercero de su relación con la persona afectada como personaje público.

5º, la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad. Y ello porque en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión.

6º, además hay que tener en cuenta los usos sociales y los propios actos. Es decir, la ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o se puede mantener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico.

Por todo ello se concluye, en el caso examinado, que la libertad de información no puede en este caso prevalecer sobre el derecho al honor y a la intimidad del demandante, pues el grado de afectación de la primera es muy débil y el grado de afectación de los segundos es de gran intensidad.

4.1.2. Caso de la STS 29/06/2020, n. 367/2020. Revelación de un aborto.

Otro supuesto que se planteó ante el Tribunal Supremo fue el que dio lugar a la STS 29/06/2020, n. 367/2020.

Se pretende la tutela de los derechos fundamentales, principalmente a la intimidad personal y familiar, por las manifestaciones realizadas a una revista por la exnovia del demandante, futbolista profesional. En el caso, en el n.º 2008 de la revista “Interviú”, se publicó una entrevista realizada a D.ª Patricia, expareja sentimental del entonces futbolista del Atlético de Madrid D. Eleuterio. Y en una página en el interior, ilustrando una fotografía en toples de la entrevistada, figuraba el titular que es objeto del litigio: “Me quedé embarazada, pero decidimos no tenerlo porque éramos muy jóvenes”.

Como fundamento, se alegaba que se había vulnerado el derecho a la intimidad del demandante, al difundir sin su consentimiento un dato íntimo y reservado como la decisión de abortar.

Además, se alegó que la revelación de ese hecho le había causado al demandante “importantes perjuicios en el ámbito familiar”, porque tenía nueva pareja con la que había tenido una hija, y porque se vio envuelto en un grave conflicto familiar por las creencias de sus padres y demás miembros de su familia.

Curiosamente, las soluciones a las que llegó el tribunal de primera instancia fueron contrarias a las que se llegó posteriormente.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda e impuso las costas al demandante, al entender que las manifestaciones de la entrevistada no vulneraron la intimidad del demandante, ya que se trataba de la divulgación de un hecho cuya veracidad no se discutía como el aborto, y entendiendo que la demandante se limitó a explicar una vivencia, ciertamente de carácter íntimo, pero propia.

Sin embargo, la sentencia de segunda instancia estimó en parte el recurso del demandante, apreciando la existencia de intromisión ilegítima en la intimidad del demandante por las manifestaciones a las que se viene haciendo referencia. Consideró que la revelación de la decisión de abortar vulnera la intimidad del demandante (art. 7.3 LO 1/1982) por tratarse de un dato íntimo que es completamente independiente y ajeno a la proyección pública del demandante como futbolista profesional. También se manifiesta que la demandada podía haberse limitado a decir que con 20 años se quedó embarazada y decidió abortar sin desvelar la identidad del otro progenitor con quien tomó la decisión.

También se recuerda que ese planteamiento fue resuelto en un caso similar: en concreto, en un caso donde se enfrentaba una conocida famosa con su exmarido, y se consideró vulnerado el derecho a la intimidad de este último razonando que, “por más que fuera indudable su notoriedad pública y que por ello pudiera tener cierto interés la información de crónica social sobre aspectos de su vida personal, todo ello no le privaba del derecho a mantener a resguardo del conocimiento ajeno los aspectos de la vida privada que no hubiera consentido divulgar, como era el caso del aborto, sacado a la luz sin su consentimiento por su ex mujer en un comunicado de prensa”.

Teniendo en cuenta todo ello, el Tribunal Supremo en el caso enjuiciado entiende correcto el juicio de ponderación de la Audiencia, que la llevó a considerar que la revelación de la decisión de abortar vulneró la intimidad del demandante. Y ello porque su expareja hizo pública de forma unilateral una decisión tan íntima como la de interrumpir voluntariamente un embarazo, que había sido tomada por los dos miembros de la pareja, y que objetivamente podía reportarle perjuicios en su vida privada y pública, tanto en el ámbito personal como profesional, ante los posibles reproches que pudieran hacerle quienes no compartieran esa decisión desde un posicionamiento ideológico opuesto.

Además, en este caso, se concluyó que de la intromisión ilegítima en la intimidad debe responder también la editora de la revista porque no se dan los requisitos del reportaje neutral.

Aunque es cierto que el entrevistador no preguntó directamente a la entrevistada sobre su embarazo y posterior aborto, sí que enfatizó la concreta respuesta de la entrevistada sobre el tema del aborto reproduciéndola a mayor tamaño, a modo de titular, junto con una fotografía de la entrevistada en toples. En este caso, se pedía una indemnización de 150.000 euros, en concepto de daño moral, pero

que finalmente se concedió una indemnización de 40.000 euros, siendo responsables tanto la entrevistada que desveló el dato como la empresa editora de la revista, por divulgarlo. Respecto a la cuantía, es fijada por la Audiencia en esa cantidad “a pesar de no haberse probado el beneficio obtenido, y de haberse probado que la difusión de la revista no era elevada, tomando en consideración que solo se había apreciado la lesión de uno de los tres derechos fundamentales a los que se refería la demanda”.

Así, esta actuación del medio se entiende que no cumple los requisitos para considerarse reportaje neutral. Se descarta así que fuera mero transmisor de lo dicho por la entrevistada, cuya respuesta habría pasado casi desapercibida de no ser porque el medio se encargó de resaltarla, reelaborándola y en suma, alterando la importancia que objetivamente tenía en el conjunto de la entrevista.

4.1.3. Caso de la STS 23/01/24, n. 87/2024. Datos sobre relaciones extramatrimoniales.

Otro caso interesante de mencionar es el caso de la STS 23/01/24, n. 87/2024.

En este caso, el conflicto se trataba por las emisiones del programa *Sálvame* de la cadena televisiva Tele 5, durante varios días de julio y agosto de 2016, así como en los programas de *Sálvame Deluxe*, de la misma cadena, donde Dña. Begoña hizo una serie de manifestaciones relativas a D. Faustino, contando detalles privados.

En dichos programas, en uno de los cuales incluso se sometió a una prueba con un polígrafo, la Sra. Begoña relató que había mantenido una relación sentimental y sexual con el Sr. Faustino, durante unos meses de 2013 y en la vivienda familiar de éste, ofreciendo detalles como que los contactos eran los miércoles después de comer en un restaurante y mientras la esposa del Sr. Faustino estaba en el trabajo.

En el relato de esas relaciones la Sra. Begoña aportó datos tanto de las supuestas relaciones sexuales (en el salón y en el dormitorio, con la ropa de la esposa a la vista, utilización de anticonceptivos, sábanas, tipo de sexo, prácticas, juguetes sexuales, etc.), como de la vivienda familiar en la que se producían los encuentros (decoración, tamaño, existencia de un jardín, etc.).

Posteriormente, en los programas del mes de agosto de 2016, cuando el demandante ya había negado en otros programas la veracidad de las manifestaciones de la Sra. Begoña, esta volvió a referir detalles de sus supuestas relaciones (horarios, caricias, besos), del demandante (el tipo de calzoncillos que usaba) y de la vivienda familiar del Sr. Faustino y su esposa (sofás, retratos, puertas de los armarios). Incluso facilitó datos a un arquitecto para que elaborara un plano de la citada vivienda.

Además de esas manifestaciones, la demandada también participó en otros programas, donde la Sra. Begoña hizo referencia a otras múltiples posibles infidelidades conyugales del Sr. Faustino, cuestionando el amor por su esposa, aludiendo a su necesidad de estar con más mujeres y realizando comentarios directos sobre su mujer actual.

Por todo ello, D. Faustino y su esposa interpusieron una demanda contra la Sra. Begoña, en la que solicitaron que se declarase que las manifestaciones de la demandada eran constitutivas de una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de los demandantes, reclamando una indemnización de daños y perjuicios morales, en la cantidad de 30.000€ a cada uno.

En este caso, en todas las instancias se consideró vulnerado el derecho a la intimidad.

Se concluyó que al no tener el consentimiento de los afectados, el derecho fundamental a la intimidad de los Sres. Faustino y su esposa habían quedado afectado, por cuanto la divulgación de unas supuestas infidelidades matrimoniales del esposo puede conllevar un reproche social suficiente para hacer desmerecer la reputación de los dos miembros de la pareja, que no está obligada a poner en conocimiento público datos de índole privada relativos a su vida amorosa, conyugal o sentimental.

Se considera, de este modo, que el hecho relativo a la infidelidad del demandante y la supuesta crisis matrimonial tiene la suficiente relevancia como para poder suponer una intromisión en el derecho a

la intimidad, pues se trata de la revelación de datos pertenecientes a las relaciones de pareja, en definitiva, a su vida íntima.

Otro elemento que se tuvo en cuenta es el hecho de ser personajes públicos, pero no por ello se entiende que renuncian a su vida íntima.

Así, se consideró que en el juicio de ponderación debía tenerse en cuenta que el demandante Sr. Faustino era una persona que, por su actividad profesional puede considerarse un personaje público y que además ha participado en publicaciones y programas de los denominados del corazón.

Sin embargo, también se debe tener en cuenta que esta cualidad de personas con proyección pública, al gozar de gran celebridad y conocimiento público de los demandantes, no deriva del ejercicio de funciones públicas o de la realización de actividades de especial trascendencia política o económica, sino de su presencia en los medios informativos dedicados a la crónica social.

En este sentido, se recuerda, que una mayor flexibilidad en la protección de los derechos de los personajes con relevancia pública “no implica que existan zonas de sombra o de impunidad de la intromisión ilegítima”. Como puso de manifiesto la STEDH de 24 de junio de 2004 (Von Hannover contra Alemania), los personajes públicos sometidos a la consideración y observación del medio social que les rodea han de conservar una determinada “franja de intimidad”, totalmente inviolable según las circunstancias. En similares términos se pronunció la STEDH de 21 de febrero de 2017 (Rubio Dosamantes contra España) que declaró que “cualquier tolerancia real o supuesta de un individuo con respecto a publicaciones relativas a su vida privada no da pie a privarle necesariamente del derecho a la protección del mismo”.

Respecto al caso concreto que estamos analizando, no se considera probado que los demandantes hayan realizado con anterioridad actos de los que pudiera deducirse que habían renunciado a la protección de su vida privada frente en dicho ámbito, en concreto, a revelaciones relativas a infidelidades conyugales o actos de naturaleza sexual.

El interés que pudieran suscitar estas informaciones se declara como espurio y de una naturaleza morbosa que en nada contribuye al debate social. Citando la STEDH de 21 de febrero de 2017 (Rubio Dosamantes contra España), “el interés general no puede reducirse a las expectativas de un público ávido de detalles sobre la vida privada ajena, ni al gusto de los lectores por el sensacionalismo, incluso por el voyerismo”.

Por todo ello, se declara que aunque el grado de exposición pública de los demandantes, especialmente del Sr. Faustino, pudiera considerarse como alto y ello deba tenerse en cuenta, no cabe considerar que previamente hubieran adoptado pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permitan entender que, con sus propios actos, lo despojaron total o parcialmente del carácter privado o doméstico. Y en este caso, ni la libertad de información ni expresión puede prevalecer sobre el derecho a la intimidad de los demandantes.

Respecto a la cuantía indemnizatoria, en este caso se pedían 30.000€ para cada perjudicado, que la sentencia de instancia y la Audiencia concedieron casi en su totalidad (30.000 a una y 20.000€ al otro perjudicado. Recuerda asimismo la sentencia que dada la presunción iuris et de iure de existencia de perjuicio indemnizable, el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso. Y respecto a los criterios que se tuvieron en cuenta, se señalan los siguientes:

“(I) El de la difusión, respecto del que razona que los programas en los que la demandada cometió las intromisiones son de gran audiencia, y se reprodujeron en otros medios; (ii) la gravedad de la intromisión, por afectar al núcleo duro de la privacidad conyugal y sexual; (iii) tiene en cuenta la mayor exposición del Sr. Faustino, a efectos de la disminución de la indemnización solicitada para él; (iv) la reiteración de las intromisiones en sucesivos programas, durante dos meses; (v) que la revelación se produjera en fechas coincidentes con el nacimiento de una hija del matrimonio demandante; (vi) la premeditación de quien conoce el funcionamiento del negocio en los medios; y

(vi) la sintonía con casos análogos de revelación mediática de infidelidades conyugales (como ponen de manifiesto las partes recurridas, en el caso resuelto por la sentencia 437/2011, de 29 de junio se concedió una indemnización de 60.000 €; y en el resuelto por la sentencia 590/2011, de 29 de julio, 90.000 € a cada demandante)”.

4.1.4. Caso de la STS 23/01/2024, n. 86/2024. Datos sobre la relación de pareja pasada.

En este caso que vamos a analizar, se trató de unas manifestaciones sobre la vida privada vertidas en una revista. En concreto, en el número 3493 de la revista Lecturas, de 6 de marzo de 2019, se publicó una entrevista realizada por D.^a Herminia a D.^a Justa. En la portada de la revista aparecía una fotografía de la entrevistada y el siguiente texto:

“Exclusiva. Justa confiesa sus secretos más dolorosos. “Me tomé un bote de pastillas por Abelardo”. Un intento de suicidio, dos abortos y un encuentro íntimo en plena guerra judicial”.

En el interior de la revista se recogía la entrevista, que las sentencias de instancia reproducen en estos términos:

“Han tenido que pasar 20 años para que Justa se atreva a conceder su entrevista definitiva. Nunca antes había descrito los terribles momentos que vivió en su relación con Abelardo, padre de su hijo Luciano. La venezolana se abre en canal en estas páginas, repletas de desgarradoras declaraciones que hielan la sangre y desvela con gran crudeza cómo fueron los dos abortos a los que se sometió cuando estaba con el presentador. Pérdidas que a punto estuvieron de terminar con su vida. Justa no lo pudo soportar y hoy desentierra su secreto mejor guardado: la desesperación la llevó a intentar suicidarse”.

Por estos hechos, el reclamante, D. Abelardo, interpuso una demanda contra la entrevistada, D.^a Justa, contra la entrevistadora, D.^a Herminia, así como contra el director y la editora de la revista Lecturas en la que solicitó una serie de pronunciamientos declarativos, resarcitorios y cesatorios por una vulneración de sus derechos al honor y a la intimidad personal y familiar.

En cuanto al recorrido judicial, tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial desestimaron las pretensiones del reclamante. Y en el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo.

Para ello, señala el Alto Tribunal la importancia de la conducta del propio demandante con sus propios actos. Así, indica que aunque los datos sobre la relación de pareja son aptos, por su naturaleza, para integrar el ámbito protegido por el derecho a la intimidad, el demandante con sus propios actos, al realizar declaraciones públicas sobre su relación con la demandada, y sobre la atribución de su paternidad sobre el hijo de esta, ha realizado una delimitación del ámbito reservado a proteger por el derecho fundamental a la intimidad en el que no se incluyen las informaciones sobre tales hechos.

Por tanto, el afectado ha adoptado pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo, en este caso, el relativo a su finalizada relación sentimental y a la paternidad del hijo común de ambos, que permite sostener que, con sus propios actos, lo ha despojado total o parcialmente del carácter privado o doméstico. Porque como señala el Tribunal, “quien divulgue aspectos de su vida privada debe soportar el conocimiento e investigación o seguimiento de los aspectos divulgados y la crítica de los mismos”.

Pero es importante resaltar, que el dar previamente consentimiento a algunos datos de la vida íntima no le priva de la protección del ámbito completo de su intimidad. Y ello porque el consentimiento a exponer públicamente determinados aspectos de su intimidad no se extiende al resto de aspectos concernientes a su vida sentimental y sexual (STS 17/06/2009, n. 456/2009).

En este caso se pedía una indemnización de 60.000€. Sin embargo, se consideró en este supuesto que el propio demandante expuso públicamente hechos y circunstancias relativas precisamente a la relación sentimental y a la relación paternofilial a las que vienen referidas las manifestaciones que la

Sra. Justa hizo en la entrevista cuestionada, por lo que el demandante, con sus propios actos, las despojó del carácter privado o doméstico.

4.2. Algunos supuestos en el ámbito penal.

Como es sabido, ningún tipo de relación familiar, ya sea paternofamiliar, matrimonial, pareja de hecho, etc., constituye una causa de justificación o excusa absolutoria que exima de responsabilidad, incluso penal, para quien consciente y voluntariamente lesiona la intimidad de la otra persona.

Sin entrar a profundizar en el ámbito penal, sí vamos a destacar algunos casos que se han dado en la jurisprudencia sobre la vulneración del derecho de la intimidad en el ámbito familiar.

En primer lugar, el de la STS Sala de lo penal, 18/12/2023, n. 935/2023. Se trató de un supuesto donde la víctima se percató de que su expareja le había instalado en su móvil una aplicación para vigilar todos sus movimientos, salidas y conversaciones. La aplicación le daba acceso a micrófono, cámara y linterna, entre otras prestaciones del teléfono. Además, le había amenazado con matarla si quitaba la aplicación. Por lo que fue condenado el autor de tales hechos.

También constituye delito, abrir una notificación de la Agencia Tributaria dirigida a su marido para utilizarla en el proceso de separación (SAP Zaragoza 15/01/2015, n. 23/2015).

Otro supuesto lo encontramos en la STS 14/05/2001, n. 3910/2001. Los hechos fueron los siguientes: El marido, con el propósito de comprobar si su esposa le era infiel, instaló un mecanismo para interceptar y grabar conversaciones telefónicas en el dormitorio del domicilio familiar. Tras interceptar varias comunicaciones, hizo oírlos a dos personas para demostrarles las infidelidades de su esposa. Además, el marido le contó a su médico psiquiatra parte del contenido de las cintas. Por su parte, la defensa del acusado, en juicio, sostenía que la intimidad de su esposa no había sido lesionada porque el derecho a la intimidad que ampara el art. 18.1 CE tiene una doble dimensión: personal y familiar, y aquí estaríamos ante la dimensión familiar de aquel derecho porque los hechos imputados afectarían únicamente a una familia. Además, señalaba que el art. 68 CC, al imponer a los cónyuges el deber de guardarse fidelidad, implicaba que la infidelidad no formaría parte de la intimidad de un cónyuge frente a otro. Y ello porque por la libre voluntad de las partes, el contrato matrimonial dejaría fuera del derecho fundamental a la intimidad personal, el ámbito que afecta a la fidelidad. Lógicamente, este razonamiento fue rechazado por el Tribunal Supremo, que lo consideró insostenible e inaceptable, pues esa invocada “intimidad familiar” no autorizaba en modo alguno a uno de los cónyuges a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que a toda persona otorga el art. 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia.

5. Vulneración del derecho a la propia imagen.

Podemos comenzar señalando que el derecho a la propia imagen forma parte de los denominados derechos de la personalidad, junto a los derechos al honor y a la intimidad, proclamados todos ellos en el art. 18.1 CE.

El Tribunal Supremo, en STS de 9/01/2014, n. 808/2013, se refiere al derecho a la imagen con remisión a la doctrina del Tribunal Constitucional, señalando que “el TC (entre otras, en SSTC 231/1988; 99/1994; 117/1994; 81/2001; 139/2001; 156/2001; 83/2002; 14/2003) caracteriza el derecho a la propia imagen como «un Derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública» y a «impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad —informativa, comercial, científica, cultural, etc.— perseguida por quien la capta o difunde»”.

Con base en la anterior aseveración, la doctrina jurisprudencial ha distinguido una doble vertiente del derecho a la propia imagen, positiva y negativa. La vertiente positiva consiste en la facultad de la persona de reproducir su propia imagen. Así, la persona cuya imagen es captada puede, por tanto, determinar la representación gráfica derivada de sus rasgos físicos personales en un doble sentido: de una parte, consintiendo la captación, reproducción o publicación de su figura. Por otro lado, la vertiente negativa implica la facultad de prohibir a terceros obtener, reproducir y divulgar la imagen de la persona sin su consentimiento²⁸³.

En este ámbito, conviene recordar el elemento esencial que opera en este ámbito: el consentimiento. Como ya adelantamos anteriormente, la regla principal es que para poder captar, reproducir o publicar la imagen de una persona, es indispensable su consentimiento inequívoco. Sólo en determinados casos excepcionales, como vimos, no se requiere dicha autorización, como se recoge en la Ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Por otro lado, conviene destacar que no siempre la vulneración del derecho a la imagen conllevará vulneración del derecho de la intimidad, y viceversa. Como explica la STC 2/07/2001, n. 156/2001, mediante la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona se puede vulnerar su derecho a la intimidad sin lesionar el derecho a la propia imagen, “lo que sucederá en los casos en los que mediante las mismas se invada la intimidad pero la persona afectada no resulte identificada a través de sus rasgos físicos”; asimismo, también puede vulnerarse el derecho a la propia imagen sin conculcar el derecho a la intimidad, supuesto éste que se producirá “cuando las imágenes permitan la identificación de la persona fotografiada, pero no entrañen una intromisión en su intimidad”; y, finalmente, puede suceder que una imagen lesione al mismo tiempo ambos derechos, lo que ocurriría en los “casos en los que revele la intimidad personal y familiar y permita identificar a la persona fotografiada”.

Por ello, hay que diferenciar claramente los diferentes ámbitos que protegen cada uno de los citados derechos. Lo específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma, que afectando a la esfera personal, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. Como indica el Tribunal Constitucional, el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, pero no íntimo²⁸⁴.

En ocasiones, se confunde el derecho a la imagen con el derecho al honor, ya que comúnmente se usa la expresión “manchar la imagen” de alguien. Pero como hemos examinado, se trata de ámbitos independientes. Por tanto, debemos tener claro que el derecho a la propia imagen protege frente a aquellas reproducciones de la imagen que afecta a la esfera personal de un individuo, pero que no necesariamente tiene que verse afectado su honor ni su intimidad.

En este ámbito, cobra especial importancia las redes sociales. Pero debemos tener en cuenta que el hecho de subir alguna foto a una red social no implica autorizar a terceros a usar esa foto.

Esto lo dejó claro la STC 24/02/2020, n. 27/2020. En este caso, se trataba de la publicación en un periódico de la fotografía de una persona obtenida de su perfil de Facebook sin su consentimiento. Y como indica el Tribunal, “aunque los ciudadanos compartan voluntariamente en las redes sociales datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de

²⁸³ Así se recoge en la STS 24/07/2008, n. 3155/2001.

²⁸⁴ Señala el TC que “El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar el ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana” (STC 2/12/1988, n. 231/1988). Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 23/1/1988, de 26 de diciembre. FJ 3, y 99/1994, de 11 de abril, FJ 5).

los millones de usuarios salvo que hayan prestado su consentimiento para que se utilicen o publiquen”. Por ello, no puede afirmarse que cuando una persona publica su fotografía en su perfil de Facebook esté creando, en este caso en la editora del periódico, la confianza de que autorizaba su reproducción como víctima de un suceso. Y ello aunque el perfil esté abierto al público. Como decimos, el solo hecho de haber subido una fotografía al perfil de Facebook no implica la existencia de autorización por el titular del derecho a la imagen para su uso por terceros.

En este caso se le condenó en primera instancia a la mercantil demandada a abonar a la parte actora la suma de 30.000 € en concepto de indemnización, que es lo que se pedía. Sin embargo, el TS la rebajó a la mitad, al entender que la afectación de la intimidad del demandante no fue ilícita, y que solo lo fue la intromisión en su derecho a la propia imagen, lo que posteriormente fue confirmado por el TC.

Por otro lado, en el ámbito penal, destaca la distribución no consentida de imágenes íntimas (art. 197.7 CP). Este tipo penal constituye una de las novedades introducidas en nuestro Código Penal en los últimos años, y su tipificación obedeció a la necesidad de hacer frente a un hecho criminológico que surgió como consecuencia del desarrollo y uso de las tecnologías de la información y la comunicación, que consistía, básicamente, en la difusión de imágenes íntimas de su pareja, expareja o persona con quien haya mantenido relaciones, y que aunque la captación se hizo con el consentimiento, posteriormente se difunden a terceros sin el consentimiento de la persona afectada²⁸⁵. Como ejemplo, tenemos el caso de la STS 24/02/2020, n. 492/2020, sobre un delito contra la propia imagen y la intimidad. Se trataba de la difusión de imágenes obtenidas con el permiso de la víctima que afectan gravemente a su intimidad. Señala el Tribunal que “quien remite a una persona en la que confía una foto expresiva de su propia intimidad no está renunciando anticipadamente a ésta. Tampoco está sacrificando de forma irremediable su privacidad. Su gesto de confiada entrega y selectiva exposición a una persona cuya lealtad no cuestiona, no merece el castigo de la exposición al fisgoneo colectivo. Añadiendo que lo verdaderamente determinante es que el desnudo es expresión inequívoca de la intimidad personal. El que su exhibición pueda ser consentida en determinados contextos no es obstáculo para reivindicar su exclusión frente a terceros no incluidos en el compartido ámbito de la privacidad.

Igualmente se dio dicha vulneración de la imagen y la intimidad en el caso de la SAP de Madrid de 12/02/2020, n. 97/2020. Se trató igualmente de un delito de descubrimiento y revelación de secretos. Y consistió la conducta en la difusión no consentida de imágenes íntimas de una persona obtenidas con su anuencia. Se publicó en una web de contenido pornográfico un vídeo de imágenes eróticas que la víctima envió a quien entonces era su pareja. Y además de la publicación con acceso y descarga para cualquier usuario, el vídeo enlazaba con la cuenta personal que ella tenía en Facebook, motivo por el que empezó a recibir multitud de mensajes obscenos. Por todo ello, se condenó al autor de los hechos por un delito contra la integridad moral, constituyendo un trato degradante hacia la víctima. Respecto a la cuantía, se señala que no se acredita que “la denunciante sufriera como consecuencia de los hechos un cuadro de ansiedad reactiva a episodio de violencia sobre la mujer, considerando,

²⁸⁵ Se introdujo en la LO 1/2015 un nuevo apartado 7.º al artículo 197, que a su vez fue reformado en 2022:

«Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.

Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las difunda, revele o ceda a terceros sin el consentimiento de la persona afectada.

En los supuestos de los párrafos anteriores, la pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.

no obstante, que la misma ha sufrido un daño moral como consecuencia de los hechos, al haberse visto despojada de su tranquilidad y sosiego con la difusión del vídeo, que puede comprometer su tranquilidad no sólo ahora, sino también en el futuro, habida cuenta de que el mismo pudo ser descargado por cualquier persona que aún puede tenerlo en su poder y que podría utilizarlo en un futuro, afectando así a la denunciante en el entorno familiar o laboral de la misma, considerando adecuada a la entidad de los hechos una indemnización de 5000 €”, a diferencia de los 20.000 que se estimaron en primera instancia.

6. Responsabilidad civil y derechos fundamentales de los menores.

Los menores, como toda persona, son titulares de derechos fundamentales, entre ellos, el honor, la intimidad y la propia imagen. Así lo refleja el art. 4.1 LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), que afirma: “Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”²⁸⁶.

Como ya expusimos, en estos casos, la titularidad del derecho no permite a los menores ejercerlo plenamente en todo caso. Ya que, como dispone el art. 3.1 LO 1/82, el consentimiento deberá prestarse por ellos mismos cuando tenga la suficiente madurez. En caso contrario, deberán prestarlo sus representantes legales²⁸⁷.

Este artículo debe ponerse en relación con el art. 4.3 LOPJM, que considera intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

En este ámbito podemos destacar lo que se conoce como “sharenting”. Está claro que la representación fotográfica de un menor constituye un dato de carácter personal, y podemos observar que hay una tendencia actual y socialmente aceptada de padres que publican constantemente imágenes de sus hijos menores en redes sociales, lo que se denomina como “sharenting”. Estas publicaciones, además de facilitar en ocasiones una innecesaria información a terceros que puede ser aprovechada para fines ilícitos, en ocasiones se puede considerar que son en sí mismas conductas que vulneran la intimidad y la propia imagen del hijo. Y esta cuestión se complica más cuando los padres están separados o divorciados, pues, se requiere el consentimiento de ambos, ya que son los cotitulares de la patria potestad²⁸⁸, para poder subir una fotografía de sus hijos menores a Internet²⁸⁹.

²⁸⁶ Y añade la norma que “Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones”. Llama la atención el tratamiento singular de “este derecho”, cuando es claro el carácter independiente de los derechos mencionados, como hemos tratado.

²⁸⁷ En este punto, se indica que, debido a falta de regulación expresa, las Audiencias Provinciales terminan recalando en la normativa de protección de datos para determinar la edad a partir de la cual el menor puede prestar consentimiento en lo que respecta a redes sociales y su imagen. Y ello porque la Ley Orgánica 3/2018 fija la edad para prestar consentimiento válido al tratamiento de datos personales en los catorce años. Y dado que la propia imagen es un dato personal, expresión del derecho fundamental reconocido en el art.18 CE, el límite de los catorce años debería resultar válido para que el menor preste consentimiento y deje de ser exigible el consentimiento conjunto de ambos progenitores, imponiéndose a los criterios abiertos de las Leyes Orgánicas 1/1982 y 1/1996, en mejor interés del menor de edad. Así lo indica A. Zornoza Somolinos, *El sharenting, una cuestión de patria potestad (¿y de protección de datos?)*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 793 (2022) 2769ss.

²⁸⁸ Así lo refleja, entre otras, la SAP de Pontevedra, secc. 1.ª, 4/06/2015, 163149/2015) que dispone al respecto que: “aun encontrándonos ante un caso de padres separados en que la guarda y custodia del hijo menor ha sido atribuida a la madre, en la sentencia de divorcio se ha acordado que, ambos progenitores conserven la patria potestad. Con lo cual, de pretender el Sr. Adrián la publicación de fotos de su hijo menor en las redes sociales habrá de recabar previamente el consentimiento de la progenitora recurrente y de oponerse esta, podrá acudir a la vía judicial en orden a su autorización”.

²⁸⁹ Un análisis en profundidad sobre la protección del menor en el entorno digital lo podemos encontrar en A.I. Berrocal Lanzarot, *La protección jurídica del menor ante el uso de las nuevas tecnologías*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* 775 (2019) 2548ss.

Aunque en este punto, debemos decir que judicialmente se acepta, en función de los usos sociales, la disponibilidad de la imagen de los menores por parte de uno de los progenitores cuando no existe oposición del otro, y no se da una vulneración del interés del menor²⁹⁰.

Como siempre que estamos ante un conflicto donde aparezcan menores, En todo caso, cualquier actuación y decisión habrá de tener en cuenta principalmente el interés superior del menor, que primará sobre cualquier otro interés que puede concurrir.

Entre los casos que han llegado al Tribunal Supremo, podemos mencionar la STS de 11/11/2021, n. 777/2021, respecto de la publicación de la imagen del hijo menor de una pareja de famosos con la autorización solo de la madre, en la que el menor aparece de perfil soplando las velas. En este caso concluye la sentencia que solo quien conoce al niño personalmente o sus allegados le podría identificar, dado que se muestra una imagen parcial del mismo. Y además, la fotografía transmitía una imagen familiar y de tranquilidad que de ningún modo supondría un menoscabo para el menor, indicando además que el hecho de que la foto refleje un acto propio de la vida privada no comporta, por sí solo, ninguna lesión ilegítima de la intimidad del niño.

Otra situación que plantea conflictos y es compleja, es el de la supervisión parental. Debemos partir del art.154 CC, que recoge las funciones de la patria potestad: Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. Pero igualmente se señala que la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos y su integridad física y mental.

El citado precepto, al establecer un deber de velar por los hijos menores, puede interpretarse como una facultad de control parental. Pero es importante recordar que los menores también son sujetos titulares de derechos, y por tanto, cabe la ponderación entre el derecho a la intimidad personal del hijo menor y el deber del progenitor de velar a los hijos contenido en el artículo 154 CC²⁹¹.

Por ello, es una cuestión compleja determinar en qué modo los derechos a la intimidad, al secreto de comunicaciones, o al entorno virtual de los menores de edad, pueden ser objeto de intromisión por parte de padres o representantes legales cuando tienen como fin el prevenir la comisión de algún delito.

La pregunta aquí sería, ¿es posible, por ejemplo, entrar en la red social del menor, sin su conocimiento, cuando se pretenda protegerlo de algún delito?

La respuesta es que depende del caso. Como hemos señalado, concurriendo determinadas circunstancias, y ponderando siempre el respeto a los derechos fundamentales del menor con el deber de ejercicio de la patria potestad, los padres puedan acceder a los dispositivos telefónicos/telemáticos de éstos cuando, precisamente, existan indicios fundados de que pudieren ser objeto o víctima de un delito cometido a través de los mismos.

Este caso fue tratado por la STS 10/12/2015, n. 864/2015 del 10 de diciembre. Concretamente, se trataba de un supuesto en el que una madre tenía indicios de que su hija estaba siendo objeto de un delito cometido a través de la red social Facebook. En base a esta sospecha, la madre optó por acceder al perfil de la red social de su hija, ya que disponía de las claves con anterioridad, descubriendo una gran cantidad de mensajes de naturaleza sexual. Dichos mensajes habían sido enviados presuntamente por una persona mayor de edad.

En dicho caso, la defensa del acusado pedía la nulidad de las pruebas obtenidas por la madre (multitud de conversaciones existentes entre el condenado y la menor perjudicada) en base a la consideración de que se había producido una intromisión en el secreto de comunicaciones de los interlocutores sin autorización de ninguno de ellos por lo que dicho material no debería ser considerado como prueba.

²⁹⁰ Así lo refleja M. Morillas Fernández, *La protección de datos como garantía en la prevención de los riesgos de la sociedad digital*, en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 29 (2023) 67ss.

²⁹¹ Así lo indica J. I. Zaragoza Tejada, *Menores y redes sociales. Nuevos tipos penales y responsabilidad penal*, en *La Ley Derecho de familia* 23 (2019) 1ss.

Además, la defensa solicitaba la extensión de dicha nulidad probatoria a todos los elementos fácticos derivados de dicha injerencia ilegítima, aplicando la teoría de los frutos del árbol envenenado.

Al resolver la cuestión planteada, nuestro Tribunal Supremo acabó declarando plenamente válida la prueba obtenida, confirmando, consecuentemente, la sentencia condenatoria.

Y ello porque el Tribunal Supremo consideró que el derecho fundamental afectado como consecuencia de la acción desarrollada por la madre no era, en modo alguno, el derecho al secreto de comunicaciones, sino el derecho a la intimidad.

Señala el Tribunal Supremo que tratándose de una vulneración de la intimidad, y no del secreto de comunicaciones, serían, en consecuencia, plenamente válidas las previsiones jurisprudenciales en virtud de las cuales la Policía puede, en ocasiones, realizar determinadas actuaciones vulneradoras de la intimidad, sin resolución judicial, siempre y cuando exista una situación de urgencia que así lo exija. Y aquí es cuando entra en juego la función tutiva de la patria potestad, alegando el Tribunal que “no puede el ordenamiento hacer descansar en los padres unas obligaciones de velar por sus hijos menores y al mismo tiempo desposeerles de toda capacidad de controlar en casos como el presente en que las evidencias apuntaban inequívocamente en esa dirección”.

Como vemos, el Tribunal Supremo consideró que la investigación desarrollada por la madre, aún sin autorización judicial, estaba justificada, teniendo en cuenta los indicios de que su hija estaba siendo víctima del delito, siendo por tanto considerada una conducta proporcionada y necesaria por razones de urgencia.

7. Una visión del derecho italiano en la materia.

7.1. Responsabilidad civil y derechos fundamentales.

A continuación, haremos una aproximación al ordenamiento y jurisprudencia italiana respecto a la responsabilidad civil derivada de vulneración de derechos fundamentales en el ámbito familiar.

En primer lugar, podemos decir que la regulación de la responsabilidad civil que recoge el Código civil italiano de 1942 estaba pensada, en el momento de su aprobación, como una protección del patrimonio, más que de la tutela de la persona. Por ello, nos encontramos, por un lado, con el art. 2043 CC que admite la que los daños patrimoniales deban ser resarcidos, y el 2059 CC, que en principio limita la posibilidad de resarcir los no patrimoniales a los casos establecidos por la ley, lo que conllevó que, tradicionalmente, solo se resarcieran los daños morales derivados de delito²⁹². Cuestión que, como veremos, ha evolucionado, admitiéndose también por las lesiones a valores constitucionalmente protegidos que afectan a la persona.

Tradicionalmente, la jurisprudencia se negaba a admitir la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño por responsabilidad extracontractual en todo lo que se refería a las relaciones familiares, debido al principio de autosuficiencia del Derecho de Familia, que cuenta con sus propios remedios²⁹³.

Así, con respecto a las relaciones internas entre los familiares, el sistema tradicional previsto por el Código Civil italiano cuenta con los siguientes remedios tradicionales: por un lado, el remedio para la infracción de los deberes matrimoniales ha sido la separación (artículo 151 CC), y para el incumplimiento de un deber hacia los hijos, la suspensión o la pérdida de la patria potestad (artículo 330 CC), a los que se han añadido recientemente remedios más específicos, tales como las medidas cautelares contra el abuso en la familia (artículo 342 bis y 342 ter CC)²⁹⁴.

²⁹² Así lo señala E. M. Martín Azcano, *El ilícito endofamiliar en la jurisprudencia italiana*, en *La ley, Práctica de Derecho de Daños* 148 (2021) 3ss.

²⁹³ Tal manifestación se expresa por E. Lucchini Guastalla, *Nuevas fronteras del ilícito intrafamiliar en Italia*, en *La Ley Derecho de familia* 8 (2015) 1ss.

²⁹⁴ Así lo indica Tovani, en F. Tovani, *Familia y responsabilidad civil: reflexiones sobre la responsabilidad de los padres respecto de sus hijos y respecto de los terceros*, en Italia, en *Revista de Derecho, Segunda época* 7 (2012) 249ss.

Sin embargo, debido a la evolución social, se ha observado que no bastan los remedios típicos del derecho de familia para dar soluciones adecuadas²⁹⁵. Así, la jurisprudencia italiana considera ahora la familia como un espacio de autorrealización y de crecimiento de los individuos que la componen. Con ello, se llega a un concepto nuevo del daño, que se denomina daño por ilícito intrafamiliar (o endofamiliar).

Actualmente, la responsabilidad civil en el ámbito de las relaciones familiares se enmarca en el contexto de la progresiva revalorización de las posiciones individuales de los miembros de la familia²⁹⁶. Además, en el derecho italiano, como ya hemos apuntado, la interpretación jurisprudencial incluye en el daño moral, según el art. 2059 CC, no sólo el daño moral en sentido estricto, sino también todas las lesiones a valores constitucionalmente protegidos que conciernen a la persona²⁹⁷.

Con todo ello, la jurisprudencia sobre responsabilidad civil en el ámbito familiar tiene un criterio claro: en el caso del atentado a los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, debe existir una indemnización por el daño moral sufrido. El ámbito familiar ya no escapa a la responsabilidad extracontractual. Por lo cual, en casos de vulneración grave de estos derechos, ya sea entre cónyuges, parejas, o padres con los hijos, se podrá dar lugar no sólo a las sanciones previstas en el derecho de familia, sino además a una indemnización por responsabilidad extracontractual.

En cuanto a las relaciones familiares, debemos resaltar, al igual que ocurre en el ordenamiento español, que el régimen de responsabilidad civil por vulneración de derechos fundamentales se aplica igualmente a las relaciones entre todos los miembros de la familia, ya sean cónyuges o parejas de hecho, ya que no existe fundamento que conlleve una reducción de la protección personal por el hecho de estar o no casados.

Como regla general, podemos decir que los casos que encontramos en los tribunales en esta materia se pueden clasificar en dos grandes categorías: daño causado por los padres a los hijos menores de edad, y el daño entre cónyuges.

En primer lugar, la admisión de emplear la tutela resarcitoria para afrontar daños paternofiliales se produjo con la sentencia de Cassazione 07/06/2000, 7713, que reconoció la lesión causada por un progenitor a su hijo, en sus derechos fundamentales “en cuanto hijo y en cuanto menor”, al haber mantenido en el tiempo un “obstinado rechazo a proporcionar al hijo medios de subsistencia”, tras el establecimiento de la filiación mediante sentencia judicial; lesión que el pago de la pensión no alcanzaba a compensar.

Además, se indica por el Tribunal Supremo italiano que el desinterés mostrado por un progenitor frente a un hijo, manifestado durante años y caracterizado por el incumplimiento reiterado de las obligaciones de manutención, educación e instrucción, determina una vulneración considerable en los derechos que, derivado de la filiación, gozan de reconocimiento y tutela en la *Costituzione* (arts.

²⁹⁵ Un estudio en profundidad sobre el daño intrafamiliar en Italia puede encontrarse en V. Ivone, *Profili di danno endofamiliare*, 2020, donde la autora refleja el cambio en el modelo tradicional de familia y su incidencia en la responsabilidad entre sus miembros.

²⁹⁶ Así lo indica Panichella, que cita la sentencia Cass. Civ., 20/06/2013, n° 15481, según la cual la familia se configura “como un lugar de autorrealización y de crecimiento, marcado por el respeto recíproco y libre de cualquier distinción de roles, en el que los miembros individuales conservan sus connotaciones esenciales y reciben el reconocimiento y la protección, incluso antes de ser cónyuges, como personas, de conformidad con el artículo 2 de la Constitución italiana, que, al reconocer y garantizar los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo como en las agrupaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad, traza un sistema pluralista inspirado en el respeto de todas las agrupaciones sociales en las que se expresa y desarrolla la personalidad de cada individuo”. (A. Panichella, *Responsabilidad civil en las relaciones matrimoniales en Italia*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 20 (2024) 300ss).

²⁹⁷ Cass., Sec. un., 11/11/2019, n° 28993.

2 y 30) y en las normas de Derecho internacional acogidas por el ordenamiento italiano; lesión que, por supuesto, da lugar a resarcimiento²⁹⁸.

También se produce un daño de lesión de la relación paternofamiliar cuando uno de los progenitores manipula, limita, condiciona, obstaculiza o impide la normal relación del menor con el otro o con la familia de éste, incurriendo en lo que se conoce como alienación parental. Al impedir al progenitor alienado de forma injustificada asumir sus deberes frente al hijo, así como disfrutar de la presencia y del afecto del menor, se lesiona también su derecho a la paternidad, garantizado por los artículos 2, 29 y 30 de la *Costituzione*, y se obstaculiza gravemente el libre desarrollo de su personalidad²⁹⁹.

Merece también destacar que el alcance de la responsabilidad entre padres separados conllevó una reforma legislativa, introduciendo en el Código de Procedimiento Civil, el artículo 709 ter, admitiendo de manera explícita en el ámbito familiar la reparación de los daños y perjuicios prevista en los artículos 2043 y siguientes del Código Civil³⁰⁰.

Por otro lado, en cuanto a la responsabilidad intrafamiliar y particularmente entre cónyuges, la Corte de Casación ha reconocido claramente la posibilidad de configurar ilícitos intrafamiliares en la importante sentencia de 10 de mayo de 2005³⁰¹, donde el tribunal italiano muestra el nuevo concepto de familia, manifestando el tránsito de la familia institución a la familia comunidad, indicando que “constituye una sede de autorrealización y desarrollo personal, marcada por el recíproco respeto e inmune a cualquier distinción de roles, en cuyo ámbito sus componentes conservan sus connotaciones esenciales y reciben reconocimiento y tutela, antes que como cónyuges, como personas, como señala el art. 2 de la Constitución. Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de un derecho inviolable, sin que puedan recibir distinta protección según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar”.

Esta sentencia es destacada porque deja claro el nuevo concepto de familia y la posibilidad de indemnizar por vulneración de derechos fundamentales, aunque el caso que se planteó no deja de ser cuestionable, sobre todo desde la óptica del derecho español. Se trataba de un caso en el cual el marido, ante de casarse, no había informado su futura esposa de sus condiciones psicofísicas y de su incapacidad de tener relaciones sexuales. Además, una vez casado rechazó cualquier tratamiento médico para solucionar su problema, porque no quería que su enfermedad fuera comunicada a terceros. Ante tal situación, la actora, además de obtener la disolución por falta de consumación del matrimonio, demandó al excónyuge por el daño sufrido. Dicha demanda se basó en la supuesta conducta ilícita del marido, contraria a la buena fe y a la lealtad. El tribunal de Casación estableció en su sentencia que, a causa de la conducta mencionada, la esposa había sufrido una violación del “derecho fundamental de realizarse plenamente en la familia y en la sociedad como mujer, como esposa y eventualmente como madre” y consideró que tenía derecho al resarcimiento del daño extracontractual. En particular, señaló el Tribunal que “el respeto por la dignidad y la personalidad en su integridad de cada miembro del núcleo familiar adquiere el carácter de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro miembro de la familia constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil”. Este planteamiento, como se ha manifestado anteriormente, es cuestionable en el derecho

²⁹⁸ Así lo indica Martín Ascano, con citas de varias sentencias, entre ellas, la Cass. Civ., Sez. I, 10/05/2012, 5652. (E. M. Martín Azcano, *El ilícito endofamiliar en la jurisprudencia italiana*, en *La ley, Práctica de Derecho de Daños* 148 (2021) 3ss).

²⁹⁹ En este sentido, Martín Ascano (Id., *El ilícito* cit. 3ss).

³⁰⁰ Señala el citado art. 709 ter: “En caso de infracciones graves o actos que sean perjudiciales para el niño o dificulten el buen funcionamiento del modo de custodia de los niños, [el juez] podrá modificar las disposiciones vigentes y podrá, por separado o conjuntamente: 1) advertir a los padres incumplidores, 2) condenar a una compensación por daños, en contra de uno de los padres a favor del niño, 3) condenar a una compensación por daños, en contra de uno de los padres a favor del otro, y 4) condenar a los padres a pagar una multa administrativa, a partir de un mínimo de 75 y un máximo de 5.000 euros con destino al Fondo de Multas”.

³⁰¹ Cass., Sec. un., 10/05/2005, 9801.

español, ya que difícilmente se podrá reclamar daños ni considerar afectado un derecho fundamental por no revelar una enfermedad como en este caso, siendo un tema delicado que afecta a cuestiones de salud y datos personales.

Por otro lado, también es criterio jurisprudencial que la conducta susceptible de responsabilidad civil del miembro de la familia debe producir un daño “injusto”, en el sentido del artículo 2043 del Código Civil. Pero, al igual que ocurre en el ordenamiento español, el mero incumplimiento de los deberes matrimoniales no da lugar a una indemnización de daños y perjuicios³⁰².

Conforme al citado artículo, se establece que cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona un daño injusto, obliga a quien lo ha cometido a resarcir el daño. Es decir, se sanciona la lesión injustificada de un interés jurídicamente protegido y merecedor de tutela³⁰³. Y en el ámbito familiar, como hemos mencionado, no basta el mero incumplimiento de los deberes familiares para obtener una indemnización, sino que se requiere una conducta de cierta gravedad. Además de los supuestos penalmente relevantes, serían indemnizables aquellas conductas que atenten contra los derechos de relevancia constitucional, teniendo especial relevancia los derechos fundamentales de la persona, donde podemos resaltar los supuestos de infracción del derecho a la intimidad o a la propia imagen³⁰⁴. Respecto a casos concretos que se han dado en la jurisprudencia italiana, podemos mencionar los siguientes:

Por ejemplo, un caso claro de responsabilidad extracontractual sería el caso –examinado por el Tribunal de Como³⁰⁵– en el cual el marido obligaba a su esposa a someterse a prácticas sexuales contrarias a su voluntad, con la consecuencia física de causarle una grave e invalidante enfermedad del aparato reproductivo. Y además publicó en internet imágenes íntimas de su esposa, sin el conocimiento de ella y, por lo tanto, sin su consentimiento.

Otro supuesto puede ser el *mobbing* conyugal, forma de violencia doméstica de naturaleza psicológica, que consiste en humillaciones, malos comportamientos, actitudes agresivas y vejatorias, que son realizadas por un cónyuge frente a otro para menoscabar su integridad psíquica, forzarlo a tomar determinadas decisiones contrarias a su voluntad o a apartarle de cualquier decisión relativa a la vida familiar³⁰⁶. Como ejemplo, podemos mencionar la sentencia de la Corte de Apelación de Torino de 21 de febrero de 2000, donde señala que el marido ejercía reiteradamente juicios ofensivos, injustamente denigratorios y despectivos en el ámbito del entorno familiar y social, presionando a su esposa a que se fuera, lo que se declaró como violación del principio de igualdad moral y jurídica de los cónyuges, amparado por los artículos 3 y 29 de la *Costituzione*.

Por último, nos referiremos ahora a la violación del deber de fidelidad, uno de los supuestos que más se plantean y que tiene cierta complejidad. En estos casos donde hay infidelidad por parte de uno de los miembros de la familia, la solución parece diferir a la del derecho español, ya que en Italia se admite más abiertamente la indemnización en determinados casos. En la jurisprudencia italiana, se señala que “la infracción del deber de fidelidad, aunque pueda causar disgusto al otro cónyuge y dar lugar a la desintegración de la unidad familiar, no es automáticamente indemnizable, sino en la medida en que la aflicción supere el umbral de lo tolerable y se traduzca en la vulneración de un derecho constitucionalmente protegido, en primer lugar el derecho a la salud o a la dignidad personal o al honor”³⁰⁷.

³⁰² Así lo refleja Panichella, que indica además que “en Italia, en caso de incumplimiento de los deberes matrimoniales, existe la sanción del débito de la separación, que conlleva la pérdida del derecho a la pensión de alimentos y la pérdida de los derechos sucesorios” (Panichella, *Responsabilidad* cit. 300ss).

³⁰³ Cas., 17/12/2009, No. 26516.

³⁰⁴ Esta doctrina quedó fijada tras la sentencia Cass., Sec. un., 10/05/2005, n° 9801.

³⁰⁵ Tribunal de Como, 30/03/2009

³⁰⁶ Supuesto que trata E.M. Martín Azcano, *El ilícito* cit. 3ss.

³⁰⁷ Cass. Civ., 9/03/2019, n° 6598.

En el mismo sentido podemos citar la sentencia Cass. Civ., 15/09/2011, n° 18853, que señala: “El daño para ser relevante a estos efectos, no puede consistir únicamente en el sufrimiento psíquico causado por la infidelidad y la percepción del agravio resultante -objetivamente inherente a la violación del deber de fidelidad-, que no es reparable por sí mismo al constituir un perjuicio derivado de la infracción de una ley ordinaria, sino que debe concretarse en la afectación de un interés constitucionalmente protegido”.

En este caso, se trataba de la violación del deber de fidelidad conyugal por parte del marido, quien había llevado adelante públicamente una relación extraconyugal con una mujer casada. Así, se entendió que en este caso, las modalidades con las que se había llevado a cabo la violación del deber de fidelidad resultaban particularmente frustrantes y dolorosas para su cónyuge.

Otro ejemplo de conducta que se ha entendido merecedora de reproche ha sido la descrita por la sentencia de la *Cassazione* 18/09/2003, 13747, donde se observa la relación extraconyugal mantenida por un hombre, con manifestaciones afectivas en público, lo que supone una ofensa a la sensibilidad y al decoro de la esposa, por cuanto genera, en el ambiente familiar y social en el que se desenvuelve la pareja, fundadas sospechas de infidelidad y traición, lo que menoscaba la dignidad del cónyuge agraviado, según el tribunal italiano.

Otro supuesto es el contemplado por el Tribunal de Brescia 14.10.2006, que cuantificó la indemnización en 40.000€ a recibir por la demandante, derivado del descubrimiento de la infidelidad homosexual del marido, debido a la vulneración de la dignidad de la persona, y por haber creado una situación de enorme turbación, junto a la legítima sospecha de haber contraído alguna enfermedad grave a consecuencia de las relaciones sexuales con el marido, lo que alteró negativamente la calidad de la vida de la demandante. También es llamativa, la sentencia del Tribunal de Venezia 14.5.2009, número 9234, que reconoció una indemnización de algo más de 21.000€ a una mujer, por el perjuicio psíquico temporal y la lesión a la dignidad que le había ocasionado el comportamiento de su marido, que, además de ser infiel, durante ese periodo relegó a su mujer al papel de mera cuidadora de su madre (suegra de la demandante), abandonando el domicilio familiar apenas se produjo el fallecimiento de ésta.

Como vemos, la postura en estos casos mantenida por la jurisprudencia es la de indemnizar cuando se pruebe un daño grave, afectando a algún derecho constitucional de la persona. Sin embargo, con este criterio jurisprudencial, apreciamos que se puede dar lugar a cierta inseguridad jurídica³⁰⁸, ya que se declara, por un lado, que la intolerabilidad de la convivencia ocasionada por la infidelidad no es suficiente para acreditar el daño injusto, y por otro, que debe probarse un nexo entre la conducta y el daño causado, que debe ser de cierta gravedad, lo que parece complejo. Y ello porque una vez ocurrido esa infracción del deber de fidelidad, los posibles daños y el proceso de separación o divorcio subsiguiente están relacionados. Es posible encontrar algunos casos donde podemos vislumbrar algunas pautas, como el hecho de que la infidelidad no fue la causa de la separación, que se usa para

³⁰⁸ En igual sentido señala Lucchini que “es sumamente difícil distinguir entre conductas que violan la confianza de la pareja tan gravemente que implican la lesión de un derecho fundamental de la persona y conductas que son legítima expresión de libertad en el ámbito de las relaciones afectivas. Por lo tanto, se debe establecer caso por caso si el comportamiento ocasionó, en concreto, un daño a los derechos fundamentales de la persona” (Lucchini Guastalla, *Nuevas fronteras* cit. 1ss).

excluir la indemnización por falta de daño grave³⁰⁹, pero aun así, entendemos que se trata de una cuestión muy subjetiva y de poca certeza jurídica³¹⁰.

7.2. La protección en Italia del derecho a la imagen.

Por otro lado, en lo que respecta al derecho a la imagen, en el Derecho italiano podemos encontrar que su regulación se recoge de manera fragmentada, en diferentes normas, dictadas con anterioridad a la Constitución. A diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español, donde tenemos el derecho a la imagen como un derecho fundamental en el art. 18 CE, con una específica protección civil en la LO 1/1982, de 5 de mayo, en el derecho italiano no existe un expreso reconocimiento constitucional de este derecho, ni tampoco es protegido por una regulación civil de carácter sistemática y detallada. Por ello, la labor del intérprete al resolver los conflictos que plantea el derecho a la imagen resulta más compleja que en España³¹¹.

Respecto a la principal regulación de esta materia, lo encontramos en el art. 10 CC italiano y los arts. 96 y 97 de Ley de 22 de abril de 1941, núm. 633, de protección de los derechos de autor, los cuales contemplan la protección del derecho a la imagen desde una perspectiva diferente al Derecho español. El artículo 10 CC señala que si la imagen de una persona o de sus padres, cónyuge o hijos, ha sido exhibida o publicada, fuera de los casos permitidos por la ley, causando un perjuicio del decoro o reputación de la propia persona o de dichos familiares, la autoridad judicial, previa solicitud del interesado, podrá ordenar que cese el abuso, estando sujeto además a la indemnización por daños y perjuicios.

Por otro lado, los arts. 96 y 97 de la Ley de protección de los derechos de autor establecen como criterio general, para la exposición, reproducción o difusión de la imagen, el consentimiento de la persona afectada³¹². Además, la imagen puede ser considerada un dato personal, lo que implica obtener el consentimiento del interesado, siguiendo el art. 23 del Decreto Ley de 30 de junio de 2003, núm. 196, llamado Código en materia de protección de los datos personales. En defecto de dicho consentimiento, se produce un ilícito que obliga al sujeto infractor al resarcimiento del daño, incluido el daño moral (art 15 del citado Decreto).

³⁰⁹ En el caso, el tribunal excluyó fundamentalmente que la violación del deber de fidelidad hubiera sido la causa de la separación (porque la esposa habría revelado su traición a su marido sólo meses después de la separación), y también excluyó que la traición, por sus modalidades, hubiera podido causar un daño apreciable al honor y a la dignidad del cónyuge, al no ser siquiera conocida en el entorno y ambiente de trabajo donde se produjo la infidelidad, o en todo caso no haberse realizado de forma tal que pueda resultar perjudicial para la dignidad de la persona (Cass. civil Sección III, 7/03/2019, n. 6598).

³¹⁰ Podemos mencionar otros casos citados por Lucchini, como los siguientes: 1º: La Corte de Apelaciones de Brescia 5.6.2007 rechazó la demanda por daños y perjuicios interpuesta por la esposa contra el marido que había entablado una relación homosexual, al no apreciar “criterios objetivos para afirmar que la infidelidad es más grave si se concreta en una relación homosexual”, incluso considera que dicha relación podría considerarse menos dolorosa, en razón de la imposibilidad de una comparación homogénea con el amante. 2º: En un caso decidido por el Tribunal de Venecia 3.7.2006, la esposa había visto a su marido con otra mujer en un coche, y tras descubrirlos, fue agredida. El Tribunal acogió la demanda de resarcimiento, no tanto por el incumplimiento del deber de fidelidad, sino por la violación de derechos fundamentales como la dignidad, la reputación y la salud psicofísica (Lucchini Guastalla, *Nuevas fronteras* cit. 1ss).

³¹¹ Así lo manifiesta G. Carapezza Figlia, *La protección del derecho a la imagen en el derecho italiano*, en *Rev. boliv. de derecho* 15 (2013) 180ss.

³¹² Como señala Carapezza Figlia, podemos encontrar aquí una diferencia con la regulación española: la LOPD tipifica como intromisión ilegítima no sólo la “reproducción” o “publicación” de la imagen ajena, sino también la mera “captación” de la misma. Es decir, se considera como parte del contenido del derecho a la propia imagen la facultad de impedir la materialización de la figura humana en un soporte estable. En cambio, en la doctrina y la jurisprudencia italianas, prevalece la teoría de que la mera captación de la imagen no es una intromisión ilegítima, sino que la ilicitud presupone la reproducción (exteriorización) de la imagen previamente captada (Id., *La protección* cit. 108ss).

Sólo en determinados supuestos, similares a los recogidos en el ordenamiento español, no es necesario el consentimiento para la divulgación de la imagen, donde se considera prevalente el interés público a la libertad de información (art. 97 de la Ley de protección de los derechos de autor). Estos supuestos son: la exigencia judicial para la intromisión; existencia de una finalidad científica, didáctica o cultural; notoriedad o carácter público de la persona cuya imagen se reproduce o difunde; y, por último, utilización de la imagen, en relación con hechos o situaciones de interés general o que se desarrollen en público.

Pero además, se señala que en ningún supuesto se permite la reproducción de la imagen cuando la misma cause un perjuicio al honor, a la reputación o al decoro de la persona interesada. En estos supuestos, se trata de límites infranqueables, frente a los cuales no puede invocarse la prevalencia de un interés general³¹³.

En España se considera que la expresa mención del derecho a la propia imagen en el art. 18 CE fundamenta la autonomía conceptual de dicho derecho fundamental respecto de otros derechos como el honor o la intimidad, como ya hemos examinado. Según el Tribunal Constitucional español, el derecho a la imagen tutela “un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente al conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”³¹⁴.

En el Derecho italiano, en cambio, la consideración del derecho a la imagen como categoría de los derechos de la personalidad parece agotar su contenido en una mera facultad negativa, consistente en la posibilidad de impedir la difusión de la representación gráfica de la propia figura. Aunque debemos decir que es posible encontrar un contenido positivo del derecho, conectado con el interés al control de la difusión de la imagen, mediante la prestación del consentimiento del titular del mismo³¹⁵.

Además, es importante destacar que, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento español, en Italia no existe una regulación específica para la reparación del daño moral derivado de la lesión del derecho a la imagen. El art. 10 CC se limita a afirmar que la tutela inhibitoria no excluye el resarcimiento del daño. Sin embargo, este daño no se presume, a diferencia del ordenamiento español, por lo que el ofendido ha de alegar y probar las consecuencias dañosas que provoca la lesión del derecho a la imagen.

8. Conclusiones.

I. Fruto de la evolución social y jurisprudencial, se admite hoy en día la responsabilidad civil por vulneración de derechos fundamentales entre miembros de la familia. En concreto, respecto al derecho al honor, a la intimidad y a la imagen, la infidelidad ha sido uno de los temas más controvertidos, junto con sus consecuencias, como puede ser la ocultación de una paternidad. Otros casos que se han dado en la jurisprudencia han sido el espionaje entre cónyuges, la revelación de la vida íntima de la pareja o exparejas, o la difusión de imágenes o vídeos personales sin consentimiento.

II. Como derechos fundamentales, gozan de una especial protección, teniendo además que tener en cuenta la legislación especial existente al respecto. Además, cuando entran en colisión con otros derechos fundamentales, se aplica una ponderación de los derechos en juego. Y hemos comprobado como uno de los elementos esenciales para legitimar la intromisión es el consentimiento, además de los casos permitidos por la ley. Y junto a este consentimiento, cobra especial relevancia los propios actos, teniendo en cuenta el ámbito que cada persona decida mantener de manera privada o hacerla

³¹³ Cass., 5/04/1978, nº 1557; Cass., 29/09/2006, nº 21172.

³¹⁴ STC 18/06/2001, 139/2001.

³¹⁵ Así se recoge en Carapezza, *La protección* cit. 108ss.

pública. La jurisprudencia utiliza este criterio de los propios actos para denegar la tutela en determinados casos, por ejemplo, cuando una persona ha dejado fuera de su esfera privada determinados detalles o momentos de su vida, al divulgarlos previamente en una revista o televisión a cambio de dinero. Pero fuera de estos casos, se debe respetar la intimidad de todas las personas, incluso las que tengan cierta trascendencia pública o por sus decisiones aparezcan habitualmente en medios de comunicación.

III. Otro elemento esencial que hemos podido comprobar, en relación a la determinación de la responsabilidad civil, es que en España la LO 1/82 presume el daño siempre que se acredite la intromisión en el derecho al honor, intimidad o imagen, a diferencia de lo que ocurre en el derecho italiano. Hay que destacar que esta indemnización incluye el daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida. Además, no sólo se piden indemnizaciones en estos casos, ya que dependiendo del supuesto, se querrá asimismo otro tipo de respuestas como la retractación pública, una rectificación, o la difusión pública de la sentencia. Respecto a las cuantías, hemos visto cómo se suelen pedir cuantías muy elevadas que luego se reducen, pero aun así, suelen ser de una cuantía considerable, de decenas de miles de euros, cuestión que coincide con las impuestas en el derecho italiano. Así, para la cuantificación, hay que tener en cuenta el caso concreto. Dentro de los parámetros que se señalan para tener en cuenta, podemos destacar la difusión, la exposición pública del afectado, la reiteración, la audiencia conseguida o el beneficio obtenido por los infractores. Igualmente, se valora la gravedad de la intromisión y el número de derechos fundamentales afectados, ya que no es lo mismo que un supuesto vulnere el derecho de la imagen solamente, a que se vulnere conjuntamente varios derechos fundamentales. Además, en estos casos, es relevante mencionar que la jurisprudencia señala que las indemnizaciones por vulneración de los derechos contenidos en el artículo 18 de la CE no pueden ser simbólicas, exigiendo una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego. Así, la cuantía no puede ser disuasoria para la víctima, con una indemnización que no cubra los gastos del procedimiento, y además, aunque no se admiten las sanciones punitivas, sí se señala por la jurisprudencia que no se debe imponer sanciones simbólicas porque ello no disuade de persistir en sus prácticas ilícitas a quien esté vulnerando tales derechos fundamentales.

IV. Por su parte, en el derecho italiano, igualmente fruto de la evolución social y del concepto de familia, se ha observado una evolución tendente a admitir la posibilidad de obtener el resarcimiento del daño por responsabilidad extracontractual en el ámbito de las relaciones familiares, especialmente por las lesiones a valores constitucionalmente protegidos que afectan a la persona, considerándose insuficientes los remedios típicos del derecho de familia. Con todo ello, surge el nuevo concepto de daño, denominado daño por ilícito intrafamiliar o endofamiliar.

Además, respecto al derecho a la imagen, a diferencia de lo que ocurre en el ordenamiento jurídico español, donde tenemos el derecho a la imagen como un derecho fundamental en el art. 18 CE, con una específica protección civil en la LO 1/1982, en el derecho italiano no existe un expreso reconocimiento constitucional de este derecho, ni tampoco es protegido por una regulación civil de carácter sistemática y detallada.

V. Por último, dentro de la responsabilidad civil en el ámbito familiar, en el derecho italiano podemos observar cómo se suele distinguir dos grandes categorías: los daños causados por los padres a los hijos menores de edad, y el daño entre cónyuges. Aunque en parte algunos criterios son coincidentes entre la jurisprudencia española y la italiana, podemos encontrar algunas diferencias, especialmente en lo relativo a los daños entre los cónyuges. Por un lado, en la jurisprudencia italiana se manifiesta, como en la española, que el mero incumplimiento de los deberes matrimoniales no da lugar a una indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, observamos como en la jurisprudencia italiana se admiten casos de responsabilidad de manera mucho más flexible que en España, por entenderlas como conductas que atentan contra los derechos de relevancia constitucional. Así, por ejemplo, se

consideran daños graves contra derechos constitucionales como la dignidad muchos daños por infidelidad, que en España sería poco probable que se llegase a una solución similar.

LOS PACTOS PREMATRIMONIALES SOBRE RELACIONES PERSONALES ENTRE CÓNYUGES Y RESPONSABILIDAD POR SU INCUMPLIMIENTO

Jesús Martín Fuster*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Deberes personales del matrimonio; 2.1. Deberes personales reconocidos en el Código Civil; 2.2. Efectos del incumplimiento de estos deberes; 3. Posibles pactos que se pueden realizar respecto a los elementos personales del matrimonio; 3.1. Pactos que limiten o condicionen la posibilidad de separación o divorcio de los cónyuges (I): Indemnización por separación o divorcio; 3.2. Pactos que limiten o condicionen la posibilidad de separación o divorcio de los cónyuges (II): Establecimiento de causas para la separación o divorcio; 3.3. ¿Es aplicable la indemnización si la otra parte incumplió sus deberes matrimoniales o contractuales?; 3.4. Pacto por el que se establece un número mínimo de relaciones sexuales en un plazo determinado; 3.5. Pacto por el que se pacta una sanción en caso de infidelidad; 3.6. Pacto por el cual se excluye una indemnización en caso de infidelidad; 3.7. Pacto por el que los cónyuges excluyen el deber de fidelidad; 3.8. Pacto por el que se modula el deber de fidelidad; 3.9. Pacto por el que se modifica la necesidad de vivir juntos; 3.10. Pacto por el que los cónyuges estipulan que será la mujer la que se encarga del trabajo para la casa; 3.11. Pacto que afecten a la integridad física o psíquica de los cónyuges; 3.12. Pacto limitativo o prohibitivo de relaciones personales de los cónyuges con terceros; 3.13. Pacto relativo a los hijos; 4. Pactos entre parejas de hecho.

1. Introducción.

A la hora de abordar las cuestiones que afectan al ámbito familiar, uno de los temas que más controversias provoca es la validez de los pactos que puedan establecer los cónyuges con carácter previo al matrimonio (o durante el mismo) para regular diversos aspectos relativos a dicho matrimonio. Generalmente se suele tratar este aspecto centrándose en aquellos pactos relativos a cuestiones patrimoniales, como pueden ser la configuración o renuncia a posibles pensiones compensatorias (como la pensión configurada en el Código Civil español en el art. 97). Acerca de este tipo de pactos, a pesar del silencio que guarda el Código Civil al respecto, la jurisprudencia española tiene asumida la validez de los mismos, con carácter general, en base a la autonomía de la libertad de los contrayentes, a diferencia de lo que ocurre en Italia donde tradicionalmente se ha decantado por su nulidad con carácter general³¹⁶.

Sin embargo, en este trabajo, dejando al margen estos pactos sobre los aspectos patrimoniales del matrimonio³¹⁷, nos vamos a centrar en aquellos acuerdos sobre los elementos personales que rodean al matrimonio, como pueden ser los relativos a los propios deberes conyugales o a otras cuestiones que puedan afectar a la esfera personal o a derechos personales de los cónyuges, como es la libertad de separarse o romper el vínculo matrimonial, o la relación de los mismo con los hijos comunes.

*Profesor Ayudante Doctor (Acreditado Profesor Permanente Laboral) de Derecho Civil de la Universidad de Málaga (España)

³¹⁶ Un interesante estudio sobre la situación en Italia y su evolución puede verse en V. Barba, *Los pactos prematrimoniales en el derecho italiano. Propuesta de reforma de acuerdo al derecho catalán*, en *Anuario de Derecho Civil* 74 1 (2021).

³¹⁷ Un análisis actual de la materia en su vertiente patrimonial puede verse en A. Gálvez Criado, *Una propuesta de regulación de los pactos prematrimoniales o en previsión de ruptura en el Código civil español*, en V. Ivone (et al.) (coords), *Nuevos escenarios del derecho de familia en España e Italia: novedades legales y jurisprudenciales*, Barcelona 2024.

Para ello, es interesante en primer lugar determinar cuáles son los derechos, deberes y obligaciones que compone la relación matrimonial, para así luego poder tratar sobre la validez o no de determinados pactos que pretendan modificar, añadir, o eliminar algunas de estas cuestiones, así como establecer consecuencias contractuales relativas al incumplimiento de algunas de estas conductas debidas.

Para tratar estos temas, hay que tener en consideración que la concepción del matrimonio hoy día, especialmente tras la reforma que permite la libertad de separación y divorcio, no está tan constreñida por el ordenamiento jurídico, dejando cierto margen de libertad a los contrayentes³¹⁸. Así, la propia Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio ya reconocía en su exposición de motivos que “La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio”³¹⁹. Por ello, esta idea de la libertad y autonomía de los cónyuges es la que deberá primar en muchas de estas cuestiones que se examinarán, salvando determinados límites que puedan afectar a la propia institución del matrimonio o a elementos de especial protección, como se examinará en este trabajo.

En Italia, en cambio, como hemos adelantado, la jurisprudencia se ha decantado por anular en la mayoría de las ocasiones los pactos prematrimoniales. Si bien estos iban destinados mayormente a regular aspectos de su vertiente patrimonial, igualmente ha hecho que no prosperen estos pactos relativos a cuestiones personales. No obstante, en años recientes sí parece existir ciertos movimientos tendentes a darles mayor protagonismo, como es la Proposta di legge n.º 244 del 23 Marzo 2018, que permitía los pactos prematrimoniales, si bien relativos a aspectos patrimoniales según su tenor literal³²⁰, así como el proyecto de ley aprobado por el Consejo de Ministros el 28 de febrero de 2019, en donde sí se incluía también previsiones de carácter personal, al establecer “la posibilidad de celebrar acuerdos para regular las relaciones personales y patrimoniales, así como para establecer los criterios de dirección de la vida familiar y la educación de los hijos, en previsión de la posible crisis de la relación, en un momento anterior a la crisis de la relación, cuando es más fácil definir por consenso la ordenación mutua de los intereses”. Estas reformas, a día de hoy, no han sido definitivamente aprobadas y llevadas al Código Civil italiano. No obstante, ante la ausencia de tal regulación, no se impediría la existencia de este tipo de pactos al no haber norma expresa que lo prohíba, si bien quedan sujetos al criterio jurisprudencial que debería de abogar por su admisibilidad. Ya sea con esta regulación referida o sin ella, igualmente cabría plantearse qué cuestiones serían susceptibles de pactos, y si pueden alcanzar o no los deberes personales que impone dicho Código

³¹⁸ M. A. Parra Lucán. *Autonomía de la voluntad y derecho de familia*, en *Diario La Ley* 7675 Sección Tribuna, Año XXXII, Ref. D-304.2011 2: “Los “estados familiares”, tradicionalmente considerados materia de orden público, por entender que así lo exigía el interés general de la organización social, han perdido gran parte de su significado. El viejo concepto de orden público se identifica hoy con las normas constitucionales que regulan los derechos fundamentales, en cuanto expresión del sistema de valores imprescindible en nuestro ordenamiento. Ello explica la posibilidad de acuerdos sobre muchas materias del Derecho de familia sobre las que hace años hubiera resultado impensable pactar (acuerdo sobre apellidos de los hijos, sobre la guarda y custodia, sobre la educación de los hijos, sobre la liquidación del régimen económico, pactos que modifican los derechos y deberes de los cónyuges...)”.

³¹⁹ J. J. Rams Albesa, *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia* en J. J. Rams Albesa, (coord.) *Autonomía de la voluntad y negocios jurídicos de familia*, Madrid 2009, 60, 87 “El matrimonio resultante tras las reformas de 2005 ha vuelto a su ser inicial: un acuerdo de convivencia no sólo privado, sino también un asunto privado para el cual el Estado manifiesta tener un interés limitado a lo meramente formal (...) A lo que de verdad estamos asistiendo en todo el mundo occidental es a una subjetivación de la institución matrimonial, por lo que ésta obedecerá y responderá a las ideas, convicciones y acuerdos que los cónyuges establezcan”.

³²⁰ 162: “Fatto salvo quanto stabilito dall’articolo 160, è consentita, ai soggetti di cui allo stesso articolo, la stipula di patti prematrimoniali di natura patrimoniale prima della celebrazione del matrimonio, ai sensi dell’articolo 162-bis”; “Art. 162-bis. – (Disciplina dei patti prematrimoniali) – I futuri coniugi, prima di contrarre matrimonio, possono stipulare un patto prematrimoniale in forma scritta diretto a disciplinare i rapporti patrimoniali in caso di separazione personale, di scioglimento o cessazione degli effetti civili del matrimonio”.

Civil italiano³²¹, de modo que las cuestiones y razonamientos que veremos en este trabajo serían igualmente de aplicación.

2. Deberes personales del matrimonio.

Es conveniente, en primer lugar, determinar qué deberes personales existen en el matrimonio, de forma que se pueda conocer sobre qué aspectos concretos se puede o no pactar, teniendo en cuenta cuál es la base sobre la que se parte, y teniendo en consideración si dichos deberes personales constituyen elementos básicos e inderogables del matrimonio, o si, por el contrario, permitirían algún tipo de modulación o configuración contractual.

Interesante es partir de la idea de lo que se considera matrimonio. Nuestro Código Civil español no define qué se entiende por matrimonio, sino que tenemos que partir de la definición que nos brinda la doctrina y la jurisprudencia. Esta carencia de definición específica se deba probablemente al arraigo existente con la concepción canónica del matrimonio, de forma que no hacía falta definir en qué consistía, sino en regular determinados aspectos relativos al mismo como el consentimiento matrimonial, o la forma de su celebración³²².

No obstante, debido a la evolución de nuestra sociedad, y de los cambios que se producen constantemente en lo relativo al ámbito familiar y su concepción, conviene determinar qué se considera matrimonio, para diferenciar aquello que no lo es, así como para determinar los límites o bases de esta figura. Siguiendo a la doctrina clásica³²³, el matrimonio puede definirse como la unión de dos personas de distinto o igual sexo, concertada de por vida mediante la observancia de determinados ritos o formalidades legales y tendentes a realizar una plena comunidad de existencia. Dicha unión tiene un carácter jurídico que nace del consentimiento de los contrayentes y en el consentimiento encuentra su fundamento, recayendo este consentimiento sobre un proyecto de vida en común.

Relevante es este asunto para determinar aquellas cuestiones que pueden pactar, modificar, o excluir los cónyuges, ya que en ausencia de aquellas cuestiones que se consideren básicas o esenciales, se dará lugar a la nulidad matrimonial. Así lo determina la Instrucción de 31 de enero de 2006, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia, donde recogemos por su importancia lo establecido en su apartado tercero: “Es por la estricta tipificación legal del contenido de la relación jurídica matrimonial por lo que el artículo 45 exige no un consentimiento cualquiera, sino precisamente un ‘consentimiento matrimonial’, esto es, un consentimiento dirigido a crear una comunidad de vida entre los esposos con la finalidad de asumir los fines propios y específicos de la unión en matrimonio, esto es, el fin práctico de los contrayentes no puede ser otro que el de formar un ‘*consortium omnis vitae*’ (Modestino, D.23,2,1). Por tanto, el

³²¹ Guida ai Patti Prematrimoniali. <https://studiodonne.it/guida-ai-patti-prematrimoniali>: “Inoltre, a differenza dell’istituto vigente in alcuni paese di natura anglosassone, con i patti in questione, in Italia, gli sposi non avrebbero potuto derogare ai diritti e doveri che, ex art. 143 c.c., discendono dall’istituto del matrimonio. Pertanto i coniugi non avrebbero potuto stipulare patti in deroga all’obbligo reciproco alla fedeltà, all’assistenza morale e materiale, alla collaborazione nell’interesse della famiglia e alla coabitazione, nonché a contribuire ai bisogni della famiglia. I patti in deroga a quanto sopra, sarebbe stati considerati invalidi, unitamente agli accordi concernenti lo status di coniuge”.

³²² R. Arenas García, *Concepto y tratamiento del matrimonio en el Derecho internacional privado europeo*, en *LA LEY Derecho de familia* 26 (2020) 3. “La decisiva influencia canónica en la configuración de la figura facilitó que el concepto de matrimonio pudiera ser considerado como universal sin que se desarrollara la necesidad de hacer explícita su definición y los elementos esenciales de su contenido. De esta manera, el debate en relación a la figura se centraba en la determinación de la capacidad de los contrayentes, la forma en que se podía prestar el consentimiento y los vicios de éste, y no en la delimitación de la figura y su distinción de otras con las que pudiera presentar alguna concomitancia. El matrimonio, como comunidad de vida entre un hombre y una mujer orientada a la procreación estaba tan firmemente arraigada en la sociedad y en el Derecho que no parecía necesario insistir en ella”.

³²³ L. Díez-Picazo, *Sistema de Derecho Civil, Vol. IV*, X edición, Madrid 2006, 62.

consentimiento matrimonial es existente, auténtico y verdadero, cuando los contrayentes persiguen, con dicho enlace, fundar una familia. Aunque el Código Civil español no detalla cuál es la finalidad del matrimonio, sí contiene una ‘determinación legal’ de los ‘derechos y deberes de los esposos’, de modo que es claro que cuando los cónyuges contraen matrimonio deben querer asumir tales derechos y deberes. Por tanto, cuando los contrayentes se unen en matrimonio excluyendo asumir las finalidades, propiedades o efectos esenciales del matrimonio, el consentimiento matrimonial declarado es ‘simulado’ y el matrimonio es nulo por falta de consentimiento matrimonial”.

De este modo, parte esta instrucción de que los derechos y deberes que impone el Código Civil constituirían los cimientos sobre los cuales se sustenta el matrimonio, de modo que no se podrían excluir de ningún modo, ya que conllevaría su nulidad. En el ordenamiento italiano, existe sin embargo un artículo específico en el Código Civil italiano, el art. 160, que dispone expresamente que los cónyuges no pueden derogar los derechos ni los deberes previstos por la ley como resultado del matrimonio, aunque igualmente su alcance no está exento de controversias³²⁴. Como veremos, en la práctica resultará difícil deslindar aquellas cuestiones que pueden pactar o modificar los cónyuges sin que conlleve la nulidad del matrimonio, de aquellos otros pactos que conllevarían efectivamente a ella. Tampoco la doctrina es pacífica sobre el hecho de que el matrimonio deba respetar esta concepción clásica de la comunidad de vida con los deberes fijados en el Código Civil³²⁵.

Como se puede observar, no queda claro entre la doctrina la importancia que habría que brindarles a los deberes y obligaciones que se recogen en nuestro Código Civil. Parte de esta controversia proviene de la antigua discusión sobre la necesidad o no de regular estos deberes matrimoniales por la ley³²⁶, existiendo algún intento de su desregulación³²⁷, pero lo cierto es que a día de hoy el Código Civil recoge una serie de deberes, que son los que se analizan a continuación.

2.1. Deberes personales reconocidos en el Código Civil.

³²⁴ Barba, *Los pactos* cit. 17: “esta norma [art. 160] no constituye un límite a la posibilidad de celebrar acuerdos prematrimoniales (en sentido contrario, Gabrielli, Riv. dir. civ. 1996 700), sino un límite a su contenido, ya que exige, como no podía ser de otra manera, incluso en su ausencia, que los acuerdos no infrinjan los principios y valores fundamentales del ordenamiento jurídico italiano y, entre ellos, el principio de solidaridad postmatrimonial y el principio de igualdad entre los cónyuges”

³²⁵ P. De Pablo Contreras, *El matrimonio civil como acto jurídico. La nulidad del matrimonio*, en P. Martínez De Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho civil Tomo IV: Derecho de familia*, Madrid 2016, 135: “En contra de lo que en dicha Instrucción se afirma, no hay duda de que, en el Derecho español, el matrimonio civil es válido aunque los contrayentes excluyan y no asuman los deberes de convivencia, fidelidad y ayuda mutua y, por ende, no contemplan el matrimonio al que consienten como una ‘comunidad de vida’ en el sentido tradicional, porque, según se ha visto, la actual regulación no ofrece mimbres suficientes para poder considerar todo ello como constitutivo de la matrimonialidad del consentimiento”.

³²⁶ L. Ragel Sánchez, *Efectos personales del matrimonio*, en M. Yzquierdo Tolsada y M. Cuenca Casas, (dirs.) *Grandes Tratados. Tratado de Derecho de la Familia (Volumen I)*, Cizur Menor 2015, 646: “Nuestros autores ponen de relieve las características de los deberes matrimoniales, subrayando el componente ético o moral que tienen los mismos y la transcendencia de los hábitos familiares y personales en este ámbito de la vida de pareja. Se ha recordado que la escuela histórica puso en duda la pertenencia de estos preceptos al campo del Derecho, considerando que virtudes como la fidelidad, la devoción, la obediencia, el respeto, se imponían por la costumbre, y no por la ley, y que, en sustancia, debiera dejarse la ordenación de las relaciones familiares, en primera línea, a los miembros de la familia y a su sentido moral (...) Sin embargo, en este punto se produce una enorme paradoja que, en nuestra opinión, es el origen del desconcierto que existe sobre la materia que estamos tratando, porque, a renglón seguido, nuestros autores señalan de forma prácticamente unánime que los deberes personales entre cónyuges son imperativos, es decir, que han de ser incumplidos ineludiblemente por ellos”.

³²⁷ A. Acedo Penco, *Ámbito de disponibilidad respecto de las relaciones personales entre cónyuges*, en *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura* 12-13 (1994-1995) 366. Recuerda el autor la enmienda —no aprobada— a la reforma de la ley de 7 de julio de 1981 presentada por el Grupo Comunista, defendida por el diputado Sole Tura, por la que se pretendió suprimir del Código los deberes de convivencia, fidelidad y socorro, en base a que el Derecho no debería regular las particulares relaciones entre los cónyuges, ni fijar una lista concreta de deberes y derechos entre ambos en base a una concepción distinta de la familia.

Los deberes concretos de los cónyuges en el matrimonio vienen regulados principalmente en los artículos 66, 67 y 68 del CC (Código Civil español), siendo interesante conocer los mismos, ya que algunos autores consideran que se trata del núcleo básico del matrimonio, siendo así inalterable por los cónyuges³²⁸. Veamos el contenido que dispone estos artículos:

1.- Igualdad en derechos y deberes de los cónyuges. Es lo único que establece el artículo 66 de modo genérico y sin mayor detalle. Hay que recordar que el art. 32 de la Constitución Española también recoge que el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Puede parecer que la estipulación de este art. 66 resulta algo obvia y que no presenta mayor importancia, pero sí que tiene su significado, sobre todo si tenemos en cuenta la evolución histórica del matrimonio, y de cómo se configuraba en origen. Así, en su redacción original, el CC señalaba que la mujer debía obedecer al marido (art. 57 CC), estaba obligada a seguir al marido donde este fijase su residencia (art. 58 CC), el marido administraba, salvo pacto en contrario, los bienes de la sociedad conyugal (art. 59 CC), y se establecía que el marido representaba a su mujer (art. 60 CC). Todas estas cuestiones se han visto superadas hoy día con la necesaria igualdad entre los cónyuges, y esta igualdad puede ser un elemento determinante que determine la validez de un pacto entre los cónyuges que afecten a sus relaciones personales, pudiéndose considerar que, aquellos casos más graves que afecte a la igualdad conllevarían la nulidad de dicho pacto, considerándose un atentado contra la dignidad de la persona o el orden público, como veremos más adelante.

Igualmente, este aspecto de la igualdad es el que recoge el art. 1328 CC para limitar aquellas cuestiones que se pueden pactar. Así, tras indicar el art. 1325 CC que en capitulaciones matrimoniales podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o —lo que aquí nos importa— cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo, nos dice el art. 1328 que será nula cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge.

Acerca de esta igualdad entre cónyuges, de modo igual se reproduce en el Código Civil italiano en su art. 143, donde se reconoce que “por el matrimonio, el marido y la mujer adquieren los mismos derechos y asumen los mismos deberes”.

2.- Deben respetarse y ayudarse mutuamente, y actuar en interés de la familia. Esto es lo que se recoge en el artículo 67, igualmente sin mayor detalle y de modo genérico.

El deber de respeto mutuo posiblemente sea debido a la idea acabada de comentar, de que ninguno de los dos cónyuges está sometido al otro, estando en plano de igualdad. Vendría incluido dentro de este respeto el evitar tanto los malos tratos físicos como los tratos degradantes o humillantes de uno hacia otro, así como el respetar y tolerar aspectos personalísimos de los cónyuges³²⁹, como pueden ser sus creencias religiosas.

La ayuda mutua puede relacionarse con el socorro mutuo del art. 68, que puede ir más orientado a la vertiente patrimonial del deber de alimentos, así como al levantamiento de las cargas del matrimonio, aunque no hay que descartar una ayuda en materias más personales³³⁰.

³²⁸ Así, E. Roca Trías, *Derecho de Familia*, III edición, 1997, 333: “Los derechos y deberes enumerados en los arts. 67 y 68 C.C. determinan el contenido de la relación matrimonial y qué es el matrimonio. Por la razón de que constituyen la definición del matrimonio, son indisponibles, de modo que no puede existir un pacto sobre ellos que, o bien suprimiera alguno de los deberes enumerados, o los desequilibrara, de modo que uno de los cónyuges no asumiera ninguna obligación por el hecho de contraer matrimonio”.

³²⁹ M. Linacero de la Fuente, *Capítulo III. Matrimonio. Parejas de hecho. Primera parte: matrimonio*, en M. Linacero de la Fuente, *Tratado de Derecho de familia. Aspectos Sustantivos*, 3ª Edición, 2021, 161: “El deber de respeto debe ponerse en conexión con el respeto a la dignidad y a los derechos de la personalidad del otro cónyuge (v.gr., honor, intimidad, integridad física y moral, libertad). (...) La unión conyugal no puede implicar una invasión desproporcionada en la libertad personal, vida privada y, en general, en los bienes de la personalidad del otro cónyuge”.

³³⁰ L. Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *El matrimonio y los nuevos modelos de familia*, I edición, 2018. “Estos dos deberes tienen un contenido personal y otro económico. La ayuda o el socorro personales corresponden a un hacer o dejar de

La idea de actuar en interés de la familia ha sido discutida, si bien se entiende como un principio general a respetar en el ámbito del matrimonio y de la familia. Esta idea de adopción de decisiones en interés de la familia también aparece en otros preceptos dirigidos al juez, cuando tiene que adoptar decisiones en casos de discrepancias, como en el art. 70 CC referente a la fijación del domicilio conyugal, o el art. 103.1bis y el 103.2 CC, cuando tiene que decidir con quien se queda el animal de compañía, o a quien le atribuye el uso de la vivienda familiar, estableciéndose en todos estos casos el criterio del interés familiar. Se suele considerar por la doctrina como un interés supraindividual a seguir por los cónyuges, si bien se ha establecido por algún autor que este deber consiste en no dañar los intereses familiares, sin que el hecho de tener que actuar conforme al interés de la familia suponga en todo caso la subordinación total de los intereses individuales a los familiares³³¹.

En el Código Civil italiano, en el apartado segundo del art. 143 igualmente se recoge esta asistencia mutua y actuación en interés de la familia, si bien junto a los deberes que se mencionan en el art. 68 del CC español que ahora veremos, estableciendo dicho art. 143 que “del matrimonio se deriva la obligación mutua de fidelidad, a la asistencia moral y material, a la cooperación en interés de la familia y a la convivencia”.

3.- Obligación de vivir juntos, guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente. Deberán, además, compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo. Esto establece el art. 68 CC, siendo el artículo que establece con algo más de concreción alguno de estos deberes. El deber de socorro mutuo, como indicamos, está más vinculado con el deber patrimonial de alimentos, al igual que el deber de cuidado y atención de ascendientes, descendientes, y otras personas dependientes. El establecimiento de compartir las responsabilidades domésticas ha sido una inclusión producida en el Código civil en el año 2005, con el fin de dejar constancia de esa igualdad entre los cónyuges y de desterrar el rol de la mujer como cuidadora de la casa, ya que tradicionalmente era la encargada de estas tareas domésticas. En todo caso, su inclusión y su carácter de deber jurídico se considera discutible, pudiendo además considerarse dentro del deber de ayuda y socorro mutuo³³², o bien dentro de lo que se considera las cargas del matrimonio. Así, como parte de dichas cargas, se comprende el deber de cuidado del hogar familiar, reconocido además expresamente en el art. 1438 CC en el régimen de separación de bienes, donde el trabajo para la casa supone una contribución a las cargas del matrimonio que da lugar a una compensación a la extinción de dicho régimen.

Centrándonos en aquellos aspectos más personales, se establece la obligación de vivir juntos y de fidelidad. Respecto a la primera, esta obligación de vivir juntos supone una constatación de esa

hacer en colaboración con el otro esposo o en provecho de él, mientras que los económicos, en definitiva, se traducen tanto en la solidaridad de los arts. 1.318 y ss. del Código Civil, en sede de régimen económico primario, como en la generosidad”.

³³¹ A. Romero Coloma, *La actuación en interés de la familia: interpretación del art. 67 in fine del CC*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi* 866/2013 (2013) 2 “Pero también hay que tener en cuenta, y resaltar, que la subordinación total de los intereses individuales al interés de la familia no puede ser absoluta, ya que una invocación desmesurada -e incommensurable- del interés del grupo familiar puede llegar a borrar el interés individual de cada miembro de la familia y conducir a un totalitarismo familiar, un objetivo que, desde mi punto de vista, no es el deseable en el ámbito de las relaciones de Derecho de Familia. Esto quiere decir, ni más ni menos, que no toda actuación de los cónyuges, o de cada uno de ellos por separado, tenga que estar guiada por el interés de la familia, sacrificando, así, todo objetivo, meta o finalidad perseguida por éstos en su quehacer como persona y en el marco profesional, laboral, social, económico, etc. Cada cónyuge debe tener un ámbito de actuación en libertad, porque este derecho a nadie puede negársele, ni siquiera en el marco de la relación conyugal ni parental.”

³³² R. Martínez De Aguirre Aldaz, *Artículos 67 y 68*, en A. Cañizares Laso (coord.), *Código civil comentado*, 1.ª ed., Navarra 2011, 9: “En realidad, la obligación de compartir esas tareas y cuidados puede entenderse implícita en la de mutua ayuda y socorro, por lo que su mención expresa no era estrictamente necesaria. La finalidad del precepto es más bien de carácter pedagógico: se trata de dejar claro que esas tareas incumben a ambos cónyuges, y no sólo a uno de ellos (típicamente, la esposa). Pero no hay inconveniente en que los cónyuges pueden dividirse válidamente las tareas domésticas como estimen más oportuno”.

“comunidad de vida” que supone el matrimonio como referimos anteriormente, estableciéndose en el propio Código Civil la presunción de que los cónyuges viven juntos durante el matrimonio (art. 69 CC), cesando tal presunción una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio (art. 102 CC). Igualmente, parece esta convivencia un elemento capital del matrimonio, sin el cual difícilmente se puede hacer esa vida en común, siendo además la base en muchas ocasiones para determinar si estamos o no ante un matrimonio simulado. No obstante, como veremos más adelante, la cuestión no está del todo clara sobre su esencialidad, habiendo que analizar distintas situaciones, como comprobaremos posteriormente.

Y, por último, hacer alusión a ese deber de fidelidad que hace expresión el art. 68 CC, siendo otro de los elementos básicos del matrimonio. Con el sistema causal de separación y divorcio, tenía este deber un gran protagonismo, ya que su incumplimiento permitía accionar contra el cónyuge incumplidor y solicitar dicha separación o divorcio. Desaparecido este sistema causal, muchos entienden que pierde su eficacia jurídica este deber de fidelidad, pero no hay que olvidar que siguen existiendo determinados efectos jurídicos en caso de incumplimiento, como mencionaremos a continuación. Igualmente, es de los temas más controvertidos respecto a la posibilidad de pacto respecto a su exclusión, modificación, o establecimiento de una indemnización en caso de incumplimiento, como se verá con posterioridad.

2.2. Efectos del incumplimiento de estos deberes.

Muchos de estos deberes y obligaciones reconocidos en los artículos 66, 67 y 68 que acabamos de comentar, como pueden ser los casos del deber de fidelidad o respeto, han sido reconocidos por muchos autores como meros deberes éticos o morales, al haber desaparecido las causas para la separación o el divorcio, y al ser los mismos incoercibles. No obstante, entendemos que no son meros deberes éticos, ya que el incumplimiento de estos deberes analizados seguirá produciendo una serie de efectos jurídicos reconocidos en el Código Civil, siendo necesario conocer dichos efectos para determinar con posterioridad en qué medida los cónyuges pueden pactar nuevos efectos a su incumplimiento, o limitar o excluir los ya existentes. En cuanto a los efectos, serían los siguientes:

1.- Causa de desheredación del cónyuge. En nuestro Código Civil español el cónyuge no separado legalmente o de hecho es un sujeto legitimario, es decir, un heredero forzoso al que su correspondiente cónyuge debe dejarle de forma necesaria una parte de la herencia (arts. 808 y 834 y ss. CC). No obstante, existen unas causas de desheredación, entre las que se encuentra en el art. 855.1º CC el haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales. Aunque es cierto que este primer supuesto es difícil que acontezca hoy día en la práctica, ya que, si a raíz de tales hechos se produce la separación, se extinguiría el derecho a la legítima; asimismo, si continúan viviendo juntos a pesar de tales incumplimientos, se podría entender que existe una reconciliación, imposibilitando el derecho a desheredar al cónyuge (art. 856)³³³.

2.- Extinción del derecho de alimentos. Los cónyuges se deben derecho de alimentos, siendo además los primeros obligados a dicho pago, conforme el art. 144 CC. Como causa de exclusión, se prevé en el art. 152.4 CC que cesará la obligación de dar alimentos cuando el alimentista, sea o no heredero forzoso, hubiese cometido alguna falta de las que dan lugar a la desheredación, a lo que habría que remitirse a lo visto anteriormente en el art. 855.1º CC, donde se encuentra el incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales. Y estos casos, a diferencia del anterior, sí que pueden tener su relevancia práctica, ya que aunque los cónyuges se hayan separados, se siguen debiendo estos alimentos hasta que se produzca la efectiva disolución del vínculo conyugal a través del divorcio. Por ello, si se acreditase ese incumplimiento grave o reiterado de los deberes conyugales, se estaría exonerado de abonar dichos alimentos al cónyuge incumplidor.

³³³ Igualmente, Martínez De Aguirre Aldaz, *Artículos* cit. 4.

3.- Revocación de donación realizadas por razón del matrimonio entre cónyuge. Recoge el art. 1343 CC que las donaciones realizadas entre cónyuges por razón del matrimonio pueden revocarse si se incurre en alguna de las causas de desheredación del art. 855, considerándose un supuesto de ingratitud. Por ello, sería un caso más donde sí puede tener relevancia el incumplimiento de los deberes conyugales, entendiendo algunos autores que incluso podría proceder la revocación realizada por terceros por razón del matrimonio, al seguir hablando el precepto de imputabilidad de uno de los cónyuges en cuanto a la separación o el divorcio³³⁴.

3. Posibles pactos que se pueden realizar respecto a los elementos personales del matrimonio.

Trataremos a continuación los posibles pactos que las partes puedan establecer con motivo de la celebración del matrimonio. Acerca de los instrumentos en los que se podrían realizar, estos podrían ser: 1.- En las capitulaciones matrimoniales, como indica el art. 1325 Cc, ya sea antes o durante el matrimonio; 2.- En documento privado o escritura pública fuera de estas capitulaciones, igualmente con carácter previo o posterior a la celebración del matrimonio; 3.- En el convenio regulador tras la crisis matrimonial. En este último caso, cierto es que, según se ocasione el divorcio o la separación, habrán desaparecidos todos o la mayoría de estos deberes, pero se podrán regular algunas cuestiones personales como su relación y custodia de los hijos, además de las cuestiones patrimoniales como pensiones o el uso de la vivienda.

Hay que recordar que en nuestro ordenamiento no está prevista una regulación acerca de estos pactos prematrimoniales o matrimoniales, más allá de lo fijado para las capitulaciones matrimoniales en el sentido antes referido. Por ello, hay que entender que no existe una forma concreta que determine la validez de los mismos, siendo así aplicable el principio general de libertad de forma (art. 1258 CC), aunque siempre se suele recomendar el uso de la escritura pública por las mayores garantías que presenta³³⁵. Además, en estos casos son aplicables los límites generales de la contratación, con relevancia de los vicios en el consentimiento, además de las normas propias del matrimonio, en aquello que se considere indisponible.

Esta falta de regulación también puede plantear ciertos problemas de orden procesal, siendo discutible si deben hacerse valer estos pactos en un procedimiento ordinario, o si se pueden —o se deben— reclamar en un procedimiento matrimonial. Podría entenderse que, en la medida en que los pactos puedan afectar a cuestiones que se discuten en el procedimiento matrimonial, dichos pactos deberían

³³⁴ A. Vela Sánchez, *Revocación de las donaciones matrimoniales por incumplimiento de los deberes conyugales y por violencia de género en la pareja*, en *Diario La Ley* 8581 13 de Julio de 2015 (2015) 3: “En contra, otra doctrina entiende que es posible la revocación de las donaciones por razón del matrimonio siempre que el cónyuge donatario haya sido el causante de la crisis matrimonial, circunstancia que, al haber desaparecido las causas de separación y de divorcio, solamente podrá consistir en la infracción de los deberes conyugales que consagran los arts. 67 y 68 del Código Civil. En concreto, se está refiriendo este sector doctrinal a los deberes conyugales de ayuda y socorro mutuo, respeto, fidelidad, de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo, de vida en común y de actuar en interés de la familia”.

³³⁵ No obstante, también se suele esgrimir la conveniencia de escritura pública en estos casos. A. Berrocal Lanzarot, *Pactos en previsión de ruptura matrimonial*, en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores* 5 (2015) 60: “Son varias las razones que doctrinalmente se aducen para reforzar, precisamente, la opción por el otorgamiento de escritura pública ante notario: por un lado, la mayor fuerza probatoria en los procesos judiciales en los que se discutan sus términos o la existencia misma del acuerdo; por otro, el control de forma notable sobre la presencia de los requisitos esenciales del acuerdo suscrito (consentimiento, objeto y causa ex artículo 1261 del Código Civil); y, en fin, la específica función de control y asesoramiento que se atribuye al notario. De todas formas, se considera adecuado, pese a entender que, el contenido típico de tal instrumento es la organización familiar, el que se contengan en capitulaciones matrimoniales, ofreciendo con ello un tratamiento conjunto tanto de la organización del matrimonio, como de las previsiones atinentes a su crisis”.

llevarse a tal procedimiento, teniendo las mismas garantías y control que el convenio regulador. En todo caso, la cuestión no es pacífica, y dependerá de las circunstancias del caso concreto³³⁶.

Veamos a continuación algunos de los pactos que se podrían dar:

3.1. Pactos que limiten o condicionen la posibilidad de separación o divorcio de los cónyuges (I): Indemnización por separación o divorcio.

Se trata de aquellos pactos a través de los cuales, en caso de que un cónyuge solicite la separación o el divorcio, deberá abonar una cantidad alzada de dinero a la otra parte, o bien una cantidad que se va incrementando con el paso del tiempo conforme aumente la duración del matrimonio, en concepto de indemnización por dicha ruptura.

Se trata así de pactos que afectan en definitiva al derecho personal de los cónyuges a separarse o divorciarse. Hay que tener en consideración que al igual que existe el derecho constitucional a contraer matrimonio en el art. 32 CE, se entiende igualmente incluido en el mismo el derecho a separarse o desvincularse del mismo, afectando además a lo que sería la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE)³³⁷.

Hay que señalar, en primer lugar, que un pacto de esta naturaleza entendemos que puede considerarse muy ligado en la práctica con aquel pacto en donde los cónyuges establecen que, en caso de separación o divorcio, una parte abonará a otra una cantidad en concepto de pensión compensatoria. Esto último se trataría de una cuestión patrimonial, que no es lo que aquí ahora mismo interesa en este análisis y que ya hemos referido al comienzo del trabajo que son generalmente admitidos por la jurisprudencia española, pero conviene hacer cierto paralelismo. La diferencia radicaría, en estos pactos ahora analizados, en que no son destinados a regular una cuestión patrimonial como el desequilibrio económico existente que pueda dar lugar a la pensión compensatoria, o a regular la compensación por el trabajo para la casa, sino que el motivo y la causa del pacto sería el hecho de poner fin al matrimonio, que conlleva una indemnización. No obstante esta distinción, el paralelismo entre estos pactos personales y los patrimoniales es importante a la hora de determinar la validez de los mismos, puesto que en la práctica los efectos que puedan producirse pueden ser muy parecidos. Piénsese que, tanto en este supuesto como en otros muchos que se analizarán, son cuestiones donde el efecto jurídico posible es la indemnización económica, no siendo coercible de otro modo. Es decir, parece claro que no se podrá pactar en un acuerdo prematrimonial que los cónyuges no podrán separarse o divorciarse bajo ningún motivo, y pretender por vía judicial dar cumplimiento a tal pacto, puesto que el mismo chocaría con el orden público y los derechos personalísimos de los cónyuges.

³³⁶ Un análisis sobre este asunto puede verse en Gálvez. *Una propuesta* cit. 309-301. Sobre los problemas procesales que presentan los procedimientos de crisis matrimoniales y de las parejas de hecho, puede verse M. L. Moreno-Torres Herrera. *La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho*, en *Indret* 4/2015. En la jurisprudencia no existen muchas resoluciones al respecto, pero un caso podemos encontrarlo en la STS 31/03/2011 n. 217/2011, en donde permite la reclamación del pacto fuera del procedimiento matrimonial con el siguiente argumento: “Este pacto consiste en atribuir a la esposa el derecho a obtener una renta mensual con cargo a su marido, que es independiente de que concurran o no los requisitos para la pensión compensatoria. Ya se ha dicho antes que estos pactos no tienen limitado su objeto y se concluyen muchas veces para completar las consecuencias establecidas legalmente para las separaciones/divorcios. Debe declararse válido el pacto en cuestión. Al no tratarse de un convenio regulador no debía aportarse a la segunda demanda de separación, porque goza de autonomía propia y no está ligado al procedimiento matrimonial. Por ello no puede atribuirse a este hecho la renuncia tácita que deduce la sentencia recurrida”.

³³⁷ En este sentido, S. Gaspar Lera, *Acuerdos prematrimoniales sobre relaciones personales entre cónyuges y su ruptura: límites a la autonomía de la voluntad*, en *Anuario de derecho civil* 64-3 (2011) 1052: “Según ha quedado expuesto, el contenido personal que conforma el núcleo central del estado civil de casado está constituido básicamente por los deberes de los cónyuges relacionados en los artículos 67 y 68 del Código civil. Mas también forma parte de ese contenido esencial la facultad que incumbe a cada cónyuge de solicitar la separación o el divorcio con los efectos que señala la ley (arts. 81 y 86 CC.)”.

No obstante, un pacto por el que se acuerda una indemnización en caso de divorcio o separación sí podría ser admisible.

Hay quien considera asimismo que este tipo de pacto que fijan una indemnización por el mero hecho de la separación o el divorcio no sería admisible en nuestro ordenamiento, porque supone una limitación a un derecho básico de los cónyuges, como es el de poner fin al matrimonio, pudiendo ser incluso un pacto que atenta contra la moral³³⁸, siendo inválido todo aquello que condicione o limite tal derecho, llegando a ser especialmente cuestionado cuando se establece una indemnización creciente durante el matrimonio.

No obstante, entendemos que, en la medida en que nuestra jurisprudencia admite los pactos patrimoniales por los que se fija una cantidad al fin del matrimonio en concepto de pensión compensatoria, siendo fijado libremente por los cónyuges con independencia de los elementos y datos del caso concreto, igualmente estos casos de indemnización por separación o divorcio deben ser admitidos³³⁹. Y el hecho es que, a efectos prácticos, es muy difícil deslindar si nos encontramos ante un pacto en sentido patrimonial de sustitución de la pensión compensatoria, o un pacto personal que se limita a sancionar con una indemnización el divorcio o separación, en la medida en que los cónyuges establezcan que esta será la única compensación que deban abonar tras el fin del matrimonio, sin que se deban ninguna otra cuantía.

Estas discrepancias podemos observarlas a través de algunas de las sentencias dictadas. Así, en la SAP de Almería 17/02/2003 n.º 44/2003, se cuestionaba la siguiente cláusula: “En caso de cese de la convivencia conyugal, durante el primer año, D. ... asume la obligación de indemnizar a Dª ... en la cantidad de un millón de pesetas, después de transcurrido el primer año de convivencia al millón de pesetas se sumaría la cantidad de ochenta y tres mil trescientas treinta y tres pesetas por mes transcurrido de convivencia. Todo ello sin perjuicio de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio prevenidos en el Código Civil, a la necesidad de aprobación judicial, y con independencia de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del citado texto legal”.

Consideró el tribunal que dicha estipulación es nula por aplicación del art. 1328 CC, al limitar los derechos que corresponden a los cónyuges, ya que limita el derecho a la separación matrimonial reconocido implícitamente en el art. 32 CE, siguiendo el criterio que mencionamos anteriormente. Considera dicho tribunal que supondría un retroceso en los derechos de los cónyuges y colocaría a uno de ellos en situación de desigualdad. Entiende que la convivencia matrimonial se condiciona, en cuanto a su cese, a través de una cláusula penal que con el tiempo puede hacerse muy gravosa o de casi imposible cumplimiento por parte del obligado a su abono.

No obstante este pronunciamiento, podemos encontrar otros de cláusulas parecidas, si bien con resultado totalmente distinto. Es el caso de la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 07/07/2008 n.º 312/2008, donde la cláusula establece “En caso de divorcio, sea cual fuere la parte contratante que lo solicite Doña Gema recibirá una suma de un millón de pesetas (6.010,12 euros) en compensación para cada año matrimonial transcurrido”. (...) “Ambas partes contratantes renuncian expresamente

³³⁸ En este sentido parece referirse J. Pérez Hereza, *La autonomía de la voluntad en las crisis matrimoniales*, en *El Notario del S.XXI* 18 (2008) 4: “Distintos son los pactos en los que se acuerdan indemnizaciones para los casos de ruptura. Estos acuerdos indemnizatorios son, en general, dudosos y además plantean una abundante problemática que dificulta dar soluciones globales. Tratando de simplificar, cabe señalar, como máximas objeciones en contra de su validez, que pueden atentar contra la libertad de los cónyuges a disolver el matrimonio y que pueden suponer la configuración del matrimonio como un negocio generador por su sola existencia de derechos patrimoniales lo que podría considerarse contrario a la moral vigente (...), no son admisibles aquellos en los que se impongan una duración mínima al matrimonio bajo la amenaza de indemnización o en los que la indemnización pactada es creciente en función de la duración del matrimonio, por afectar claramente a la libertad para poner fin al matrimonio. Tampoco parecen admisibles las indemnizaciones condicionadas a que el matrimonio sobrepase cierta duración”.

³³⁹ En el mismo sentido Rams Albesa, *Autonomía* cit. 87: “No creo que sea posible comprometerse a no instar el divorcio, pero sí a resarcir en una cantidad al otro cónyuge por el mero hecho de ejercitar este derecho subjetivo de configuración jurídica”.

en caso de divorcio a hacer valer cualquier derecho a recibir del otra pensión alimenticia alguna, incluso en caso de necesidad extrema o enfermedad”.

Nótese la diferencia respecto de la anterior en que aquí se renuncia a cualquier otra “pensión alimenticia alguna” —habría que entender cualquier otra prestación económica por razón del matrimonio, ya que los alimentos propiamente no proceden en caso de divorcio—, pero la causa o el motivo parece ser el mismo, sancionar con una indemnización creciente el hecho de la ruptura matrimonial. En este caso, parte el tribunal de la validez de dicho pacto, donde incluso las partes discutían el alcance del mismo, pero no su validez en sí. Entiende el tribunal que, conforme se estipuló dicho pacto, se deben las cuantías desde que se produce el divorcio —no la separación o la posible causa de divorcio—, y que dicha cuantía procede simplemente acreditando el tiempo de matrimonio transcurrido, sin que sea necesario por parte del cónyuge acreedor acreditar ninguna otra circunstancia. Se trata así de pactos que, como venimos refiriendo, establecen una consecuencia jurídica simplemente por el hecho de ejercer el derecho personal a separarse o divorciarse, sin ninguna otra consideración adicional.

Y de modo claro también se puede ver a través de los argumentos fijados por el TS en la sentencia 21/06/2015 n.º 392/2015, en donde la cláusula fijaba lo siguiente: “Que en el supuesto hipotético, de que su relación se deteriorara, y esto les llevara a solicitar la separación matrimonial, y con objeto de evitar entre ellos mutuas reclamaciones y contenciosos judiciales, acuerdan en este acto que el Sr. Cecilio abonará a la Sra. Tomasa, por todos los conceptos, y como renta mensual vitalicia la cantidad de mil doscientos (1.200) euros. TERCERO.- En el supuesto de producirse dicha separación la cantidad mensual antes mencionada se actualizará anualmente por aplicación del IPC”. Aunque no se mencione expresamente, se puede apreciar que este pacto parece referido a regular aquellas cuestiones patrimoniales que derivan de la crisis matrimonial, quedando sustituida por dicho pacto, pero igualmente se podría entender si se fija dicha renta vitalicia como consecuencia del ejercicio del derecho a instar la separación o divorcio, ya que a efectos prácticos, como venimos indicando, sería igual. De hecho, lo importante de esta resolución son los motivos por los que el TS estima su validez, ya que sería aplicable a todos aquellos pactos que establezcan la indemnización por la mera separación o divorcio, entendido como una indemnización consecuencia del ejercicio de un derecho personal.

Recogemos los principales argumentos que utiliza el TS en dicha sentencia:

- a) Comienza el TS argumentando el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando, donde se permite un mayor margen a la autonomía de la voluntad en el ámbito de familia, compatible con la libertad de pacto que proclama el art. 1323 CC, a través de la cual se potencia la autorregulación de los cónyuges en base al art. 1255 CC.
- b) Recuerda que no existe prohibición legal frente a los denominados pactos prematrimoniales, cuyos límites se sitúan en la protección de la igualdad de los cónyuges y en el interés de los menores. Refiere que dichos pactos no son contrarios a la ley, moral u orden público, en cuanto se limitan a pactar un acuerdo económico para el caso de separación conyugal, lo cual ya tiene cabida en los ordenamientos autonómicos, en otros Estados de la Unión Europea y con un refrendo normativo en los arts. 1323 y 1325 CC.
- c) Señala que no queda cuestionada la igualdad de los cónyuges, ya que dicho pacto no consta que sea gravemente perjudicial para la parte obligada a su abono, ya que ambos mantienen una saneada situación económica, que impide limitar los pactos que acordaron.
- d) No se puede acreditar la existencia de situación de abuso de posición dominante, ni se aprecia una situación de sometimiento a una de las partes, por lo que no se ve vulnerada la igualdad o la libertad personal.
- e) No consta asimismo que se haya sumido a una de las partes en una situación de precariedad que genere la necesidad de asistencia de instituciones públicas o privadas. En caso contrario, considera

que sí podría atentar contra el orden público, ya que implicaría la necesaria intervención del erario público, lo que en el presente caso se descarta.

f) No es procedente en estos casos analizar si se reúnen o no los requisitos para fijar una pensión compensatoria, puesto que no fue eso lo pactado. De aquí lo relevante que comentamos de la aplicación de estos argumentos a todo tipo de pactos, aunque se limiten a sancionar el hecho de la separación o divorcio. Señala el TS que, dado que lo convenido fue una renta vitalicia mensual, que no una pensión compensatoria, no es de aplicación el art. 97 del CC ni el art. 100 del CC, sobre la aparición de circunstancias sobrevenidas que puedan extinguir ese derecho.

e) No obstante todo lo anterior, considera que, en todo caso, se debe analizar la doctrina de sobre la cláusula *rebus sic stantibus*, que determinaría una modificación o extinción del pacto si sobrevienen circunstancias imprevisibles que rompan la base del pacto celebrado en su momento. En el caso analizado, acaba descartando que se haya producido un cambio imprevisible, y mantiene la eficacia del pacto.

En conclusión, de todo lo examinado acerca de la validez de estos pactos, se puede observar argumentos en contra y a favor de este tipo de cláusulas. Los argumentos en contra se basan principalmente en que son atentatorios contra la libertad de los cónyuges para solicitar la disolución del matrimonio, y que son contrarios a la moral, al configurar el matrimonio como un negocio meramente patrimonial. No obstante, entendemos que tienen más peso los argumentos a favor, siguiendo la jurisprudencia, que vienen a dar prevalencia a la autonomía personal y familiar, así como a la libertad de pactos, siendo admitido por la jurisprudencia la libertad de fijación de las cuantías a abonar por un cónyuge a otro en caso de separación o divorcio. El límite estaría en aquellas cláusulas que impidan en la práctica o hagan muy gravosa la posibilidad de separación o divorcio por ser extremadamente perjudiciales para uno de los cónyuges³⁴⁰, que sí podrían considerarse nulas, para lo que habría que analizar el caso concreto. Si bien no es una tarea fácil de determinar, pudiéndose examinar además el resto de efectos personales y económicos derivados de la separación o el divorcio, ya que en muchas ocasiones no consisten en pactar una indemnización económica, sino que se acuerda la renuncia a derechos que se puedan tener en el patrimonio ganancial, renunciadas a pensiones que pudieran corresponder, o renunciadas al régimen de custodia respecto de los hijos menores, como luego se verá.

En todo caso, no hay que olvidar que existe la facultad moderadora del juez que, en base a la equidad, puede rebajar la cláusula penal según el art. 1154CC, así como la mencionada cláusula *rebus sic stantibus*, que permitiría su modificación o extinción si han sobrevenido nuevas circunstancias imprevisibles.

3.2. Pactos que limiten o condicionen la posibilidad de separación o divorcio de los cónyuges (II): Establecimiento de causas para la separación o divorcio.

Se plantea en este caso la validez que podría tener un pacto por el cual se limitasen las posibles causas de separación o divorcio a una serie de supuestos, como podrían ser las causas tasadas previstas en el Código Civil con la Ley 30/1981.

La primera impresión que puede originar un pacto de este estilo que es el mismo no tendría validez alguna, ya que atentaría contra el orden público, contra las disposiciones legales que regulan el matrimonio y la separación o disolución del mismo, así como atentaría contra la libertad personal de

³⁴⁰ En el mismo M. Cervilla Garzón, *Acuerdos prematrimoniales y matrimoniales con previsiones de ruptura que afecten a los hijos menores: reflexiones en torno a su eficacia*, en *LA LEY Derecho de familia* 11 (2016) 2 :“Así, podemos afirmar que si dichas previsiones consisten en imponer límites económicos a modo de indemnizaciones que impidan o entorpezcan en demasía la ruptura del vínculo, de manera que se conviertan en un elemento disuasorio de la intención de unos de los cónyuges de iniciar procedimiento de separación o divorcio, serán calificadas como ineficaces”.

los cónyuges. No obstante, entendemos que esto merece la siguiente reflexión. Parece evidente que este pacto, si existiese, no va a impedir a uno de los cónyuges separarse o divorciarse libremente sin tener que alegar ninguna causa, ya que el juez no admitiría el pacto como motivo para impedir la libre disolución del matrimonio, siguiendo dicho juez lo dictado por el Código Civil. A pesar de ello, entendemos que este tipo de pactos puede tener validez, en la medida en que el incumplimiento de lo pactado —es decir, que un cónyuge desee separarse o divorciarse sin respetar las causas establecidas— lleve aparejado como consecuencia una indemnización económica. De este modo, este sería el efecto del pacto, que operase o no una indemnización determinada, pero no una privación del derecho personal a separarse o divorciarse.

Aunque pueda resultar a determinadas personas sorprendente que se pueda llevar a cabo tal pacto con efecto indemnizatorio admitiendo su validez, su fundamentación radica en lo expresado en el apartado anterior. Es decir, si la jurisprudencia viene admitiendo sin problemas tanto la renuncia a cobrar o exigir cualquier tipo de compensación o indemnización que pudiera corresponder, así como lo contrario, que las partes establezcan una cantidad a abonar en caso de separación o divorcio, no vemos inconveniente en admitir este tipo de pactos ahora analizados, en la medida en que se trata de un término medio entre ambos supuestos admitidos por la jurisprudencia. Si se solicita el divorcio o separación aconteciendo alguna de las causas pactadas, no procedería ninguna cantidad a reclamar en concepto de indemnización, pero si no se da esa circunstancia, procede indemnizar al otro cónyuge por el hecho de la separación o divorcio, siendo su procedencia igual que cuando se pactaba de modo general una indemnización por la ruptura del matrimonio. Aunque pueda parecer una cláusula muy restrictiva, realmente es un supuesto “atenuado” de la cláusula anterior, ya que en la vista anteriormente siempre que se solicitaba la separación o el divorcio operaba la indemnización, y aquí sólo operará en determinados casos —cuando no se den los supuestos pactados que permitan dicha separación o divorcio—.

Al igual que en el caso anterior, en principio no se ve afectada la igualdad de los cónyuges, sin perjuicio de que se pueda acreditar la existencia de vicio en el consentimiento, y velando como en el caso anterior, de que la indemnización no sea tan gravosa que impida en la práctica la efectiva separación. En cuanto a la causa de ese contrato, iría destinado a fortalecer el matrimonio, sin que en principio se pueda entender como una causa ilícita, en la medida en que ha sido aceptada voluntariamente por los cónyuges.

3.3. ¿Es aplicable la indemnización si la otra parte incumplió sus deberes matrimoniales o contractuales?

Partiendo de la validez de los pactos anteriores, se plantea con esta cuestión el siguiente caso. Si un cónyuge está obligado a indemnizar al otro por solicitar la separación o el divorcio en base al pacto suscrito entre ambos, cabe plantearse en qué medida puede este cónyuge obligado al pago alegar la exención de dicho pago, argumentando que solicita la separación o el divorcio con base en que su cónyuge fue la persona que anteriormente incumplió alguno de los deberes u obligaciones matrimoniales, o bien de otros deberes que se pactaron contractualmente.

Un asunto similar es lo que ha sido examinado por la anteriormente referida Sentencia de la AP de Santa Cruz de Tenerife 07/07/2018 n.º 312/2008 en donde se solicitaba una indemnización creciente por el transcurso del matrimonio. Alegaba el cónyuge obligado al pago que su pareja incumplió otros deberes que se pactaron en el acuerdo prematrimonial, por lo que alegaba la resolución del contrato en virtud del artículo 1124 CC. Frente a esta pretensión, la AP no estimó procedente la misma, al considerar que las distintas prestaciones a que se obligaban las partes en dicho contrato no pueden considerarse como obligaciones recíprocas, siendo necesario para aplicar la resolución “que el principio de reciprocidad esté tan perfectamente caracterizado que no se conciban las unas sin las otras, por lo que no puede apreciarse cuando las distintas estipulaciones son de cumplimiento y

exigencia independiente, no interrelacionadas de tal modo que no pueda comprenderse una sin las otras, como es el caso de la compraventa —pago del precio y entrega de la cosa vendida—. En el presente caso, las obligaciones supuestamente incumplidas iban referidas a cuestiones de distinta índole, como la adopción de un determinado apellido, la posesión y uso de bienes inmuebles, o el reparto de los gastos del divorcio. Por ello, concluye el tribunal que, aun siendo obligaciones a cargo de ambas partes, en modo alguno estén entrelazadas no siendo cada una sea contrapartida de la otra. Parece acertada la visión del tribunal de analizar si existe o no esa interdependencia de las prestaciones, pero no es deseable que se pueda analizar con carácter general esta existencia de reciprocidad, aunque no esté de modo expreso pactado, si así deriva de la naturaleza de la obligación. Así, como hemos referido, si la causa del pacto por la cual se indemniza en caso de separación o divorcio es la pervivencia del matrimonio, tiene sentido que, si un cónyuge aprecia graves o reiterados incumplimientos de los deberes matrimoniales por parte de su consorte, pueda liberarse de tal matrimonio sin que tenga que indemnizar al incumplidor en primer lugar³⁴¹. Puede ser coherente el hecho de que, aun existiendo dicha obligación, nadie pueda ser obligado a pagar una indemnización por cese de convivencia si es la otra parte la que realmente ha causado o motivado tal ruptura, que ha podido ser incluso intencionadamente con la intención de, o bien ahorrarse la indemnización al no instar directamente esa parte el divorcio, o para recibir la indemnización complicándole la vida en el matrimonio a su pareja y provocando que sea esta otra parte la que inste la separación o divorcio. No obstante, como estamos haciendo referencia a acuerdos pactados en virtud de la autonomía de la voluntad, siempre será altamente recomendable que estas circunstancias y excepciones al pago se hagan constar de manera expresa en el contrato, de modo que no pueda dar lugar a controversias futuras, quedando clara dicha condición³⁴². Así, sería el caso en donde habiéndose pactado la indemnización por cese del matrimonio, se estableciera una excepción que indicase que no procederá la misma en aquellos casos en donde el otro consorte haya incumplido previamente los deberes conyugales. Como se puede observar, nos estamos acercando igualmente a lo analizado de que se pacten supuestos en donde se permita la separación o divorcio libre sin indemnización, y supuestos en donde dicha indemnización es procedente, de ahí a la indicada similitud existente entre los dos tipos de pactos antes analizados.

3.4. Pacto por el que se establece un número mínimo de relaciones sexuales en un plazo determinado.

Este pacto ha salido a la luz a raíz de determinados pactos prematrimoniales de actores famosos de Hollywood, donde se establece un número de relaciones sexuales obligatorias a la semana. Cabría plantearse qué eficacia podría tener este tipo de pactos en nuestro ordenamiento.

³⁴¹ En la misma dirección acerca de la relevancia de la infracción y de una posible exoneración parece apuntar Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *El matrimonio* cit. “pero sí definiendo que los incumplimientos de deberes esenciales de este negocio jurídico, que es el matrimonio, como cualquier otro en el mundo del Derecho, deben dar lugar, si se constatan y prueban, a consecuencias en perjuicio del incumplidor o, al menos, exoneratorias de obligaciones post-conyugales para el cumplidor”.

³⁴² De modo similar entiende Gaspar Lera, *Acuerdos* cit. 1055: “Para terminar el examen de este tipo de acuerdos, quisiera hacer una observación acerca de la incidencia que en orden a su eficacia puede tener el incumplimiento de los deberes conyugales. Y es que podría suceder que uno de los cónyuges quisiera instar la separación o divorcio en razón del incumplimiento por parte del otro de los deberes conyugales, con la paradójica consecuencia de tener que indemnizar a este último el incumplidor. Parece razonable que en estos casos, el cónyuge que pone fin al matrimonio debería poder alegar que el otro no ha observado sus deberes conyugales, a fin de eludir la pena convencional establecida para el supuesto de desistimiento. Precisamente para evitar este posible resultado injusto, sería conveniente que la eficacia del pacto se condicionara al hecho de no haber incumplido el beneficiario ningún deber conyugal propiciando con ello la ruptura”.

Podría plantearse serias dudas en la medida en que se puedan ver afectados derechos fundamentales como la dignidad, libertad o el desarrollo personal, pero, a pesar de ello, también hay que tener en consideración que, aunque se trate de un contrato que afecte a una esfera íntima y personalísima de la persona, eso en principio no la excluye automáticamente de un posible pacto³⁴³. De este modo, no es descartable que se pueda considerar un pacto válido, en la medida en que se haya fijado libremente en base a la autonomía de la voluntad³⁴⁴. Además, en estos supuestos, se podría descartar la consideración como pacto de causa ilícita, ya que el mantenimiento de este tipo de relaciones sexuales se presume en el matrimonio, pudiendo entenderse incluidas dentro del deber de fidelidad y convivencia³⁴⁵, por lo que el número de veces que deseen pactarlo no determinaría su ilicitud.

Ahora bien, cuestión distinta es determinar los efectos que produciría dicho pacto y su incumplimiento. Lógicamente, estamos, una vez más, en un tipo de pacto que es incoercible en su cumplimiento estricto. Por ello, su eficacia devendría en el establecimiento de una indemnización en caso de incumplimiento o, especialmente, que opere como causa exoneratoria de cualquier tipo de responsabilidad o cuantía por razón del matrimonio si por el incumplimiento de dicho pacto se decide poner fin al mismo, como mencionamos a continuación.

Tratándose de una indemnización dineraria, al igual que en el caso anterior, no podría ser desproporcionada o limitativa del derecho de cada cónyuge, habiéndose de analizar en cada caso.

En el caso de que operase como causa exoneratoria, su eficacia permitiría, ante su incumplimiento, la posibilidad de separarse o divorciarse sin tener que abonar la pensión compensatoria o cualquier otro pago que le correspondiese por razón del matrimonio, ni cualquier otra cuantía indemnizatoria que se haya pactado para estos casos de separación o divorcio. Piénsese que, si generalmente se permite que una persona, con carácter previo, renuncie a las cuantías que puedan corresponderle por razón del matrimonio, entendemos que con mayor motivo se deben admitir estos supuestos de renunciaciones condicionadas a un acontecimiento concreto, en este caso, el incumplimiento del pacto analizado.

O incluso también se podría plantear una mezcla de las anteriores, de forma que, estableciéndose una indemnización a cargo de quien rompa el matrimonio, el hecho de no cumplir este pacto posibilitase a la parte afectada la separación o el divorcio sin tener que abonar cuantía alguna, pudiendo exigir a la otra parte la indemnización pactada, siendo la causante de la ruptura al no cumplir con lo pactado para dicho matrimonio.

Aunque pueda ser una cuestión controvertida, consideramos que estos tipos de consecuencias pactadas podrían ser válidas. Ciertamente es que el art. 45 CC establece que “la condición, término o modo del consentimiento matrimonial se tendrá por no puesta”, lo que podría entenderse por algunos como que impide que el matrimonio quede condicionado a que se cumpla dicho pacto. No obstante, entendemos que ese artículo va referido al consentimiento matrimonial inicial, que se pacta en estos casos de forma libre y sin condición. Lo que se condicionaría es el mantenimiento en el matrimonio y los efectos de la ruptura, pero siendo libre la separación y ruptura, así como los efectos económicos

³⁴³ Algunos ejemplos tenemos en nuestros tribunales relativos a esta esfera íntima y sexual, como es el caso de la SAP Madrid 16/07/2020 n. 369/2020, en donde se da validez a un contrato de cesión de imagen en la grabación de un vídeo pornográfico, descartándose la causa ilícita ni la existencia de intromisión a la propia imagen, al haber dado su consentimiento expreso. De modo similar, la STS 21/04/2016 n. 266/2016, en donde igualmente considera válido un contrato de cesión de imágenes eróticas sin que se considere vulnerado el derecho al honor, ya que ni el destino de las imágenes fue diferente del aceptado por la propia afectada ni, por tanto, su difusión pudo redundar en perjuicio de su reputación, dignidad o consideración ante los demás.

³⁴⁴ En contra de su validez, J. González del Pozo, *Acuerdos y contratos prematrimoniales*, en *Boletín de Derecho de Familia El Derecho* 81 (2008) 12.

³⁴⁵ Nuestro Código Civil no recoge expresamente el deber de tener relaciones sexuales o la finalidad reproductiva, como si ocurre, por ejemplo, en el Código Civil de Chile, en donde en su art.102 menciona que “El matrimonio es un contrato solemne por el cual dos personas se unen actual e indisolublemente, y por toda la vida, con el fin de vivir juntos, de procrear, y de auxiliarse mutuamente”.

derivados de la misma, no habría inconveniente en que las partes fijasen tales extremos en atención al cumplimiento o no de dicho pacto. Y ello sin olvidar que, en todo caso, la disolución no es automática, sino que dependerá de la voluntad del cónyuge no incumplidor, quien podrá optar por seguir con el matrimonio, o separarse o divorciarse sin tener que abonar prestación alguna por dicha cláusula.

3.5. Pacto por el que se pacta una sanción en caso de infidelidad.

Este es uno de los pactos más comunes que se plantean en el ámbito de los pactos prematrimoniales en el ámbito de las relaciones personales.

Hay quien ha entendido que no se podría admitir la validez de los mismos, ya que serían nulos al coartar la libertad sexual de los cónyuges y el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad³⁴⁶. No entendemos procedente tal opinión. Hay que tener en cuenta que ese deber de fidelidad y de no tener relaciones sexuales con otra persona es un deber legal impuesto por el matrimonio —cuestión distinta es los mayores o menores efectos que produzca su incumplimiento³⁴⁷—, por lo que tal objeción de que coarta la libertad sexual y el desarrollo de la persona no es procedente, ya que la persona asume voluntariamente tal limitación o “deber” al contraer matrimonio. Asimismo, en ningún caso se ve afectada la libertad sexual, ya que cada cónyuge puede igualmente tener las relaciones sexuales con los terceros que considere oportuna, si bien asumiendo las consecuencias del pacto que libremente asumió. Es decir, ya exista este pacto o no, los cónyuges deben ser fieles y no tener relaciones sexuales con otras personas, y si lo hacen, deben asumir las consecuencias jurídicas oportunas, y lo único que este pacto establece o cambia son dichas consecuencias³⁴⁸, suponiendo de este modo un fortalecimiento de un deber matrimonial que se considera básico.

Además de ello, este tipo de pactos castigando los supuestos de infidelidad se han establecido desde tiempos remotos, encontrándose numerosos casos en diferentes épocas históricas, siendo de los primeros escritos localizados que trataban estos asuntos del Egipto greco romano del año 310 A.C.³⁴⁹. En ellos, las partes pactaban una serie de supuestos concretos referentes a la fidelidad de la pareja, como puede ser considerar ilícito que el marido traiga a su casa otra mujer de manera pueda infligir una ofensa a su esposa, o el hecho de tener hijos con otra mujer, fijándose como consecuencias la pérdida de la dote recibida por el marido, así como una multa adicional. Como se puede comprobar, razones históricas también apoyarían este tipo de pactos.

³⁴⁶ Berrocal Lanzarot, *Pactos* cit. 59: “Así respecto del pacto por el que se pacta una indemnización consistente en dinero o en cualquier otra prestación patrimonial en caso de infidelidad, esto es, ante el incumplimiento del deber de fidelidad por uno de los futuros cónyuges contenido en el artículo 68 del Código Civil, la doctrina de forma mayoritaria lo considera nulo al coartar la libertad sexual de los cónyuges y el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la Constitución española)”.

³⁴⁷ Incluso hay quien defiende la posibilidad de entender procedente con carácter general una indemnización a la infracción de los deberes matrimoniales, de modo que se refuercen de este modo su sentido jurídico: Martínez De Aguirre Aldaz, *Artículos* cit. 4: “A la luz de los cambios introducidos por la reforma de 2005, cabría replantear la negativa del TS a considerar indemnizable el daño moral causado por el incumplimiento de los deberes conyugales: admitiendo tal indemnización se conseguiría mantener estos deberes en el ámbito estrictamente jurídico, que es donde los coloca el CC al regularlos”.

³⁴⁸ Igualmente, a favor de dicho pacto, Gaspar Lera, *Acuerdos* cit. 1051: “Los cónyuges simplemente asumen de forma voluntaria la obligación de resarcir en caso de incumplimiento de un deber de no hacer, de carácter personalísimo, configurando así, de conformidad con sus planteamientos, convicciones y expectativas depositadas en el matrimonio, el grado de compromiso que pretenden asumir”.

³⁴⁹ Muy interesante resulta el estudio realizado por C. López-Rendo Rodríguez, M. Azaustre Fernández, *Acuerdos matrimoniales e infidelidad. Ayer y hoy*, en *Glossae: European Journal of Legal History* 19 (2022). Se puede leer cómo se redactaban estos acuerdos en diferentes épocas, recogándose algunos casos reales donde se fijaban las conductas concretas que daban lugar a la infidelidad, como las consecuencias que se atribuían a estas conductas.

Sobre la posible sanción a imponer, generalmente se tratará de una indemnización consistente en una suma de dinero que las partes acuerden. No obstante, también puede plantearse que se trate de sanciones de distinta índole tales como que una de las partes renuncie a las compensaciones que pueda corresponderle, conforme comentamos en el apartado anterior; al posible uso de la vivienda común; o renuncia a la custodia compartida de los menores³⁵⁰. Aunque puedan ser algo controvertidos estos pactos, entendemos que sí podría admitirse en la medida en que son materia igualmente disponible y sobre las que los cónyuges pueden llegar a acuerdos, y ello sin perjuicio de que la decisión última pase por el juez, quien deberá controlar que en ningún caso perjudique a los intereses de los menores, como explicamos en un epígrafe posterior³⁵¹.

Aunque a la hora de abordar la validez y eficacia de estos pactos sobre la infidelidad, se presenta un primer problema, que es la definición de la propia “fidelidad”. Es un término que no aparece definido en el Código Civil, ni tampoco la jurisprudencia o doctrina ha trabajado en exceso, pero resulta determinante comprender qué se entiende por fidelidad, para poder saber si opera o no la indemnización pactada —o, incluso sin ella, si operan o no los efectos del incumplimiento de los deberes matrimoniales que recoge el Código Civil—.

En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española define la fidelidad como “lealtad, observancia de la fe que alguien debe a otra persona. Sin. lealtad, honestidad, nobleza, confianza, franqueza, fe”. La doctrina civilista define dicho deber como fidelidad en el plano sexual, es decir, recíproca disponibilidad sexual y exclusividad en esas relaciones. Sin embargo, conforme a un sector doctrinal más reciente, cabría extenderlo al cumplimiento de ciertos cánones de honestidad y lealtad en la relación conyugal. Esto último es lo que complica delimitar su contenido. Es cierto que, sin duda, el concepto debe atender a la realidad social e histórica del momento en que se aplica (art. 3 CC). En épocas remotas se permitía al marido tener concubinas, además de su esposa, entendiéndose esas relaciones como normales. La concepción más reciente no permite como normal estos casos, entendiéndose esa exclusividad sexual entre los cónyuges, de modo que, si cualquiera de ellos tiene una relación sexual con otra persona, habría incurrido en infidelidad. Pero ¿qué ocurre si lo que aconteció fueron meros besos, sin tener relaciones sexuales completas? Puede parecer aquí que, igualmente, se mantienen relaciones no permitidas que infringen la confianza debida en la pareja. Pero ¿y si lo que ocurre es que una pareja mantiene relaciones ocultas con otra persona por redes sociales, con carácter amoroso, pero nunca se han visto en persona? ¿O si se descubre que su pareja tiene abierta una cuenta en una red social de citas? En estos casos no hay ningún tipo de relación sexual directa y personal, pero sin duda muchas personas entenderían que aquí acontece un caso de

³⁵⁰ F. Rosales de Salamanca Rodríguez, *Puede regularse la fidelidad matrimonial en capitulaciones matrimoniales*, en Blog www.notariofranciscorosales.com. (29 septiembre 2014). Ante una consulta real recibida por el notario, éste propuso, no sin ciertas dudas, los siguientes pactos: 1.- “Se fija como indemnización por daños morales que el uso y disfrute de la vivienda habitual de la familia corresponda al cónyuge que hubiera sido fiel”. 2.- “Por ello y desde ahora ambos comparecientes estipulan una renuncia a la custodia compartida de sus hijos en caso de infidelidad matrimonial, y acuerdan que la guarda y custodia corresponda al cónyuge que hubiera sido fiel en caso de ruptura del matrimonio por infidelidad conyugal.

Dicha renuncia se hace, con expresión de los motivos que la provocan, al objeto de facilitar la decisión de la autoridad judicial, y para que ésta sepa lo que es la voluntad de los cónyuges libremente emitida cuando no hay conflicto alguno entre ellos, teniendo en cuenta el interés de dichos hijos y lo que consideran más adecuado para su formación y educación, sometiéndose en todo caso a la decisión judicial que sea adoptada en beneficio de sus hijos”.

³⁵¹ En contra de la validez de estos pactos opina la letrada Patricia De Dios Teigell en F. Rosales de Salamanca Rodríguez, *Las capitulaciones matrimoniales y la fidelidad, responde una letrada*, en Blog www.notariofranciscorosales.com. (05 octubre 2014): “La renuncia a la custodia compartida: ESTE, SIN DUDA: NULO. Aquí sí que no me cabe ninguna duda, en primer lugar, porque se ha de buscar el interés del menor (siempre superior), que no tiene por qué (legalmente) encontrarse del lado del fiel. Existan o no los hijos en el momento de redactar estas capitulaciones, estoy convencida de que esta cláusula no se aplicaría jamás (con la única excepción de que el infiel acatara voluntariamente estas consecuencias, que entiendo que no ocurriría)”.

infidelidad, ya que igualmente se rompe la confianza que hay en la pareja³⁵². Por ello, es muy recomendable que, en este tipo de pactos, se especifique con el máximo detalle posible qué conductas concretas son las que determinarían esa infidelidad que conlleva la indemnización, de modo que no pueda haber dudas de qué actos entrarían en dicha prohibición. No obstante, es cierto que muchas de estas conductas serían de difícil prueba.

Otra de las cuestiones debatidas es si la indemnización por infidelidad debe ser recíproca, o si es válido si sólo recae sobre una de las partes. Hay quien ha defendido que estos pactos deben ser recíprocos para no afectar a la igualdad de los cónyuges³⁵³, pero entendemos que no siempre será necesario dicha reciprocidad, habiendo que analizar lo pactado y la existencia o no de cierta justificación. Piénsese en que muchos de estos pactos se establecen ante las sospechas de infidelidad de uno de ellos, o más especialmente tras algún caso de infidelidad reconocida y posterior reconciliación, donde el infiel desea reforzar y garantizar su relación con este tipo de cláusulas.

A modo de ejemplo, existen algunos asuntos de EEUU donde justamente se realizan este tipo de pactos por reconciliación, como en el asunto *Laudig v. Laudig*, resuelto por la sentencia del Superior Court of Pennsylvania de 28 de abril de 1993, o en el asunto *Crowford v. Adachi* resuelto por la intermediate Court of Appeal de Hawaii de 30 de diciembre de 2020. Muy ilustrativo es lo pactado en este último caso, donde el marido fijaba que “Pido a mi mujer perdón por todos mis pecados y me atenderé a mi promesa verbal y ahora escrita relativa a acceder a dejar este matrimonio con honor y dignidad y sin compensación económica si no soy capaz de abandonar mis costumbres pecaminosas. Específicamente, tener otra aventura, tanto emocional como consumada, o causar daño físico a Kristi”. Además de esta renuncia a cualquier compensación, se pactaron otras concesiones patrimoniales adicionales en caso de que volviese a ser infiel³⁵⁴. La corte de apelación admitió la validez de dicha cláusula.

3.6. Pacto por el cual se excluye una indemnización en caso de infidelidad.

Al contrario de lo tratado en el apartado anterior, aquí se plantea si sería posible un pacto por el cual los cónyuges estableciesen que, aunque se dé una situación de infidelidad por parte de alguno de ellos, el otro no estaría legitimado para pedir indemnización alguna. Nótese que aquí no se está tratando la exclusión del deber de fidelidad, sino únicamente la exoneración de pago indemnizatorio. En nuestro ordenamiento, el TS tiene establecido que, con carácter general, el incumplimiento del deber de fidelidad no lleva aparejada ninguna indemnización por daño moral³⁵⁵. No obstante, hay que

³⁵² Rosales de Salamanca Rodríguez, *Las capitulaciones* cit. Manifiesta la letrada Patricia De Dios Teigell esta visión amplia de la infidelidad, hecho que, según su opinión, hace imposible su regulación: “Personalmente creo que todos tenemos claro cuál es nuestro concepto de infidelidad, que, para la mayoría será (además del obvio contacto sexual con tercero) el compartir la intimidad (tanto de la pareja, como de un miembro de la pareja con un tercero), sea en el ámbito que sea dicha intimidad. Es decir, vincularte con un tercero aún sin esperar un contacto sexual e incluso hacerlo virtualmente a través de las RRSS: ES infidelidad hacia el otro miembro de la pareja, porque estás vulnerando su confianza y el respeto que le debes al otro miembro ... Sin embargo regular esto, es imposible, porque el grado de vinculación emocional no se puede probar ni es medible ni tangible, es de la esfera íntima de la persona. Aparte de lo anterior, creo que desde el momento en que una pareja se OBLIGA a entregarse claves, contraseñas, informar de dónde y con quién se encuentran o reúnen, perder consentimiento para reunirse con un tercero, etc... deja de ser una pareja”.

³⁵³ Con cierto paralelismo a lo que establece el 231-20 CC catalán: “3. Los pactos de exclusión o limitación de derechos deben tener carácter recíproco y precisar con claridad los derechos que limitan o a los que se renuncia”.

³⁵⁴ López-Rendo Rodríguez, Azaustre Fernández, *Acuerdos matrimoniales* cit. 547.

³⁵⁵ Sentencias TS de 22/07/1999 y de 30/07/1999: “La Sala considera que si el legislador hubiese querido sancionar jurídicamente la infracción del deber de fidelidad conyugal, no sólo con la separación y el divorcio sino también con un específico resarcimiento del daño moral irrogado por la infidelidad, hubiese de alguna forma recogido tal posibilidad entre los efectos propios del divorcio o de la separación, para añadir que no sólo no lo ha hecho así sino que ha procurado en lo posible “descausalizar” tanto la separación como el divorcio. Indudablemente, el quebrantamiento de los deberes conyugales especificados en los arts. 67 y 68 del CC, son merecedores de un innegable reproche ético-social, (...) sin

mencionar que algunas Audiencias Provinciales han entendido que sí sería procedente, en la medida en que se den los requisitos del art. 1902 CC, como daño extracontractual³⁵⁶, al igual que lo entiende indemnizable algunos autores³⁵⁷. Ciertamente es que también se ha alegado la dificultad de encaje y prueba de este tipo de conductas con los supuestos de responsabilidad extracontractual, además de que entender con carácter general que la infidelidad da lugar a una indemnización supondría un aumento considerable de litigios por dicho motivo.

En todo caso, pareciendo mayoritaria la tendencia a no indemnizar por la mera infidelidad, en principio no plantearía mayores problemas un pacto en el que se excluya tal indemnización, ya que lo único que se produciría es la certeza de que en ningún caso procederá dicha petición. De esta forma, existente dicho pacto, se podría seguir reclamando los efectos antes referidos de la desheredación, exención de pago de alimentos, o revocación de donaciones.

Sobre la indemnización, sí que habría que plantearse si sería procedente la misma en los casos de ocultación de paternidad derivado de una infidelidad, como ha reconocido alguna jurisprudencia menor. En estos casos, entendemos que sería procedente si el fundamento en el que se basa dicha indemnización no radica en la infidelidad en sí, sino en otra causa distinta, como pueda ser el hecho de la propia ocultación de la filiación³⁵⁸. Entendemos que, el hecho de que hayan pactado la

asignarle en contra del infractor, efectos económicos, los que, de ningún modo es posible comprenderlos dentro del caso de pensión compensatoria que se regula en el artículo 97.e), igualmente, no cabe comprender su exigibilidad dentro del precepto genérico del artículo 1.101, por más que se estimen como contractuales tales deberes en razón a la propia naturaleza del matrimonio, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial, obligaría a indemnizar”.

³⁵⁶ Interesante son los argumentos esgrimidos por la Sentencia AP Cádiz 03/04/2008 n. 125/2008: “Se ha dicho, no sin razón, que la indudable incoercibilidad de los deberes conyugales provoca que no puedan ser considerados como deberes jurídicos. Pero que ello sea así, es decir, que ciertamente no pueda reclamarse y conseguirse su cumplimiento forzoso, no significa que la violación de los mismos no pueda generar responsabilidad. De hecho, en nuestra legislación procesal se regula con cierta exhaustividad la posibilidad de sancionar el incumplimiento de obligaciones personalísimas no coercibles directamente (art. 709 Ley de Enjuiciamiento Civil), sanción que se resuelve finalmente con la indemnización de los daños y perjuicios, que es la opción que aquí se mantiene para las obligaciones derivadas del matrimonio.

En definitiva, no se trata de dar cobertura a un supuesto derecho a ser amado en exclusividad que la realidad muestra con tozudez que nunca existiría, sino de dar contenido jurídico al matrimonio y de sancionar las conductas antijurídicas que se den en su seno. Es claro, por lo demás, que tal responsabilidad debe quedar sujeta a las normas que la rigen, es decir, pasa por la prueba cumplida de un ilícito civil de cierta trascendencia, de la imprescindible constatación de la presencia de un daño económico y/o moral que deba ser resarcido, del nexo de causalidad adecuado entre el ilícito y el daño y de la culpa o dolo del cónyuge infractor. Todo ello se acomoda, según nuestro punto de vista, a la realidad sociológica de la institución. (...). En este sentido quien contrae matrimonio adquiere la legítima expectativa a que su cónyuge lleve a efecto los compromisos que adquirió al prestar su consentimiento y debe tener derecho a obtener una indemnización si el incumplimiento cualificado de aquellos le ha causado un daño. Ello debería legitimar las acciones indemnizatorias que entable cualquiera de los cónyuges por la infidelidad del otro si acredita que con ello se le ha causado un daño moral o económico apreciable, fuera del padecimiento psicológico ordinario que sigue a cualquier ruptura de pareja. Y ello aunque tal posición pudiera generar una inflación de pleitos en tal sentido, que consideramos que no es argumento de peso mientras esté vigente el art. 1902 del Código Civil.”.

³⁵⁷ Gaspar Lera, *Acuerdos* cit. 1051. “Sin embargo, no parece que deba negarse al cónyuge ofendido el derecho a obtener una indemnización cuando pueda acreditar la existencia de un daño moral autónomo y separable de su interés en el mantenimiento del matrimonio y en el respeto a sus reglas, como el causado a su integridad física o psíquica, dignidad, libertad o intimidad. En cualquier caso, es evidente la dificultad que suscita en el Derecho español la distinción de las conductas de los cónyuges que dan lugar a daños compensables de las que constituyen violaciones de la relación conyugal no resarcibles”.

³⁵⁸ Tema controvertido, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, el caso de la procedencia de indemnización por ocultación de paternidad. Ha sido rechazada por el TS en su sentencia de 13/11/2018 n. 629/2018, si bien algunas AAPP admiten dicha indemnización, como la SAP Barcelona de 25/07/2018 n. 498/2018, o la SAP Madrid 29/04/2021 n.180/2021. De doctrina puede verse M. Martín Casals, J. Ribot Igualada. *Exclusión de responsabilidad civil en la ocultación por la madre de las dudas sobre la paternidad biológica de un hijo. Comentario a la STS de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018, 5158)*, en *Revista Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* num. 110/2019; M. Serrano Chamorro,

posibilidad de no indemnizar si tienen relaciones extramatrimoniales, no implicaría la posibilidad de poder tener un hijo con un tercero y ocultar dicha paternidad verdadera al consorte, situación ésta que con toda probabilidad no ha sido la deseada por las partes en el pacto.

3.7. Pacto por el que los cónyuges excluyen el deber de fidelidad.

Esta cuestión sí parece más controvertida, al estar los cónyuges excluyendo uno de los deberes básicos personales del matrimonio, y de lo poco que aparece mencionado como deber del matrimonio en el Código Civil (art. 68 CC).

Hay quien entiende que en ningún caso se podría admitir este tipo de pacto, ya que afecta a la esencia del matrimonio, siendo el mismo indisponible³⁵⁹. No obstante, también se ha planteado, en base a la realidad social existente, la posibilidad de dar validez a estas situaciones en donde cada vez es más común la existencia de personas con varias parejas sentimentales o el llamado poli-amor³⁶⁰.

En todo caso, si se admitiese su validez, habría que plantearse qué efectos conllevaría este tipo de pactos. Debido a la desaparición de la separación y divorcio causal, como hemos mencionado, el hecho de que se cometa una infidelidad tiene unos efectos reducidos y concretos que hemos referido. Pues, en todo caso, el efecto que tal pacto podría producir es precisamente la desaparición de esos efectos. Es decir, en caso de infidelidad de uno de los cónyuges, con independencia de su gravedad o reiteración, el otro cónyuge no podría desheredarlo, negarle alimentos, o revocar las donaciones realizadas por razón del matrimonio.

Hay quien considera que, al afectar a un elemento esencial del matrimonio, un pacto prematrimonial de esta naturaleza haría que el matrimonio fuese nulo. No obstante, aunque en un sentido estricto pueda ser así, en la práctica esta teoría presenta muchas dificultades. En primer lugar, cabría plantearse qué ocurre cuando las parejas pactan esto ya sea de forma verbal o incluso tácita, ya que mantienen una relación abierta consentida. En estos casos, que no son escasos en la práctica, a nadie se le ocurre pensar que el matrimonio es nulo, y no se plantean acciones de nulidad en estos casos.

Y relacionado con esto último, si se opta por la nulidad, debemos tener en cuenta que el art. 74 CC establece que la acción para pedir la nulidad, aparte de a los cónyuges, le corresponde al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella. Puede ser dudoso ese término de persona que tenga interés directo y legítimo, pero un ejemplo claro podría ser los padres de algunos de los cónyuges que, como legitimarios, se ven perjudicados por la existencia del matrimonio, interesándose la anulación del mismo a efectos sucesorios. En un caso como este ¿se va a permitir a los padres solicitar la nulidad del matrimonio porque el hijo pactó una relación abierta con su consorte? Parece difícil tal cuestión.

3.8. Pacto por el que se modula el deber de fidelidad.

¿Hay daño moral indemnizable por ocultación de la paternidad en el matrimonio?, en *Práctica de Derecho de Daños* 0142 (Primer trimestre de 2020).

³⁵⁹ Así, Id., *Acuerdos* cit. 1049. “Un acuerdo prenupcial en este sentido –piénsese en la exclusión del deber de fidelidad autorizándose recíprocamente los cónyuges al mantenimiento de relaciones sexuales con otras personas o en la decisión de no vivir juntos en absoluto sin justa causa– provocaría la inexistencia de consentimiento matrimonial, debiéndose tener por no puesto en caso de haberse suscrito con posterioridad a la celebración del matrimonio (art. 45 CC.)”.

³⁶⁰ Así, en Italia, Barba, *Los pactos* cit. 27: “Finalmente, permanece el dogma de la bilateralidad, aunque las consideraciones de otros países nos llevan a repensar su propia existencia. No solo porque el sistema jurídico italiano tiene que prepararse, atendiendo a niveles adecuados de protección de las personas, ante el fenómeno de las familias polígamas, especial mente en los casos de extranjeros residentes en Italia, sino también por la necesidad de dar respuesta a nuevas figuras como las familias recompuestas y la hipótesis más reciente del poli-amor”

Muchos autores defienden que no se pueda excluir del deber de fidelidad, pero que sí se puede modular o concretar su contenido, siempre que se respete su “esencia”³⁶¹.

A pesar de tal afirmación, entendemos difícil dar sentido a esto. ¿Cuál es la esencia de la fidelidad? No tenemos regulación alguna que lo indique, y los supuestos e interpretaciones son tan amplios como relaciones personales puedan existir, siendo difícil ubicar dónde estaría el límite de qué se considera que afecta a dicha esencia.

Vemos posible dejar libertad en cuanto a la fijación de qué supuestos dan lugar a indemnización, pero poner el límite en la esencia de dicho concepto, dificulta su contenido. Así, el pacto según el cual los cónyuges pueden tener una relación abierta, con relaciones sexuales con terceras personas, siempre y cuando se siga estando de manera estable con su consorte ¿afectaría a la esencia del concepto de fidelidad? Seguro que cada persona opinaría de un modo distinto, sin tener un baremo legal con el que medir.

Sí que se podrían plantear algunas limitaciones que darían lugar a su nulidad, en la medida en que afecten a derechos básicos de los cónyuges, sin existir una causa legítima. Por ejemplo, el pacto por el cual se prohíba a un cónyuge tener contactos amistosos, ya sea personal o por internet, con terceras personas sin el consentimiento del otro consorte³⁶², o el condicionar el uso de redes sociales a que se compartan los nombres de usuarios y contraseñas para que ambos tengan acceso. Son supuestos en donde sí que se afectan derechos esenciales como la libertad, la dignidad, o el libre desarrollo de la personalidad, sin que exista una causa que justifique tal pacto, ya que no está basado en ningún derecho legítimo tal limitación.

3.9. Pacto por el que se modifica la necesidad de vivir juntos.

Igualmente, otro de los aspectos básicos del matrimonio es el hecho de vivir juntos, estando expresamente previsto tal deber como hemos visto. Esta convivencia se considera algo consustancial con el matrimonio, puesto que la comunidad de vida difícilmente se puede realizar si cada miembro de la pareja tiene una vida independiente y separada.

No obstante, con carácter general, es conocido que muchas parejas casadas viven separadas físicamente, por lo que la doctrina suele distinguir entre aquellos casos en donde existe una causa extrínseca o intrínseca de la separación, sin que la mera separación física pueda implicar la exclusión automática de la consideración de que viven juntos. De este modo, hay que tener en consideración la realidad social actual, y la existencia de posibles causas que puedan impedir esa convivencia física en todo momento, como puedan ser períodos de separación por motivos laborales³⁶³. Por el contrario,

³⁶¹ Así, con carácter general sobre los deberes matrimoniales, entiende Gaspar Lera, *Acuerdos* cit. 1050: “Otra consideración merecen, sin embargo, los acuerdos que se limitan a concretar o modular alguno de esos derechos o deberes, pues si esa modulación no afecta a su contenido esencial –es decir, sigue siendo reconocible como tal deber– no cabe hablar de nulidad del matrimonio o de acuerdo no puesto”.

³⁶² Rosales de Salamanca Rodríguez, *Puede* cit. Parece un ejemplo claro de ello el supuesto real que se le presentó a este notario, donde una pareja pretendía pactar una cláusula con el siguiente tenor: “los cónyuges se comprometen a guardarse guardar absoluta fidelidad, y a no mantener ningún tipo de comunicación, evitando cualquier tipo de acto, contacto, encuentro o cercanía con terceras personas que hayan afectado o que pudieran afectar en el futuro a la estabilidad y el equilibrio matrimonial”. Entendemos que dicho pacto no tendría validez, siendo el mismo excesivo, genérico, y prácticamente irrealizable.

³⁶³ En el mismo sentido Martínez De Aguirre Aldaz, *Artículos* cit. 6: “Es habitual distinguir, en la situación de convivencia, un elemento material (el hecho de habitar bajo el mismo techo), y otro espiritual o anímico (la voluntad de vivir juntos, de mantener la comunidad de vida). Normalmente, el elemento material y el anímico se presentan juntos, pero en ocasiones pueden disociarse: es lo que ocurre, por ejemplo, cuando marido y mujer han de vivir materialmente separados, pero conservan intacta la voluntad de mantener la comunidad de vida (así, cuando uno de los cónyuges debe ausentarse del domicilio familiar por razones profesionales durante una temporada más o menos larga). La subsistencia de la voluntad de convivir cuando sea nuevamente posible es lo que permite concluir que esta separación material no supone cesación de la convivencia, a efectos jurídicos”.

si la causa obedece a la mera voluntad de los cónyuges que no desean vivir juntos³⁶⁴, se consideraría que no existiría consentimiento matrimonial al no asumir uno de los elementos básicos del matrimonio, siendo el mismo nulo si se hizo dicho pacto con carácter previo a la celebración de dicho matrimonio.

A pesar de ello, es cuestionable hoy día también tal planteamiento acerca de la convivencia³⁶⁵. Ciertamente es que dicha convivencia es uno de los factores a tener en cuenta a la hora de determinar si existe o no un matrimonio simulado de conveniencia, siendo un criterio que puede tener relevancia para el control posterior al matrimonio, puesto que releva la no intención de los cónyuges de compartir ningún tipo de proyecto de vida³⁶⁶. De admitir la validez libre de este tipo de pactos, resultaría en la práctica imposible controlar con posterioridad a la celebración del matrimonio los denominados matrimonios de conveniencia. Pero, a pesar de ello, cada vez resulta más frecuente en la realidad diaria la existencia de matrimonios que deciden vivir separados por cuestión meramente voluntaria. Manifestación de ello es el fenómeno, de procedencia mayormente americana, denominado *Living Apart Together* —viviendo aparte juntos—, por el que las parejas deciden tener una relación de pareja estable pero sin vivir juntos³⁶⁷.

Podemos encontrar una antigua sentencia del TS, de 25/11/1985, donde parece que permite la no convivencia mediante pacto, al referir que “la obligación de convivencia que el artículo sesenta y ocho impone a los cónyuges, reflejada en la tradicional expresión de unidad de techo, mesa y lecho (thorum, mensa et cohabitado), no impide el hecho, harto frecuente, de que no obstante su nota esencial en el matrimonio, es infringida por pacto, expreso o tácito, de marido y mujer, generalmente acompañado de un acuerdo sobre la prestación de alimentos”. A pesar de tal dicción literal, de la lectura de la sentencia —sin dejar de lado la fecha en que se produce— parece que va más orientada a tratar supuestos de separación de hecho.

Ocurre realmente en este pacto lo mismo que cuando tratamos el pacto de excluir la fidelidad. En la práctica, si alguna pareja decide seguir casada pero no vivir junta, nadie va a cuestionar la existencia del matrimonio, ni, si se pactó con carácter previo, se va a producir la solicitud de nulidad por parte del Ministerio Fiscal o de algún interesado —salvo que exista algún extranjero en el matrimonio, en cuyo caso el Ministerio Fiscal podría actuar presumiendo la existencia de matrimonio de

³⁶⁴ M. Marín López, *Comentario al art.68 CC*, en R. Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, Cizur Menor 2009, 1: “Sólo hay incumplimiento cuando uno de los cónyuges sale del domicilio conyugal, con la intención de no vivir más junto al otro, sin que exista una causa razonable para esa separación efectiva (cfr. art. 105)”.

³⁶⁵ A favor de un pacto sobre este extremo se muestra Ragel Sánchez, *Efectos* cit. 684: “la ley no es realmente imperativa en este punto porque, en primer lugar, no concreta el contenido de los deberes conyugales (como sucede, por ejemplo, con el deber de alimentos) y simplemente se limita a enumerarlos; en segundo lugar, porque el acto que va contra la norma (por ejemplo, la infidelidad o la salida de un cónyuge del hogar familiar) no puede declararse nulo (¿cómo se van a retrotraer los efectos de la infidelidad?), que es la sanción que el artículo 6.3 CC establece; en tercer lugar, porque la ley también regula situaciones distintas de la separación judicial en las que no se cumple el deber de convivencia y se limita a reglamentar los efectos de esas situaciones, no a declarar nulos los acuerdos que las hayan originado: así sucede, por ejemplo, cuando se refiere a la separación de hecho para establecer algunas medidas de alcance meramente patrimonial (arts. 1368 y 1393.3.º CC); y, en cuarto y último lugar, porque la obligatoriedad de los artículos 66 a 68 CC se compadece mal con la posibilidad que tienen los cónyuges de adaptar estos preceptos legales a sus intereses y necesidades”.

³⁶⁶ Una interpretación estricta de la necesidad de convivencia en este sentido se puede observar en la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, 13/05/2020 n.º 205/2020: “Es decir, tal consentimiento no es una mera formalidad o por una situación de cariño o de amor (que es lo que dicen los testigos y que ha sido valorado por el Juzgador), sino al contenido propio con significado material del matrimonio (...) en cuanto a aceptar y asumir el contenido y significado propio de la institución familiar basada en la convivencia, fundamento de la familia que se crea con el matrimonio (...) la Sala observa un hecho absolutamente relevante y de trascendencia que denota la falta del verdadero consentimiento para contraer matrimonio, cual es, la falta de contacto personal, físico, convivencia, estancia o visita presencial entre aquellos y por ende no tiene como finalidad hacer vida en común”.

³⁶⁷ Vicki Larson, autora del libro “El nuevo ‘acepto’: reformando el matrimonio para los escépticos, realistas y rebeldes”, manifestaba en una entrevista que “en la última década o dos se ha convertido más en una opción de estilo de vida. Ya no es porque no puedes vivir con tu pareja, es porque estás escogiendo no querer vivir con ella”.

conveniencia—. Es por estos motivos por lo que estos aspectos del matrimonio pierden cierta fuerza, al menos en cuanto ambos cónyuges estén de acuerdo en cómo van a vivir, ya que siendo una institución cada vez más privada³⁶⁸, especialmente en cuanto al modo de vida de los cónyuges, no se va a producir ninguna intromisión externa sobre su compartimiento de vida conyugal.

3.10. Pacto por el que los cónyuges estipulan que será la mujer la que se encarga del trabajo para la casa.

Como hemos examinado, uno de los deberes impuestos por el art. 68 es el de compartir las responsabilidades domésticas. De este modo, cabe plantear si los cónyuges pueden hacer este tipo de pactos, contrariando el tenor literal del art. 68. Y la respuesta parece clara que así es, que no habría inconveniente alguno a ello, puestos que ambos pueden organizar la vida en común del modo que mejor les convenga. Por ello habría que ver el carácter que tiene ese art. 68 en su nueva redacción, que conllevó la crítica de algunos autores al considerar que no se estaba incorporando un verdadero deber al matrimonio, sino que era una manifestación más bien moral de que ambos debían contribuir al trabajo doméstico³⁶⁹. Asimismo, es común también que no exista pacto expreso en tal sentido, pero uno de ellos se encargue en mayor medida del trabajo doméstico, especialmente cuando el otro cónyuge trabaja fuera del hogar. De hecho, se ha puesto de manifiesto lo llamativo que resulta que, comportando los deberes de dedicación y levantamiento de cargas dos áreas distintas, como es el trabajo doméstico, por un lado, y el obtener beneficios económicos por otro, sólo se incorpore en el Código Civil la necesidad de compartir este primer ámbito³⁷⁰.

En todo caso, igualmente cabe plantearse qué efectos se le puede atribuir a este tipo de pactos. Una vez más, en este caso se podría establecer una indemnización en caso de incumplimiento, o bien solicitar el cumplimiento por equivalente teniendo que abonar el importe que costaría que un tercero se encargue de esas tareas domésticas. Asimismo, se podría establecer como consecuencia la posibilidad de solicitar la separación o divorcio sin tener que abonar ningún tipo de prestación económica, ya sea legal —como la pensión compensatoria o del trabajo para la casa—, o pactada —como la indemnización por cese del matrimonio—.

3.11. Pacto que afecten a la integridad física o psíquica de los cónyuges.

³⁶⁸ A favor de la autonomía personal en el matrimonio también se mostraba Acedo Penco, *Ámbito* cit. 376. Esgrime el autor que repetidamente se acude por la doctrina al término orden público para rechazar la disponibilidad en esta materia pero que, no obstante, esa misma doctrina —aludiendo a Lacruz—, reconoce que la regulación del matrimonio ha perdido el antiguo carácter de orden público que la caracterizaba.

³⁶⁹ En el mismo sentido Marín López, *Comentario* cit. 2: “En cuanto a las responsabilidades domésticas, a pesar de lo que indica el precepto es claro que los cónyuges pueden pactar quién de ellos y cómo llevará a cabo las tareas domésticas. Se trata, cuanto menos, de un precepto curioso, y cabe dudar del acierto de su inclusión en el Código Civil. Algo parecido puede decirse del deber de los cónyuges de cuidar y atender a los descendientes, ascendientes y otras personas dependientes a su cargo. Además de que ambos deberes no son sino una manifestación específica del deber de socorrerse y ayudarse mutuamente”.

³⁷⁰ Zarraluqui Sánchez-Eznarriaga, *El matrimonio* cit.: “También sorprende que, abarcando los deberes de dedicación a la familia en el matrimonio dos grandes áreas —los trabajos en el hogar y los de obtención de medios económicos—, se obligue a los esposos a compartir los primeros, pero no los segundos. Es cierto que se ha tratado de definir que es injusta y desproporcionada la situación en que se encuentran en la sociedad actual muchas mujeres, que comparten el trabajo externo con el marido y, sin embargo, en ellas recae el peso de las funciones domésticas y el cuidado de los hijos. Pero eso no puede llevarnos a la también injusta de que, divididas las áreas de funciones entre los cónyuges de modo que uno realiza los trabajos remunerados externos y otro —u otra, más bien— los domésticos, tenga ahora el primero que compartir éstos, sin que el segundo deba colaborar en aquéllos; a menos que consideremos que “compartir las responsabilidades” admita la fórmula de colaborar aportando medios económicos, que no parece ser el propósito de la Ley”.

En principio, parece lógico descartar cualquier tipo de pacto por el que se establezcan que uno de ellos o los dos pueden agredir físicamente al otro cónyuge, o psicológicamente a través de insultos o maltratos. Asimismo, ninguna validez tendría aquellos pactos por los que uno de los cónyuges se somete al otro a su voluntad, en una especie de esclavitud. Son pactos que no podrían tener ningún tipo de efecto al afectar a derechos fundamentales básicos de la persona, careciendo de justificación y derecho un pacto en tal sentido.

Puede pensarse qué ocurre en aquellos casos en donde las parejas mantienen lo que se llaman relaciones sadoomasoquistas, en donde se confieren lesiones y humillaciones como parte de sus relaciones sexuales o de placer. En estos casos, el consentimiento de este tipo de prácticas es algo esencial, pero entendemos que no se podría dar validez a un pacto que, con carácter general, vaya a permitir esto, por el bien jurídico protegido como es la integridad física y psicológica de la persona, además de su dignidad, debiendo de darse el consentimiento en cada caso concreto, siendo totalmente libre de revocación.

3.12. Pacto limitativo o prohibitivo de relaciones personales de los cónyuges con terceros.

Cuestionables resultarían aquellos pactos por el que los cónyuges estipulasen que uno de ellos o ambos tienen prohibido relacionarse con su propia familia, o mantener cualquier tipo de contacto con una expareja. Serían pactos que afectarían a la libertad y al desarrollo personal de los cónyuges, que en principio estarían carentes de justificación.

A pesar de ello, podría plantearse tales estipulaciones en aquellos casos en donde la relación con esos sujetos prohibidos, como pueda ser la familia o una expareja, sea lo que se denomina una relación “tóxica”, muy problemática y perjudicial tanto para la pareja como para el cónyuge particular que mantiene dicha vinculación. En estos supuestos parece que puede haber cierta justificación para tal limitación, si bien en estos casos quizás habría que plantearse de cara a valorar su validez cuál sería la consecuencia de tal infracción.

Para determinar la validez en estos casos señalados, quizás se podría plantear si la consecuencia afecta de modo directo y gravoso para el cónyuge incumplidor, en cuyo caso no valdría, o si lo que la cláusula permite es liberar al cónyuge no incumplidor de cualquier compromiso asumido, en cuyo caso sí sería admisible. Así, piénsese por ejemplo en un pacto en donde ante el incumplimiento de uno de los cónyuges, permitiese al otro solicitar el divorcio sin tener que asumir ningún tipo de prestación o pago por razón del matrimonio —por ejemplo, si se pactó una indemnización por cese del matrimonio—. Sería como una justificación de la solicitud del divorcio, ya que en el momento en que se concertó el matrimonio tenía previsto que no quería vivir con esos problemas que puede conllevar estas mencionadas relaciones tóxicas. En cambio, en la medida en que lo que se establezca sea una indemnización o cualquier otro tipo de carga o penalización para el cónyuge incumplidor, pudiera ser más cuestionable su validez, en cuanto que podría considerarse una consecuencia demasiado gravosa al afectar a un derecho básico de su persona como es el de relacionarse con quien desee.

3.13. Pacto relativo a los hijos.

Apartándonos de los propios deberes personales atribuidos a los cónyuges en el matrimonio, cabe plantearse la validez de los pactos prematrimoniales con la finalidad de regular la relación que tendrán dichos cónyuges con los hijos, en la medida en que con carácter previo determinen quién se queda con la custodia, las visitas o estancias a celebrar, o cuestiones relativas al trato con dichos menores o su educación.

Aunque nuestro Código Civil no dice nada al respecto de un pacto previo que afecte a las relaciones con los hijos menores, sí que aparece en algunos ordenamientos forales, como es el caso de la Ley

10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano, donde se reconoce expresamente la posibilidad de realizar pactos que afecten a los hijos nacidos o por nacer, ya produzcan efectos durante el matrimonio o tras la disolución del mismo³⁷¹.

Aunque acerca de los pactos que afecten a los hijos con posterioridad a la crisis matrimonial el juez deba homologarlos para que sean completamente efectivos, es importante destacar lo dictado por el Tribunal Supremo en su sentencia 15/10/2018 n.º 569/2018. En ella, se admite la validez de los pactos privados, aunque no hayan sido homologados, en la medida en que no sean perjudiciales para sus hijos. Esto vendría a amparar la legitimidad y vinculación de estos pactos prematrimoniales que afecten a los hijos del matrimonio.

La idea sería similar a lo argumentado respecto al resto de pactos, en donde los cónyuges son libres de autorregular sus intereses y relaciones personales en base a la autonomía de la voluntad, si bien en este caso existiría un límite añadido, que sería la no vulneración del interés del menor³⁷². De este modo, no se admitirían pactos en donde se renuncie por uno de los progenitores a los deberes paterno filiales, los pactos de privación de la patria potestad, o aquellos otros en donde se renuncia, por el progenitor no custodio, a su régimen de visitas.

Aunque igualmente en estos casos estamos ante el principio de libertad de forma, parte de la doctrina considera que, al afectar a menores de edad, debería de establecerse la necesidad de que se realizaran dichos pactos en escritura pública. De este modo, se conseguiría un control de legalidad, se aportaría seguridad jurídica, y se garantizaría un control de información y consentimiento por parte de los cónyuges³⁷³.

Respecto al mencionado control judicial en caso de ruptura de la pareja, habría que diferenciar si la separación o divorcio se ha producido de mutuo acuerdo, o contencioso. En el primero de los casos, parece claro que será el que menos problemas plantee, ya que ambos propondrán al juez a través del convenio regulador las medidas acordadas, ya sean en el pacto original o con alguna modificación, y

³⁷¹ Artículo 25 de la Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano. El contenido de la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales.

“En la carta de nupcias o capitulaciones matrimoniales se puede establecer el régimen económico del matrimonio y cualesquiera otros pactos de naturaleza patrimonial o personal entre los cónyuges o a favor de ellos, de sus hijos nacidos o por nacer, ya para que produzcan efectos durante el matrimonio o incluso después de la disolución del mismo, sin más límites que lo que establece esta ley, lo que resulte de las buenas costumbres y lo que imponga la absoluta igualdad de derechos y obligaciones entre los consortes dentro de su matrimonio”.

³⁷² J. Domingo Monforte, *Acuerdos preventivos sobre custodia de hijos*, en *Actualidad jurídica Aranzadi*, 867 (2013) 3: “Como ya se ha dicho, el verdadero límite a la autonomía de la voluntad de las partes, en relación al pacto previo sobre la custodia de los hijos, que se someterá siempre al necesario control y pronunciamiento judicial, como *conductio iuris* determinante de su eficacia jurídica, es que se respete al preferente interés del menor por encima del interés de sus progenitores. Si en el momento de su ejecución dicho pacto previo se alinea con el interés del menor, no representa una renuncia anticipada de derechos que perjudique dicho principio, no se da ningún cambio imprevisto de circunstancias sobre las tenidas en cuenta en el momento de su otorgamiento y el acuerdo mantiene el necesario equilibrio entre los principios de solidaridad familiar y libertad individual y está garantizado el libre consentimiento, una vez examinados y validados judicialmente los precedentes requisitos, el pacto debe tenerse por eficaz y, en consecuencia, vinculante para los tribunales”.

³⁷³ Defensora de esta idea es Cervilla Garzón, *Acuerdos* cit. 6 y 7: “Ahora bien, el hecho de que las capitulaciones matrimoniales se califiquen como un contrato formal, pues la escritura pública es requisito ineludible para su existencia, nos invita a demandar dicho requisito para dotar de eficacia a los acuerdos prematrimoniales o matrimoniales, donde se realicen pactos que afecten a los menores en caso de ruptura. Ciertamente, el principio de libertad de forma imperante en nuestro Derecho nos conduciría a la conclusión contraria; pero toda afirmación debe ser matizada. El matiz que nos dirige a la forma sustancial, tiene su fundamento en un análisis más detallado de las normas así como su relación con el interés que en estas modalidades contractuales está presente y las mediatiza: el interés del menor. Un pacto que pueda afectarle debe ser un pacto donde existan garantías adicionales, habida cuenta la supremacía del interés que en él concurren, y que sólo puede ofrecerla en nuestro ordenamiento jurídico la instrumentalización del convenio en escritura pública. Este formalismo, pues, garantiza que los intervinientes han sido informados por el fedatario público y un cierto control de legalidad de lo allí consensuado”.

el juez se encargará de aprobarlas salvo que vea que es gravemente perjudicial para los menores. En el segundo caso, si es contencioso, y una de las partes rechaza lo pactado, será el juez el que deba examinar si procede o no lo acordado con anterioridad. En estos casos, entendemos procedente partir de la validez del acuerdo y la vinculación del mismo, salvo que el cónyuge opositor logre acreditar algún cambio de circunstancia que acredite la necesidad de su modificación, además de controlar que no se vulnere el interés de los menores de edad³⁷⁴.

También cabe que el juez controle que no sea perjudicial para uno de los cónyuges, como recoge el art. 90.2 CC. Un ejemplo de este caso lo tenemos en la sentencia de la AP de A Coruña, de 07/05/2002, n.rec. 587/2001, en donde se declaraba nula la cláusula del convenio regulador en que se pactaba que la custodia de las hijas, atribuida a la madre, pasaría al padre en caso de que la madre llegase a tener relación de pareja con otra persona, salvo que el padre también la tuviese. Dicha nulidad se basaba en que era gravemente perjudicial para la madre, siendo un claro atentado a su dignidad personal y al libre desarrollo de su personalidad imponerle la obligación de no vivir con tercera persona, bajo la consecuencia de perder la custodia de sus hijas. Aquí entendemos que lo que acontece es una ilicitud de causa en el establecimiento de dicha condición, ya que no reporta ningún beneficio a ninguna de las partes, siendo simplemente un castigo reprochable que impone el marido sin que la mujer pueda rehacer su vida por cuestiones egoístas, como demuestra el inciso de que si él tiene nueva pareja, ya si puede tenerlo ella.

Igualmente, parece descartable la validez de un pacto que prohíba contraer nuevo matrimonio futuro, condicionándolo o penalizándolo de algún modo —ya sea privándole de la custodia o estableciendo cualquier otra consecuencia negativa o indemnización— ya que, al igual que en el caso anterior, estamos ante un supuesto donde se afectan derechos básicos de la personalidad del cónyuge, careciendo de justificación alguna tal limitación, que no produce ningún beneficio a ninguna parte, más que el perjuicio personal al privado de tal derecho.

Sin embargo, más controvertidas entendemos que son aquellas cláusulas en las que se prohíbe a uno de los cónyuges, que tiene la custodia de algún hijo menor, el traslado del domicilio sin el consentimiento mutuo, bajo la consecuencia de perder la custodia. Se suele considerar por los tribunales como una cláusula nula³⁷⁵, considerándose que se trata de una cláusula que afecta a la libertad individual y libertad de residencia del cónyuge custodio, sin que se pueda limitar en este sentido. No obstante, a diferencia del caso anterior, entendemos que en este tipo de cláusulas sí que existe una causa lógica y justa, y no se hace para perjudicar a una parte. El hecho es que, si se acuerda que uno de los cónyuges tendrá la custodia, el otro progenitor es normal que desee poder realizar los derechos de visitas y estancias que hayan acordado con frecuencia y comodidad, hecho que puede cambiar drásticamente si se cambia de provincia, o de país. Esto supone una alteración del acuerdo inicial, que consideramos lógica que la parte perjudicada por el traslado quiera replantear la custodia de los menores, máxime si se habla con carácter previo y se acuerdan libremente por ambas partes

³⁷⁴ Id, *Acuerdos* cit. 7 y 8: “Dicha eficacia no presenta ningún problema si la crisis se articula bajo la fórmula del mutuo acuerdo, pues el acuerdo no sustituye al convenio regulador y, por tanto, los cónyuges deberán redactar dicho convenio respetando o no las previsiones del pacto en relación a los hijos. En cualquier caso, lo que fue un acuerdo previo a la crisis que afecte a los menores no puede desplegar eficacia fuera del convenio y, al ser incorporadas sus previsiones a este por imperativo legal, quedarán sometidas a los controles previsto en el Código Civil. Si la crisis se articulara por un procedimiento contencioso, el juez deberá analizar el acuerdo que llevará al pleito la parte cuya eficacia demande. Si sus previsiones (económicas o personales) no afectan al interés de los menores al momento de ser aplicado, ni fuera impugnado por haber sucedido un cambio de circunstancias a virtud de las cuales el convenio fuera perjudicial para los menores (no para los progenitores), entiendo deberá aplicarse dicho pacto. Y ello porque, aunque sea calificado como un negocio jurídico familiar, con las particularidades apuntadas, aunque sus estipulaciones no sean del gusto de alguno de los progenitores, los acuerdos matrimoniales o prematrimoniales con previsiones de ruptura que afecten a menores son un contrato y como dice el art. 1278 CC”.

³⁷⁵ Así lo recogen, entre otras, las sentencias: SAP Ciudad Real, de 27/01/2003, SAP de A Coruña, de 07/05/2002, n.rec. 587/2001, SAP Madrid, de 7/05/2002.

dichas circunstancias, y ello sin perjuicio de la salvaguarda judicial de que lo pactado no perjudique a los menores.

4. Pactos entre parejas de hecho.

Por último, hacer una breve alusión sobre la permisividad de este tipo de pactos que regulan las relaciones personales entre los miembros de una pareja de hecho, sin contraer matrimonio. Si hemos estado defendiendo la validez de este tipo de pactos en las relaciones matrimoniales, parece coherente, incluso con mayor motivo, de que los miembros de la pareja regulen sus relaciones del modo que consideren oportuno, siendo este razonamiento igualmente aplicable al ordenamiento italiano³⁷⁶. Ya la sentencia del Tribunal Constitucional 23/04/2013 n.º 93/2013, reconoció la posibilidad de que los miembros de la pareja puedan regular las relaciones patrimoniales y personales de esa unión.

Hay normativa de comunidades autónomas que prevén expresamente esta posibilidad, como es el caso de la Ley 5/2003, de 6 de marzo, para la regulación de las parejas de hecho en la Comunidad Autónoma de Canarias, donde en su art. 7 establece que “Los miembros de la pareja podrán regular válidamente, por cualquier forma, verbal o escrita, admitida en Derecho, las relaciones personales y patrimoniales derivadas de la convivencia, con indicación de los derechos y deberes respectivos”. Si bien es cierto que existen otras normativas autonómicas donde parecen apuntar lo contrario, como es el caso del art. 6.3 de la Ley 5/2003 de 20 de marzo, de parejas de hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura, donde recoge que “serán nulos y carecerán de validez los pactos contrarios a las leyes, limitativos de la igualdad de derechos que corresponde a cada conviviente o gravemente perjudiciales para uno de ellos, así como aquellos cuyo objeto sea exclusivamente personal o que afecten a la intimidad de los convivientes”. Quizás, al referirse a supuestos “exclusivamente” personales, estaría pensando el legislador en dejar claro que una persona no puede ser coactivamente obligada a cumplir alguna obligación personalísima. De lo contrario, no tendría sentido que, de la multitud de pactos existentes, muchos de ellos examinados en este trabajo, tuviesen validez en el matrimonio y no en las parejas de hecho, que precisamente se caracterizan por su mayor libertad y autonomía personal.

Muy significativo es lo recogido en la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía, donde en su exposición de motivos se señala que “En la sociedad actual, la familia no se constituye exclusivamente sobre la base de una unión matrimonial, sino también sobre unidades de convivencia que han ido surgiendo como consecuencia del ejercicio por los ciudadanos del derecho a regular sus relaciones personales, sin la sujeción a reglas previamente establecidas que condicionaran su libertad de decisión” señalándose que “esta regulación nace desde el respeto a la libertad de los individuos para regular sus propias relaciones personales y patrimoniales, sin sujetarlas externamente a mayores requisitos que los necesarios para garantizar la seguridad jurídica”, concretando su artículo 7 que “Sin perjuicio de la libertad de los miembros de la pareja de hecho para regular los derechos y deberes derivados de sus relaciones personales, las Administraciones Públicas de Andalucía no inscribirán en el Registro los pactos que atentaren contra los derechos fundamentales y las libertades públicas de cualquiera de sus integrantes”.

³⁷⁶ V. Barba. *Pactos en previsión de ruptura familiar: una comparación entre la jurisprudencia italiana y la española, en la esperanza de que la primera aprenda de la segunda*, en *Cuadernos de Derecho Privado*, vol. 2 n.º 3 (2022) 56 “Los pactos prematrimoniales o, más concretamente, los pactos en previsión de una ruptura familiar, aunque se refieren principalmente a las relaciones entre los cónyuges, pueden, a mi parecer, valer también para los miembros de una pareja de hecho. En este sentido, aunque es conocida de sobra la orientación de la doctrina y la jurisprudencia, tanto italiana como española, tendente a diferenciar entre matrimonio y pareja de hecho y sobre la imposibilidad de equiparar ambas figuras, estoy convencido de que, sin perjuicio de esta distinción, en este aspecto no es posible establecer una diferencia o negar que una pareja de hecho pueda pactar válidamente las condiciones personales y económicas tras la crisis”.

Partiendo de su validez, en estos pactos habría que tener en consideración los mismos límites de los pactos arriba analizados, con la particularidad de que no existe matrimonio. Así, en estos casos se da la particularidad de que no hay ningún tipo de deber legal de convivencia, fidelidad, o de compartir las tareas domésticas, lo que libera aun más de todo tipo de sospechas de invalidez los pactos que regulen tales cuestiones.

De este modo, se podrían fijar indemnizaciones por la ruptura de la pareja, o por infidelidad, o por otras de las cuestiones que se han comentado. Igualmente, el límite se establecería en aquellos casos en donde se afecten derechos básicos de la persona, especialmente en aquellos pactos carentes de justificación que afecten a derechos básicos de la persona —sometimiento o esclavitud de una persona— o que se pueda considerar con causa ilícita —prohibición de tener amigos, prohibición de contraer matrimonio...—, o aquellos que impidan en la práctica la libertad de separarse de la pareja, como cuando se impone una indemnización desproporcionadamente alta que imposibilita tal derecho.

LA RESPONSABILIDAD DE LOS BIENES GANANCIALES POR LAS OBLIGACIONES EXTRA CONTRACTUALES DE UN CÓNYUGE: EL ART. 1366 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Antonio Gálvez Criado*

SUMARIO: 1. Las paradojas del artículo 1366 del Código civil español; 2. Presupuestos y ámbito de aplicación del art. 1366 CC; 3. El origen del art. 1366 CC en la reforma de 13 de mayo de 1981; 3.1. Aspectos generales de la reforma; 3.2. Las posibles opciones del legislador de 1981; 4. El art. 1366 CC y la responsabilidad civil derivada de ilícito penal; 5. Conclusiones.

1. Las paradojas del artículo 1366 del Código civil español.

El art. 1366 del Código civil español (CC) es un precepto lleno de paradojas. Se encuentra ubicado dentro de la regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales (SG), que es el nombre que recibe en nuestro CC el régimen de comunidad como régimen económico matrimonial. Es también el régimen legal supletorio en la mayor parte de España (excepto Cataluña y Baleares). Los otros regímenes económicos son el régimen de separación de bienes (cada vez más utilizado en la práctica y pactado en capitulaciones matrimoniales) y el régimen de participación (sin relevancia práctica).

El régimen de sociedad de gananciales es un régimen matrimonial bastante complejo mediante el cual se hacen comunes y por mitad entre los cónyuges las ganancias obtenidas por cualquier de ellos hasta la disolución del matrimonio. Se caracteriza por la existencia de tres masas patrimoniales: el patrimonio privativo de un cónyuge, el patrimonio privativo del otro cónyuge y el patrimonio común o patrimonio ganancial, y es aceptado que se trata de una comunidad germánica o sin cuotas (no existen cuotas sobre cada bien o derecho común, sino una cuota ideal sobre toda la comunidad a concretar cuando se liquide, pues no se trata de una comunidad ordinaria) y que no tiene personalidad jurídica propia.

A partir de aquí existen unas reglas para determinar el carácter ganancial o privativo de los bienes, para determinar las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales, unas reglas de administración, gestión y disposición de los bienes gananciales, así como sobre la disolución y liquidación de este régimen de comunidad.

En este contexto, las paradojas del art. 1366 CC se proyectan tanto en las relaciones de la sociedad de gananciales con los terceros (los acreedores de esta) como en las relaciones internas entre los propios cónyuges.

Así, en las relaciones frente a los terceros acreedores, resulta difícil explicar que en el Derecho español exista una norma que permita que ocurra, por ejemplo, lo siguiente:

- 1.º Uno de los cónyuges realiza una actividad (profesional o empresarial en los casos más frecuentes),
- 2.º Con dicha actividad este cónyuge comete un acto conscientemente ilícito, generando por ello una deuda frente a un tercero: la Hacienda Pública, la Seguridad Social, otras Administraciones, o frente a particulares,
- 3.º Esta actuación ilícita reporta importantes beneficios para la sociedad de gananciales: ingresos indebidos, adquisición de bienes, ahorro de gastos, impago de impuestos y tributos, etc,
- 4.º El acreedor dañado pretende cobrar su deuda no solo con cargo a los bienes privativos del cónyuge responsable, sino también con cargo a la sociedad de gananciales beneficiada, pero resulta que el art.

* Profesor Titular de Derecho civil de la Universidad de Málaga (España)

1366 CC hace responsable a la sociedad de gananciales solo si el acto causante no lo es con dolo o culpa grave.

5.º El otro cónyuge “inocente y que nada sabía” alegará estas circunstancias (dolo o culpa grave) para levantar el posible embargo sobre su parte de gananciales, con la intención de provocar así la disolución y liquidación de la sociedad, que es una facultad que le otorga el art. 1373 CC en caso de que un acreedor pretenda cobrar con cargo al patrimonio común una deuda privativa.

La finalidad de todo ello es que el acreedor solo obtenga satisfacción de su crédito con cargo a los bienes privativos del cónyuge directamente responsable y a su parte de los bienes gananciales, quedando inmunes los bienes privativos y su parte de gananciales del cónyuge “inocente”. Y esto ocurrirá en el mejor de los casos, pues lo normal será que, ante esta perspectiva, los cónyuges ya hayan pactado un régimen de separación de bienes e incluso hayan liquidado de mutuo acuerdo su sociedad de gananciales de la forma más ventajosa posible para ellos (esto es y generalmente, adjudicando los bienes más valiosos al cónyuge no responsable).

Es evidente que el caso expuesto no es el único que encuentra cabida en el ámbito de aplicación de una norma como es el art. 1366 CC, que literalmente dice lo siguiente:

“Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, serán de responsabilidad y cargo de aquélla, salvo si fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor”.

Así las cosas, resulta que, para el precepto, la deuda extracontractual de un cónyuge será una deuda ganancial, que quedará a cargo y responsabilidad de la sociedad de gananciales (no del patrimonio privativo del cónyuge responsable), salvo que sea debida a una conducta dolosa o gravemente imprudente del cónyuge deudor. En estos últimos supuestos, se tratará de una deuda privativa, que no es de responsabilidad de la sociedad de gananciales ni queda a cargo de ella, ni siquiera de una forma provisional y hasta tanto se produzca su disolución y liquidación. Reiteramos que, si nos encontramos en el supuesto de dolo o culpa grave, entonces el único responsable será el cónyuge que contrajo la deuda extracontractual, que responderá con sus bienes privativos y con su parte de bienes gananciales. En esta situación, el otro cónyuge solía tradicionalmente ejercitar una tercería de dominio para levantar el embargo decretado sobre los bienes gananciales para el pago de dicha deuda y por eso es frecuente que la aplicación del art. 1366 CC se planteara en los tribunales precisamente en procesos en los que se ventilan tercerías de dominio³⁷⁷.

Como también se ha dicho, los casos más interesantes a estos efectos son aquellos en los que el daño a tercero y el beneficio para la SG no se produce mediante un acto meramente imprudente, sino a través de una conducta dolosa o gravemente imprudente de uno solo de los cónyuges. El resultado de todo ello es la evidente contradicción que se produce y que viene siendo denunciada: cuanto más reprochable sea la conducta del cónyuge infractor, menor será la responsabilidad de su SG frente a terceros. A estos efectos y paradójicamente, interesa más ser un cónyuge delincuente que un imprudente. Desde luego que no será fácil la situación para el abogado defensor de los cónyuges, porque los intereses de estos en la aplicación del art. 1366 CC son radicalmente opuestos.

Probablemente por estos y otros motivos que se señalarán, la realidad es que es un precepto escasamente aplicado por la jurisprudencia española por los resultados injustos a los que conduce cuando la deuda ha sido contraída por un cónyuge con dolo o culpa grave de este, que son precisamente los casos más frecuentes en la realidad.

Pero además y por otra parte, también resulta necesario señalar que estas paradojas a que puede conducir la aplicación de este precepto también se producen en las relaciones internas entre los

³⁷⁷ Actualmente y desde la Ley 1/2000, de 6 de enero, de enjuiciamiento civil (LEC) se cuenta con el art. 541, que regula la ejecución sobre bienes gananciales y prevé que al cónyuge del ejecutado le sea notificada la demanda ejecutiva y pueda este oponerse a la ejecución. En realidad y conforme al art. 541.4 LEC, las facultades que se le otorgan son mucho más amplias, pues “el cónyuge al que se haya notificado el embargo podrá interponer los recursos y usar de los medios de impugnación de que dispone el ejecutado para la defensa de los intereses de la comunidad de gananciales”.

cónyuges, nuevamente, cuando la deuda deriva de una actuación dolosa o gravemente imprudente de uno de ellos. Así, la actuación de este cónyuge puede enriquecer a la sociedad de gananciales, e indirectamente al otro cónyuge (en su mitad de gananciales), pero la sociedad de gananciales nada debe internamente al cónyuge responsable porque se considera una deuda privativa y exclusiva de este.

Por ejemplo, si los acreedores finalmente cobraran su deuda con cargo al patrimonio ganancial, ello generará un crédito provisional (reintegro) de la sociedad de gananciales frente al patrimonio privativo del cónyuge responsable, sin que se haya previsto que dicho crédito quede reducido en la cuantía en la que la propia sociedad de gananciales se enriqueció. De esta forma, la sociedad de gananciales (e indirectamente el otro cónyuge) se estarían enriqueciendo injustificadamente por las ganancias obtenidas ilícitamente por el cónyuge responsable. En este caso, el propio art. 1366 CC constituiría la causa o base legal que justificaría tal enriquecimiento de un patrimonio a cargo de otro. En el supuesto de que el cónyuge no responsable hubiere hecho uso de la facultad otorgada por el art. 1373 CC y se hubiere procedido a la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales, tal enriquecimiento también se produciría, pues es claro que este cónyuge recibirá ganancias o bienes que han sido generados por la actuación ilícita del otro cónyuge y que no pueden ser agredidos por los acreedores privativos para disminuir la deuda si la liquidación se ha realizado correctamente. Sin embargo y a pesar de las paradojas apuntadas y las críticas que la doctrina ha realizado a este art. 1366 CC, debe decirse que el art. 264-18.3 de la Propuesta de CC realizada por la prestigiosa Asociación de Profesores de Derecho Civil de España en 2018 ha dejado las cosas prácticamente como están en este punto en la actualidad:

“Artículo 264-18. Obligaciones respecto a las cuales la sociedad de gananciales responde frente a tercero.

1. Los bienes gananciales responden directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:
 - a) En el cumplimiento de la obligación de sufragar cargas del matrimonio o de la gestión o adquisición de gananciales que por ley o por capítulos le corresponda.
 - b) En el ejercicio ordinario de la profesión, arte u oficio, o en la administración ordinaria de los propios bienes.
 - c) En caso de separación de hecho para atender a los gastos de sostenimiento, previsión y educación de los hijos que están a cargo de la sociedad de gananciales.
2. Los bienes gananciales responden en todo caso de las obligaciones contraídas por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el consentimiento del otro.
3. Los bienes gananciales responden también de las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, salvo si son debidas a dolo o culpa grave”.

Ello debe completarse con el precedente art. 264-17.1f) de misma Propuesta que, en idénticos términos, considera cargas de la sociedad de gananciales:

“Las obligaciones extracontractuales de un cónyuge, consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, salvo si son debidas a dolo o culpa grave de dicho cónyuge”.

2. Presupuestos y ámbito de aplicación del art. 1366 CC.

Analizaremos a continuación los presupuestos que han de concurrir para la aplicación del precepto. Básicamente, serían los siguientes:

A) Debe tratarse de una deuda derivada de una obligación extracontractual

El art. 1366 CC habla literalmente de “obligaciones extracontractuales”, que es una expresión muy utilizada en el ámbito jurisprudencial y académico, normalmente para ser contrapuesta a “obligaciones contractuales”. Sin embargo y por extrañeza que parezca, el art. 1366 es el único precepto que hace referencia a ellas en todo nuestro CC. Habida cuenta de ello, era exigible que el legislador

hubiera aclarado el alcance exacto que ha querido darle a la expresión en esta ocasión. Es obvio que no lo ha hecho y ello es uno de los principales aspectos del precepto abiertos a la interpretación.

En este sentido, debe decirse que la doctrina se ha ido inclinando de forma mayoritaria por una interpretación muy amplia de estos términos, de manera que termina incluyendo en ellos a todas las deudas que no tengan su origen en un contrato, haciendo responsable de las mismas a la sociedad de gananciales, siempre que no sean debidas a dolo o culpa grave³⁷⁸. Pero no se trata de una opinión ni mucho menos unánime, pues un importante grupo de autores han defendido que el art. 1366 CC debe incluir básicamente la responsabilidad civil extracontractual de los arts. 1902 y ss. CC o restringen de forma importante su ámbito de aplicación³⁷⁹.

Para la doctrina mayoritaria las “obligaciones extracontractuales” no son solo las derivadas de responsabilidad civil extracontractual. Por supuesto que se han incluido las obligaciones (legales) derivadas de la responsabilidad civil extracontractual regulada en los arts. 1902 y 1903 CC, esto es, la obligación de indemnizar por los daños causados por “los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia” en palabras del art. 1089 CC. Pero también han quedado incluidas todas las demás obligaciones legales³⁸⁰, de manera que se han señalado con carácter ejemplificativo:

- a) Obligaciones indemnizatorias derivadas de responsabilidad civil objetiva o por riesgo (expresamente las incluye Yáñez Vivero³⁸¹).
- b) Obligaciones legales derivadas de los llamados cuasi contratos: gestión de negocios ajenos (arts. 1888 y ss. CC) y cobro de lo indebido (arts. 1895 y ss. CC)³⁸².
- c) Obligaciones legales restitutorias que tengan su origen en la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injustificado.

Sin embargo, no creemos que por esta vía puedan incluirse las obligaciones derivadas de los efectos restitutorios de la nulidad, resolución y rescisión de los contratos, pues, aunque se trata de obligaciones recogidas en la ley (así, arts. 1295 y 1303, entre otros), sin embargo, parece lo lógico que sigan el régimen contractual en el que tienen su origen y queden al margen del art. 1366 CC.

d) Cualesquiera deudas contraídas por uno solo de los cónyuges y que deriven de obligaciones legales de Derecho público, tales como tributarias, sociales, administrativas, etc. En este ámbito y tal y como se detallará en el apartado siguiente, puede producirse una concurrencia con las deudas (contractuales) que tengan su origen en los arts. 1362.2.º y 3.º (deudas derivadas de la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes y de la administración ordinaria de los bienes privativos) y 1365.1.º (deudas causadas por las gestión o disposición de bienes gananciales) y 2.º (deudas por la administración ordinaria de los bienes privativos) CC.

³⁷⁸ Así y entre otros: D. Bello Janeiro, *La defensa frente a tercero de los intereses del cónyuge en la sociedad de gananciales*, Barcelona 1993, 407-409; J. Barceló Doménech, *Responsabilidad de los bienes gananciales por las obligaciones extracontractuales de un cónyuge*, Valencia 2000, 65ss, tras recoger ampliamente las distintas y matizadas posiciones doctrinales; Y. B. Bustos Moreno, *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Madrid 2002, 319; L. F. Ragel Sánchez, *El régimen de gananciales*, Cizur Menor 2017, 467.

³⁷⁹ J. L. De los Mozos, *Comentario al art. 1366 CC*, en M. Albaladejo García, S. Díaz Alabart (dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XVIII, Vol. 2.º, Madrid 1984, 299ss.; V. Guilarte Gutiérrez, *Gestión y responsabilidad de los bienes gananciales*, Valladolid 1991, 401-402; M. Peña Bernaldo de Quirós, *Comentario al art. 1366 CC*, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid 1991, 697-698; J. J. Rams Albesa, *La sociedad de gananciales*, Madrid 1992, 351-353.

³⁸⁰ Por todos, A. Fabar Carnero, *La responsabilidad directa con los bienes gananciales por las deudas de naturaleza extracontractual individualmente contraídas*, en *Revista de Derecho UNED* 22 (2018) 329.

³⁸¹ F. Yáñez Vivero, *Deudas de un solo cónyuge y responsabilidad ganancial según la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en *Anuario de Derecho Civil II* (2000) 601-602.

³⁸² Especialmente dudoso es que pueda incluirse en el art. 1366 CC a la gestión de negocios ajenos sin mandato: Peña Bernaldo de Quirós, *Comentario cit.* 698.

e) Deudas derivadas del ejercicio de su profesión u oficio por un cónyuge, sin perjuicio también en este caso de las deudas (contractuales) que hayan sido contraídas en el ámbito de los arts. 1362.4.º y 1365.2.º CC (la explotación regular de los negocios, y el ejercicio de la profesión, arte y oficio de cada cónyuge).

B) Debe tratarse de una deuda contraída “en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes”

También respecto a esta expresión utilizada por el art. 1366 CC se ha defendido una interpretación amplia, de manera que se ha admitido que “el beneficio de la sociedad conyugal” pueda serlo tanto por actos personales como patrimoniales o económicos que afecten a la vida familiar. Asimismo, se considera que el “beneficio” se ha de juzgar objetivamente respecto de la acción del cónyuge tendente a obtenerlo, con independencia de que el resultado final de dicha acción haya sido o no positivo o provechoso de hecho para la SG³⁸³.

De la misma manera, se ha entendido que la “administración de los bienes” debe incluir tanto la ordinaria como la extraordinaria y tanto de bienes propios como los comunes, pues el precepto no distingue. En este punto, se ha criticado la extensión de la responsabilidad *ex art.* 1366 CC a la SG por las deudas extracontractuales contraídas por un cónyuge en la administración extraordinaria de los bienes privativos, a diferencia de lo establecido por los arts. 1362.3.º y 1365.2.º CC, que las excluye, tanto en las relaciones internas como en las externas³⁸⁴.

En este punto debemos señalar que la “actuación en beneficio de la sociedad conyugal” no debe impedir, en nuestra opinión, hacer responsable a esta cuando el beneficio por ella obtenido sea consecuencia del ejercicio de una actividad profesional o empresarial llevada a cabo por uno de los cónyuges a través de una persona jurídica con personalidad propia.

Esto debe ser aplicable incluso en los casos en los que la persona jurídica a cuyo través se lleva a cabo la actividad tenga reconocida una limitación de responsabilidad. Incluso en estos casos y sin perjuicio de que, como regla, el patrimonio privativo y ganancial de los cónyuges no responda de las deudas de la persona jurídica (una sociedad mercantil normalmente), habrá que ver en cada caso si la sociedad conyugal ha obtenido algún beneficio de la actividad llevada a cabo de esta manera, pues si así fuera, el art. 1366 CC constituiría la base jurídica para hacer responsable a la SG, siempre que se trate de una deuda que no tenga su origen en un contrato.

Con más razón serán así las cosas cuando el cónyuge empresario o profesional deba responder directamente de las deudas de su sociedad o de alguna manera sea responsable, bien de forma única, bien de forma subsidiaria o solidaria, respecto a la persona jurídica.

La cuestión se planteó en la sentencia del Tribunal Supremo (TS) n. 345/2023 de 6 de marzo en un caso de delito fiscal y otros cometidos por el marido como gerente de una sociedad cooperativa sobre la que ejercía un poder absoluto. Mediante una actuación ilícita que derivó en una condena penal, había obtenido devoluciones indebidas del impuesto sobre el valor añadido (IVA) por una alta cantidad y también había dejado de presentar a título particular la declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas (IRPF). La Agencia Estatal de la Administración Tributaria (AEAT)

³⁸³ Por todos, Barceló Doménech, *Responsabilidad* cit. 91ss.

³⁸⁴ Barceló Doménech, *Responsabilidad* cit. 99-100.

Sin embargo, Ragel Sánchez, *El régimen* cit. 470, sí considera justificada la diferencia, poniendo el siguiente ejemplo: “al transeúnte herido a consecuencia de un accidente ocurrido en la obra que se está realizando en una finca no le puede perjudicar que el acto de administración fuera de carácter extraordinario y que se realizara en una finca privativa. Por el contrario, el que contrata con una persona sometida al régimen de gananciales puede solicitar información sobre tales datos y, en su caso, exigir las garantías que estime oportunas y, más concretamente, el consentimiento conjunto de ambos cónyuges, con lo que conseguirá que la deuda sea ganancial (art. 1367 CC)”.

demandaba que se declarase la responsabilidad de la sociedad conyugal formada por el acusado y su esposa en la cantidad reclamada de 847.133,57 euros por estos impuestos.

Tanto el Juzgado de Primera Instancia (JPI) como la Audiencia Provincial (AP) de Badajoz habían acogido esta demanda sobre la base de los arts. 1362.4.º, 1365.2.º y 1366 CC, interpretando que la excepción de dolo y culpa grave de este último precepto no resulta aplicable a las relaciones externas con los acreedores, lo que es un aspecto dudoso como se verá más adelante.

El recurso de casación de los cónyuges presentaba como motivo único la infracción en la aplicación del art. 1366 CC y el TS lo cierto es que dio la razón a los demandados respecto a la deuda por IVA porque consideraba que el obligado tributario por ella no era el demandado como persona física sino su sociedad cooperativa como persona jurídica con personalidad jurídica propia. En otras palabras, que al no tratarse de una deuda personal del marido, no podía hacerse responsable a su sociedad de gananciales *ex art.* 1366 CC (ni a su patrimonio privativo, entendemos nosotros). El TS sí declaró responsable a la SG de la deuda por IRPF, que sí era una deuda personal del marido (y sin que resultara oponible a la AEAT la liquidación de la SG realizada con anterioridad por los cónyuges).

Sin embargo, parece que en la decisión del TS sobre la deuda por IVA también pesó el hecho de que –según afirmaba el Alto Tribunal– no constaba que la actividad del marido a través de la sociedad cooperativa hubiere reportado beneficio o provecho alguno para la SG:

“En definitiva, consideramos que, en este caso, con respecto al IVA, no existe responsabilidad civil directa de la sociedad ganancial, pues no se trata de una actuación del cónyuge en beneficio de la sociedad conyugal, sino derivada de un hecho doloso enmarcado dentro de un delito tributario nacido de la liquidación de impuestos de los que el demandado no era sujeto pasivo y sí la cooperativa en cuyo provecho actuó, y sin que la sentencia de la audiencia proclame que, de tal actividad, hubiera obtenido beneficio o ventaja patrimonial la sociedad conyugal”.

Estas palabras recuerdan bastante a las pronunciadas por la sentencia del TS n. 773/1999 de 25 de septiembre. Se trataba de una tercería de dominio interpuesta por la esposa para provocar el levantamiento de la traba sobre cuatro fincas que habían sido embargadas para el pago de la indemnización debida por el marido. La deuda de este derivaba de un delito de apropiación indebida con sentencia penal condenatoria que había cometido. En concreto, se había apoderado de diversas cantidades de una sociedad cooperativa y antes de recaer la sentencia penal los cónyuges ya habían liquidado su sociedad de gananciales y habían adjudicado a la esposa la mayor parte de su patrimonio inmobiliario; de hecho, tres de las fincas habían sido adjudicadas a la esposa, aunque su inscripción en el Registro de la Propiedad fue posterior, lo que también facilitó la defensa de la cooperativa.

Tanto el JPI como la AP habían desestimado la demanda de la esposa y el TS declaró no haber lugar al recurso interpuesto. Entre los motivos planteados por la esposa recurrente se encontraba la vulneración del art. 1366 CC y la excepción de dolo y culpa grave, que el TS circunscribió (otra vez y dudosamente) a las relaciones internas entre los cónyuges, pero para el TS lo decisivo era que la actuación (individual) del marido resultó beneficiosa para la SG:

“Las actividades desplegadas por el marido resultaron beneficiosas para el haber de gananciales en cuanto contribuyeron a su incremento patrimonial en relación a las fechas de adquisición de las fincas que constan en las capitulaciones, por lo que, una vez más, se priva a la recurrente de la condición de tercero que la podía legitimar para promover la tercería que enjuiciamos”.

Por supuesto que el problema anterior tampoco se planteará cuando uno de los cónyuges sea declarado responsable solidario de las deudas (tributarias) de una sociedad mercantil. En otro caso de tercería de dominio interpuesta por la esposa, en la sentencia del TS n. 49/2014 de 19 de febrero el marido era el administrador (y es de suponer que accionista) de la mercantil “López Cubero, SL” y había sido declarado por la AEAT responsable civil subsidiario. Tanto en primera instancia como en apelación se rechazó la tercería, y lo mismo hizo el TS, pues la deuda tributaria era anterior a la liquidación del régimen económico matrimonial que habían realizado los cónyuges.

El recurso de casación de la esposa no mencionaba al art. 1366, sino que se basaba en los arts. 1317 y 1401 CC, aunque el resultado fue el mismo. El TS había asumido la tesis de que tales deudas

tributarias tenían el carácter de gananciales, siguiendo jurisprudencia anterior (se citaba el art. 1362.2.º y 3.º CC):

“Esta Sala ha resuelto la cuestión objeto de la presente litis en dos ocasiones por medio de las SSTs núm. 150/1992, de 19 de febrero y núm. 514/2005, de 21 de junio, y las citadas en ella.

En ambas sentencias ha sentado la doctrina de la ganancialidad de las deudas tributarias procedentes de una sociedad mercantil, de la que era administrador uno de los esposos, cuando las deudas son anteriores a las capitulaciones matrimoniales de la que era administrador uno de ellos. Por esta razón la Agencia Tributaria pudo embargar bienes que fueron gananciales, y que en el momento de la traba ya eran privativos como consecuencia de la liquidación de la sociedad de gananciales”.

En línea con lo anterior y para evitar el perjuicio a los acreedores en caso de dolo y culpa grave, lo razonable sería defender una interpretación lo más restrictiva posible del art. 1366 CC, al tiempo que lo más amplia posible del art. 1365.2.º³⁸⁵ (para las relaciones de la SG con los acreedores) y de los arts. 1362.2.º, 3.º y 4.º³⁸⁶ (para las relaciones internas entre los cónyuges).

Para ello, entendemos que el art. 1365 CC no debería ser interpretado en clave exclusivamente contractual en el sentido de entender incluidas en él solamente las deudas (contractuales) contraídas individualmente por los cónyuges y derivadas del “ejercicio de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los propios bienes” (apartado 2.º). Por el contrario, debería extenderse en nuestra opinión a cualesquiera deudas, contractuales o extracontractuales, cuya fuente fuera alguna de las dos actuaciones señaladas. El precepto habla de “deudas contraídas” de forma genérica y sin distinción alguna, y no existe razón para que deban excluirse las extracontractuales que tengan su origen en estos actos, porque estas también son “deudas contraídas”. Son deudas causalmente vinculadas a una fuente concreta, sin más distinciones³⁸⁷.

Es cierto que el art. 1366 CC se refiere también en términos muy genéricos a las “obligaciones extracontractuales” y ello permitiría incluir en este precepto a las obligaciones extracontractuales derivadas del art. 1365.2.º CC. Sin embargo, creemos que debe tenerse muy en cuenta que las obligaciones extracontractuales del art. 1366 CC quedan causalmente vinculadas a una no menos genérica “actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes”.

Precisamente esta generalidad, frente a la concreción de la fuente de la que deriva la responsabilidad procedente del art. 1365.2.º CC, es lo que permitiría defender nuestra posición: que la SG responde frente a los acreedores de cualesquiera deudas que tengan su origen en el ejercicio de la profesión, arte u oficio por uno de los cónyuges, lo que incluye la explotación de negocios de forma individual³⁸⁸. El resto de deudas extracontractuales quedarían incluidas en el art. 1366 CC en la medida en que entren en su ámbito de aplicación.

De esta manera y respecto a las deudas extracontractuales contraídas en el ámbito familiar, el art. 1366 CC funcionaría como un precepto de cierre.

³⁸⁵ Art. 1365 CC: “Los bienes gananciales responderán directamente frente al acreedor de las deudas contraídas por un cónyuge:

(...) 2.º En el ejercicio de la profesión, arte u oficio o en la administración ordinaria de los bienes comunes”.

³⁸⁶ Art. 1362 CC: Serán de cargo de la sociedad de gananciales los gastos que se originen por alguna de las siguientes causas:

(...) 2º La adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes

3º La administración ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges

4º La explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge”.

³⁸⁷ Así lo apuntaban M. A. Rueda Pérez, J. M.ª Rueda Pérez, *Notas sobre la nueva regulación de las cargas y obligaciones de la sociedad de gananciales tras la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981*, en *Revista de Derecho Privado* (1982) 569, en el sentido de que el art. 1366 CC no es el único que determina la normativa a que han de someterse las obligaciones extracontractuales. Los autores se refieren precisamente a las obligaciones extracontractuales derivadas del ejercicio de la profesión, arte u oficio o de la explotación regular de los negocios del art. 1362 CC.

³⁸⁸ Así lo defiende Fabar Carnero, *La responsabilidad* cit. 333-335, respecto a las deudas tributarias en el ámbito de una actividad profesional o comercial de cualquiera de los cónyuges.

En esta misma línea y en nuestra opinión, no deben resultar admisibles ya los pronunciamientos jurisprudenciales que excluyan del ámbito de aplicación del art. 1365.2.º CC aquellos casos en los que la actuación empresarial o profesional de uno de los cónyuges, de la cual deriva la deuda frente a terceros, no puede calificarse de “normal” o “regular”. Son supuestos donde la actuación del cónyuge es irregular o abiertamente ilícita o ilegal, incluso constitutiva de delito, y parece entonces querer excluirse la aplicación del precepto por la referencia que hasta el año 2022 hacía la norma al “ejercicio *ordinario* de la profesión, arte u oficio”, de forma semejante a como el art. 1362.4.º habla de “la explotación *regular* de los negocios”³⁸⁹.

La sentencia que quizás más abiertamente había defendido esta interpretación literal es la del TS n. 762/2005 de 25 de octubre, que será analizada detenidamente después, a la que también parece remitirse genéricamente en este punto la sentencia del TS n. 345/2023 de 6 de marzo.

La redacción originaria del art. 1365 procede de la importante reforma del Derecho de familia español llevada a cabo en su momento por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Posteriormente, su apartado 2.º fue modificado mínimamente por cuestiones terminológicas en 2005, pero en 2022 una ley que modificó de forma importante la Ley concursal española eliminó la referencia que había en este apartado 2.º del art. 1365 CC al ejercicio “ordinario” de la profesión, arte u oficio de uno de los cónyuges³⁹⁰.

Aunque en el preámbulo de esta ley no existe justificación alguna sobre esta modificación concreta, lo cierto es que, eliminado el término “ordinario”, no existe razón para que, a partir de ahora, debamos distinguir ejercicio “ordinario/extraordinario” o “regular/irregular” de la actividad profesional o empresarial llevada a cabo por uno de los cónyuges.

La experiencia jurisprudencial demuestra que los principales supuestos donde entran en conflicto los arts. 1365.2.º y 1366 CC se refieren básicamente a actividades “irregulares” o ilícitas, incluso delictivas, realizadas por uno de los cónyuges con ocasión del ejercicio de una actividad profesional o empresarial que genera una deuda con un tercero. El otro cónyuge conocerá, con más o menos detalle, el ejercicio de esta actividad profesional o empresarial cuyos beneficios revierten a su sociedad de gananciales (art. 1345.1.º CC) y parece lo lógico que esta responda por ello frente a los acreedores y sin perjuicio de posibles acciones de reintegro que correspondan.

Por tanto y frente a terceros lo lógico es que, si la sociedad de gananciales se beneficia de una actividad más o menos “irregular” de uno de los cónyuges, pues que responda por ello frente a los terceros perjudicados.

En fin y además de otras obligaciones legales ya aludidas en el apartado anterior, concretaremos ahora algunos supuestos de responsabilidad civil extracontractual que deben entenderse incluidos en el art. 1366 CC más allá de la aplicación del genérico art. 1902 CC:

a) Responsabilidad derivada de los daños causados por hijos bajo la guarda de alguno de los cónyuges, menores bajo su autoridad o habiten en su compañía y personas con discapacidad a quienes

³⁸⁹ Esto mismo había sido defendido también por algunos autores, como Guilarte Gutiérrez, *Gestión* cit. 458-461, limitando tanto cuantitativa como cualitativamente la idea de “ejercicio ordinario” de la profesión, arte u oficio del cónyuge. En la misma línea, Ragel Sánchez, *El régimen* cit. 465-466.

³⁹⁰ Fue la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, de reforma del texto refundido de la Ley Concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo. Mediante esta Ley también se suprimió el inciso final de este apartado 2.º del art. 1365 CC en cuanto establecía que “si uno de los cónyuges fuera comerciante, se estará a lo dispuesto en el Código de Comercio”. Esta última supresión era perfectamente lógica desde el momento en el que la Ley 16/2022 derogó expresamente los arts. 6 a 12 del Código de Comercio, que regulaban precisamente esta cuestión.

El resultado de todo ello ha sido la unificación de régimen jurídico (en el art. 1365 CC) entre el ejercicio de una profesión, arte u oficio y el ejercicio de una actividad comercial o profesional, pues con anterioridad a esta modificación legal el régimen era diferente en el Código Civil y en el de Comercio. A partir de ahora, los bienes gananciales responden de las deudas derivadas del ejercicio de todas estas actividades por parte de uno de los cónyuges, sin que el otro pueda oponerse a ello.

presten los cónyuges su apoyo con facultades de representación plena (art. 1903.II, III y IV CC, respectivamente; también en caso de delito conforme a los arts. 118.1.1.^a y 120.1.^o del Código Penal y 61.3 de la Ley orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores).

b) Responsabilidad por los daños causados por los dependientes o trabajadores en el ejercicio de sus funciones en los términos del art. 1903.V CC.

c) Responsabilidad por los daños causados por animales comunes o privativos (art. 1905 CC).

d) Responsabilidad por los daños causados por bienes comunes o privativos en los casos del art. 1906 (finca de caza) y 1908 CC (por explosión de máquinas o sustancias explosivas, humos excesivos y otros supuestos de emanaciones y por caídas de árboles), así como cualesquiera otros daños en el ámbito de las relaciones de vecindad o daños medioambientales causados a terceros.

e) Responsabilidad por los daños causados por las cosas caídas o arrojadas desde inmuebles (o muebles, como embarcaciones, aeronaves, vehículos u otros, comunes o privativos), conforme al art. 1910 CC.

f) Responsabilidad por los daños causados por el mal estado de conservación o ruina de los bienes de los cónyuges (art. 1907 CC)

g) Responsabilidad por los daños causados con la circulación de vehículos a motor propiedad de los cónyuges, con tal de que su conducción pueda asociarse a algún beneficio (personal o económico) para la SG en el momento del daño.

h) La responsabilidad civil derivada de delito cometido por uno de los cónyuges será objeto de estudio separado.

C) Debe tratarse de la actuación individual de uno solo de los cónyuges

Esto significa que, si se trata de una actuación conjunta de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, entonces estaremos fuera del ámbito de aplicación del art. 1366 CC y el aplicable será el 1367 CC, que hace responsable en todo caso a los bienes gananciales. Lógicamente y en tal caso, también responderán los bienes privativos de los cónyuges de forma solidaria (art. 1369 CC).

El art. 1367 habla de “consentimiento expreso del otro”, pero lo cierto es que no debe existir obstáculo alguno para entender aplicable la norma a los casos de asentimiento o consentimiento tácito del otro cónyuge. Precisamente esta es una de las vías posibles para evitar la aplicación del pernicioso art. 1366 CC y hacer responsable a la SG cuando la deuda extracontractual ha sido causada con dolo o culpa grave. Se evita de esta manera que la falta de prestación del consentimiento expreso de un cónyuge, pero que actúa en connivencia con el otro y de cuya actuación se beneficia sin duda, perjudique a los acreedores. No obstante, la prueba de tal consentimiento corresponderá al acreedor cuando este sea negado por alguno de los cónyuges.

D) Debe tratarse de una deuda no debida “a dolo o culpa grave del cónyuge deudor”

La letra del art. 1366 CC parece clara –“serán de *responsabilidad y cargo* de aquélla [la sociedad de gananciales]”– y por eso, en general, se considera que el dolo y la culpa grave operan tanto en las relaciones internas entre los cónyuges como en las externas frente a los acreedores, aunque tal decisión del legislador haya sido objeto de una fuerte contestación, sobre todo jurisprudencial, hasta el punto de ponerse en duda la prevalencia de esta interpretación literal de la norma. El dolo supone la voluntad de causar un daño o la conciencia de asumir su causación con la conducta realizada, mientras que la culpa grave se viene tradicionalmente asociando a la ausencia de los mínimos y elementales deberes de cuidado que incluso la persona menos precavida hubiera tomado para evitar el daño.

El profesor Lacruz Berdejo ya mostraba sus dudas (por no decir perplejidad) sobre la literalidad de la norma nada más aprobarse la reforma del precepto en 1981, pues no le resultaba razonable que el dolo y la culpa grave pudieran ser opuestos a los acreedores y por ello parecía apuntar a una interpretación alternativa: “el «dolo» del deudor acaso no se refiere a la mera intención de delinquir, sino a la intención de causar daño a la comunidad conyugal, y la culpa grave, paralelamente, significa que con el acto delictivo el autor ha puesto en riesgo notable los intereses comunes. Sobre todo, no pienso yo que pueda apreciarse el dolo cuando ambos cónyuges son conscientes del delito que comete uno de ellos en la gestión de asuntos o negocios que producen sus beneficios para el consorcio. Es el caso más frecuente en las infracciones de leyes de tasas y fiscales”³⁹¹.

En otras palabras y según este autor, lo lógico sería entender que el dolo y la culpa grave vayan referidos a la SG, como intención de causar daño a esta o actuar poniendo gravemente en riesgo los intereses de esta, limitando de esta forma su eficacia frente a los acreedores. De esta manera, estas circunstancias podrían dar lugar a una acción de reintegro en el ámbito interno, pero no debería afectar a los acreedores.

Se trata de una opinión que había encontrado importante eco en la doctrina³⁹² y que ha defendido recientemente con especial esmero Fabar Carnero³⁹³, abiertamente partidario de la idea de que el dolo y la culpa grave solo juegan en las relaciones internas entre los cónyuges y no frente a los terceros acreedores en la aplicación del art. 1366 CC. Para ello, se apoya en una interpretación teleológica o finalista del precepto (conforme al art. 3.1 CC) que mejor defienda los intereses que trata de proteger, y que no serían otros que los de los terceros acreedores respecto a los créditos extracontractuales de los cónyuges.

Aparte de ello, este autor acude también a la interpretación lógica, pues una interpretación literal del mismo produciría como resultado que los supuestos más graves (dolo y culpa grave) privilegiarían de una forma importante al cónyuge no deudor y a la sociedad de gananciales, que muy probablemente se habrán enriquecido como consecuencia de la actuación del cónyuge deudor. Como venimos diciendo, la aplicación (literal) del precepto conlleva que, cuanto más reprochable sea la conducta del cónyuge deudor, menor será la responsabilidad de su SG (e indirectamente, del otro cónyuge), lo que no parece lógico.

No obstante, esta misma interpretación lógica también ha sido defendida por Peña Bernaldo de Quirós para llegar a la conclusión justamente contraria: que no hay contradicción en que los bienes gananciales del cónyuge no causante del daño respondan en caso de culpa del otro cónyuge y no lo hagan en caso de culpa grave o dolo, pues la gravedad de estas conductas es precisamente lo que justifica, en su opinión, la exclusión de la responsabilidad civil del otro cónyuge. Por eso –continúa este autor–, si aun en estos casos el patrimonio ganancial se hace cargo de la deuda, tendrá un derecho de reintegro frente al patrimonio privativo del cónyuge responsable³⁹⁴.

En cualquier caso, lo cierto es que, a pesar de las razones de peso y la crítica a la que la mayoría de los autores han sometido al art. 1366 CC, la voluntad del legislador parece bastante clara en la letra del precepto, como se ha manifestado de forma creemos que mayoritaria en la doctrina, incluso más allá de la mera interpretación literal³⁹⁵. Por ello y a lo largo de este trabajo, se vienen defendiendo

³⁹¹ J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho Civil*, Vol. IV, Barcelona 1984, 431-432.

³⁹² T. Giménez Duart, *Cargas y obligaciones del matrimonio*, en *Revista de Derecho Privado* (1982) 550; V. Torralba Soriano, *Comentario a las reformas del Derecho de Familia*, Vol. II, Madrid 1984, 1699-1701; Rams Albesa, *La sociedad* cit. 354-355.

³⁹³ Fabar Carnero, *La responsabilidad* cit. 343-348.

³⁹⁴ Peña Bernaldo de Quirós, *Comentario* cit. 699.

³⁹⁵ Ragel Sánchez, *El régimen* cit. 471-472; L. Díez-Picazo, A. Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho Civil. Derecho de familia*, Vol. IV, Tomo I, Madrid 2018, 174; Guilarte Gutiérrez, *Gestión* cit. 404-405. Entiende este último autor como razonable la decisión del legislador excluyendo el dolo y la culpa grave, pues en tal caso se aplicará el régimen normal que deriva del principio de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC, de manera que no hay razón para

otras vías alternativas que impidan los irrazonables resultados a que lleva la interpretación literal de la norma.

Por otra parte, debe decirse que en la jurisprudencia también se ha asistido a una importante división sobre la correcta interpretación del art. 1366 CC. Es posible encontrar un muy relevante grupo de sentencias que parecen entender que el dolo y la culpa grave solo afectan a las relaciones internas y no frente a terceros, sobre todo en los casos en los que la actuación de uno de los cónyuges reportó beneficios para la sociedad conyugal. Esto es lo que mantiene abiertamente, por ejemplo, la sentencia del TS n. 762/2005 de 25 de octubre, de la que es ponente la Sra. Encarna Roca.

El caso resulta de interés porque también se discutía si la deuda reclamada por el demandante había de residenciarse en el art. 1366 o en el 1365.2.º CC, ya que su origen estaba en la actuación ilícita de un cónyuge como administrador de una sociedad anónima (“Discuber, SA”). Este habría ofrecido a otra persona (el demandante) adquirir la condición de socio a través de una ampliación del capital social por valor de 15 millones de las antiguas pesetas españolas (unos 90.000 euros), en un momento en el que la sociedad se encontraba ya en situación de insolvencia. El dinero fue desembolsado, pero como era de esperar, la inversión nunca se materializó ni tampoco se devolvió el importe recibido, que fue destinado a cancelar préstamos pendientes de la mercantil y avalados personalmente por el demandado y su cónyuge.

Iniciadas acciones judiciales contra la sociedad y obtenida una sentencia favorable, el demandante no obtuvo la satisfacción de su crédito debido a la insolvencia de aquella, por lo que ejercitó una acción individual de responsabilidad frente a su administrador, que también prosperó. También se encontró entonces con serias dificultades para que esta sentencia pudiera ser ejecutada, por una secuencia de hechos relatada por la sentencia del Alto Tribunal y que resulta bastante familiar en este tipo de casos. En concreto, resultaba que: la sociedad mercantil se encontraba en situación de insolvencia desde septiembre de 1991 y cerró sus instalaciones en diciembre de ese mismo año; el 9 de diciembre el demandado y su esposa habían otorgado capitulaciones matrimoniales y pactado el régimen de separación de bienes, siendo adjudicados a la esposa todos los bienes inmuebles y al marido el dinero que decían tenía la sociedad y que nunca se encontró; y el 18 de diciembre la esposa había constituido ante notario sendas hipotecas sobre estos inmuebles a favor de su madre y su cuñada en garantía de unos supuestos préstamos que había recibido de ellas.

Ante estos hechos, el demandante interpuso otra demanda ante los tribunales para que declararan la nulidad o ineficacia de tales préstamos hipotecarios, lo que finalmente ocurrió (en un caso por simulación y en otro por fraude de acreedores) y asimismo se declaró la responsabilidad solidaria de la esposa por la deuda de su marido frente al demandante. El recurso de casación interpuesto por la esposa, su madre y su cuñada es el que da lugar a la sentencia del TS de octubre de 2005, y en él y entre otros motivos, alegaron la indebida y errónea aplicación del art. 1366 CC.

En este caso, el JPI había incardinado los hechos en el art. 1365.2.º CC, mientras que la AP de Burgos los había residenciado en el 1366 CC. Por su parte y como ya se ha mencionado, el TS aboga por una interpretación estricta del art. 1365.2.º CC excluyendo los casos en los que el ejercicio de una profesión, arte u oficio no pueda ser calificada como de ordinaria (quizás por extensión de la “explotación regular” referida en el art. 1262.4.º CC), de manera que entiende que el aplicable es el art. 1366 CC, que debe ser interpretado de forma muy amplia en su opinión. Sin embargo y de forma incomprensible de acuerdo con su letra, declara el Alto Tribunal que las excepciones de dolo y culpa grave no pueden aplicarse en perjuicio de los acreedores. Recogemos a continuación la argumentación del TS:

“1º La obligación de devolver el dinero aportado por el Sr. Bernardo puede ser considerada una carga de la sociedad de gananciales, de acuerdo con el artículo 1362, 4º CC que atribuye esta cualidad a las que se originen

pensar que se esté perjudicando con ello a los acreedores ante estas conductas tan graves de uno de los cónyuges y que pueden perjudicar claramente al otro. Lo mismo reitera ampliamente Bello Janeiro, *La defensa* cit. 412-417.

por «el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge». De aquí que la responsabilidad frente a terceros acreedores debe regirse por el artículo 1365, 2º CC. Sin embargo, contra esta consideración se levanta la objeción que esta concreta deuda no se originó en el desempeño ordinario de la profesión del Sr. Joaquín, sino que fue causada por el destino desviado que se dio a los fondos aportados por el Sr. Bernardo, que no sirvieron para ampliar el capital de Discuber, SA, sino para saldar los avales que el mencionado D. Joaquín y su esposa habían otorgado en garantía de préstamos concedidos a la sociedad de la que D. Joaquín era administrador.

2º En consecuencia, parece más adecuado considerar que la obligación de D. Joaquín como responsable solidario de la deuda de la sociedad Discuber, SA, debe regirse por lo dispuesto en el artículo 1366 CC, es decir, se trata de una responsabilidad extracontractual, entendida esta expresión en sentido amplio, porque no tiene su origen en un contrato, sino que se trata de una indemnización de daños y perjuicios originada por las disposiciones legales y concretamente, en los artículos 133 y 135 LSA y que, además, ha sido beneficiosa para la sociedad de gananciales, puesto que ha eliminado un pasivo de ambos cónyuges, consistente en los avales asumidos y ya aludidos, pasivo que, era una deuda de la sociedad de gananciales, interpretación que coincide con la naturaleza de la responsabilidad de los administradores que establece el artículo 135 LSA. Y ello dejando aparte la colaboración de la propia esposa en todas las operaciones económicas.

3º El recurrente admite esta calificación, pero considera que al concurrir «dolo o culpa grave» del marido, la responsabilidad no corresponde a la sociedad de gananciales, sino a éste, que en el momento actual es insolvente, como lo demuestran los hechos probados. Esta objeción no es válida, porque la norma del artículo 1366 CC no permite disminuir las garantías del acreedor, sino que frente al tercero funcionará la responsabilidad de la sociedad de gananciales, con independencia de las acciones que los cónyuges tengan entre ellos para el reembolso de lo pagado que no debiera ir a cargo de la sociedad.

La conclusión es que el patrimonio ganancial resulta responsable de la deuda contraída por D. Joaquín porque la actuación que la ha generado ha sido beneficiosa para la propia sociedad conyugal, lo que implica la no admisión del primer motivo del recurso”.

Aunque resulte llamativo, las consideraciones realizadas en el apartado 3.º anterior sobre que no puede admitirse una interpretación del art. 1366 CC que permita “disminuir las garantías del acreedor”, como fundamento para evitar la aplicación de la excepción de dolo o culpa grave en las relaciones externas, ha tenido una repercusión inesperada en la propia jurisprudencia. En efecto y por ejemplo, esta idea se ha reiterado en las sentencias del TS n. 773/1999 de 25 de septiembre y en la n. 886/2022 de 13 de diciembre, y también fue acogida y aplicada por la AP de Badajoz en el caso que fue finalmente resuelto por la sentencia del TS n. 345/2023 de 6 de marzo.

La última sentencia conocida que abiertamente vincula la inaplicación de la excepción de dolo y culpa grave a las relaciones externas cuando la sociedad de gananciales se ha enriquecido de la actividad de uno de los cónyuges mediante la cual se han causado daños indemnizables a terceros es la del TS n. 886/2022 de 13 de diciembre. En el caso se discutía el reparto interno en la sociedad de gananciales (a efectos de su liquidación por los herederos de los cónyuges) de la indemnización (pagada mediante la entrega de unas fincas gananciales) que previamente la SG había satisfecho a los acreedores y que derivaba de un delito de estafa cometido por el marido en el ejercicio de una actividad. Según consta en la sentencia, esta actividad contaba con el consentimiento de la esposa y de la misma se había lucrado la economía familiar. Así las cosas, en casación se alegaba que tal deuda no era ganancial sino privativa y no debería regirse por el art. 1365 CC, sino por el 1366, al que resultaba –decía el recurrente– aplicable la excepción de dolo o culpa grave.

Con independencia que, según el TS, el precepto aplicable a las relaciones internas entre los cónyuges sería el art. 1362 CC y no el 1365, el Alto Tribunal realiza unas interesantes apreciaciones en la línea ya indicada sobre el art. 1366 CC y su aplicación:

“El oscuro art. 1366 CC, con todas las dificultades de interpretación que plantea, cuando deja a cargo de un cónyuge las obligaciones no contractuales (incluidas las derivadas de delito, aunque en el caso sea discutible que sea extracontractual la responsabilidad que nace de la estafa cometida mediante unas compraventas) debidas a dolo o culpa grave, aunque sean consecuencia de la actuación del cónyuge en beneficio de la comunidad o en el ámbito de la administración de los bienes, no puede permitir que la sociedad de gananciales retenga para sí todo el beneficio de una actividad que ha generado daños indemnizables. Para que la deuda no quede a cargo del patrimonio común sino de los bienes propios de un cónyuge sería preciso que se tratara de una deuda que pudiera calificarse de puramente personal, contraída en su exclusivo interés o beneficio, lo que en el caso no sucede”.

De esta forma, la jurisprudencia ha intentado sortear las odiosas consecuencias que para los acreedores representa en este tipo de casos la poco sensata e injustificable excepción de dolo y culpa grave del art. 1366 CC, como se viene diciendo.

Sin embargo, la interpretación anterior en favor de los acreedores convive lógicamente con una posición jurisprudencial de signo contrario y más apegada a la letra del art. 1366 CC, prueba de lo cual es la sentencia TS n. 262/2004 de 31 de marzo, siendo ponente el Sr. Antonio Gullón Ballesteros, donde se afirma de forma taxativa la oponibilidad de las excepciones de dolo y culpa a los acreedores, que fue la decisión que adoptó claramente el legislador en 1991, por muy discutible que ello sea en términos de justicia –como manifiesta la propia sentencia–:

“Cumplidas las anteriores condiciones, el art. 1366 determina que las obligaciones extracontractuales serán de la responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales, es decir, frente al tercero responderá el patrimonio ganancial, y la obligación será pasivo de la misma y sólo se exceptiona el caso de que «fuesen debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor» sin que aparezca por parte alguna ningún otro requisito como el que pretende introducir arbitrariamente la recurrente (que es: en perjuicio del otro cónyuge o de la sociedad consorcial). Por otra parte, la claridad del texto legal rechaza que la excepción tenga únicamente el alcance de excluir el efecto «de cargo» de la sociedad de gananciales, de modo que su patrimonio responde frente a tercero, pero internamente, en las relaciones entre los cónyuges, la deuda no es pasivo de la sociedad. Esta limitación de los efectos de la excepción es arbitraria porque distingue donde la Ley no lo hace entre «responsabilidad y cargo» de la sociedad de gananciales. Cualquiera que fuere la opinión que se tenga sobre la justicia del precepto, el juez no puede imponerla contra su texto, ni forzar con interpretaciones que no tienen un respaldo en él los términos claros en que se pronuncia”.

La misma posición parece seguir la más reciente STS n. 345/2023 de 6 de marzo, que distingue claramente “entre carga y responsabilidad, relaciones internas y externas, pasivo definitivo y provisional”, aunque lo haga para distinguir el ámbito de aplicación de los arts. 1362.4.º y 1365.2.º CC. Es de suponer que lo mismo sería defendido para el 1366.

E) Debe tratarse de una “obligación extracontractual” no sometida a una regulación especial. El específico caso de las obligaciones tributarias

La interpretación tan amplia de la expresión “obligaciones extracontractuales” del art. 1366 CC que hemos visto viene defendiendo la doctrina de nuestro país, creemos que deviene, al mismo tiempo, en una debilidad en su aplicación. En efecto y precisamente por esta razón, entendemos que la norma debe quedar también desplazada en favor de una normativa específica que discipline concretas “obligaciones extracontractuales”, tanto en las relaciones entre los cónyuges como de estos frente a terceros. Básicamente nos referimos a concretas obligaciones legales.

Entendemos que esto es lo que precisamente ocurre en el importante ámbito de las obligaciones tributarias. Se trata, en principio, de obligaciones legales o no contractuales que, en la interpretación que se viene haciendo del art. 1366 CC, encajarían lógicamente en el precepto. Sin embargo, y como veremos, esta norma debe entenderse desplazada por la concreta normativa tributaria en virtud del principio de especialidad.

También y por su evidente conexión con las deudas tributarias, debemos recordar en este punto la interpretación que hemos defendido del art. 1365 CC en relación con el art. 1366 CC. Reiteramos que, en nuestra opinión, la aplicación del primer precepto desplaza la del segundo. En este caso, ello debe significar que, en principio y conforme al art. 1365 CC, la SG es responsable frente a terceros (la Administración tributaria correspondiente) de las deudas (tributarias) contraídas por uno solo de los cónyuges y que deriven de:

- La gestión o disposición de bienes gananciales,
- El ejercicio de la profesión, arte u oficio (incluida su actividad comercial), o
- La administración ordinaria de los bienes privativos.

Pero ello debe ser sin perjuicio, como decimos, de la aplicación preferente de la normativa tributaria específica en virtud del principio de especialidad, de manera que el art. 1365 CC resultará de

aplicación en defecto de esta normativa más concreta. Debemos tener en cuenta que el art. 1365 CC regula supuestos en los que la SG es responsable frente a cualesquiera terceros acreedores por las deudas contraídas por uno solo de los cónyuges, mientras que la normativa tributaria regula el derecho de un acreedor específico cuya actuación está presidida por un interés público, como es la Administración tributaria.

Esto no significa que la Administración no pueda fundar en el art. 1365 CC una reclamación contra una SG por deudas tributarias de uno de los cónyuges en los supuestos enumerados en esa norma, sino que lo que quiere decirse es que este precepto es aplicable supletoriamente respecto a la normativa tributaria. Todo ello sin perjuicio de que, en muchas ocasiones y como veremos a continuación, el resultado al que llega la legislación tributaria y el art. 1365 CC sean coincidentes, precisamente porque la primera remite al segundo de forma expresa para establecer que la SG responda directamente de las deudas tributarias de cualquiera de los cónyuges.

Otra cosa serán las posibles acciones de reintegro de los cónyuges contra su SG, cuando uno de ellos y con cargo a su patrimonio privativo haya abonado a la Administración una deuda que internamente correspondía a aquella.

En todo caso, quedarán al margen los supuestos de incumplimiento de obligaciones tributarias que den lugar a responsabilidad penal, que deben ser tratados aparte.

Dentro de la normativa tributaria podemos comenzar por el art. 106 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del impuesto sobre la renta de las personas físicas (LIRPF), que somete tanto a las deudas como a las sanciones tributarias (contraídas por uno solo de los cónyuges) al régimen del art. 1365 CC, haciendo en consecuencia responsable de ellas directamente a la SG:

“Las deudas tributarias y, en su caso, las sanciones tributarias, por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas tendrán la misma consideración que las referidas en el artículo 1365 del Código Civil y, en consecuencia, los bienes gananciales responderán directamente frente a la Hacienda Pública por estas deudas, contraídas por uno de los cónyuges, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 6 del artículo 84 de esta Ley para el caso de tributación conjunta”.

Por tanto, el obligado tributario responderá con su patrimonio privativo y con todo el patrimonio ganancial, mientras que en caso de concurrir varios obligados tributarios (ambos cónyuges aquí), entonces todos responderán solidariamente, tal y como establece expresamente el párrafo primero del art. 35.7 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, general tributaria (LGT)³⁹⁶. Sería el supuesto equivalente al art. 1367 CC de la legislación civil y causado por una actuación conjunta de ambos cónyuges que les hace tener a ambos la consideración de obligados tributarios (por ejemplo, una tributación conjunta en el IRPF).

A esta responsabilidad de la sociedad de gananciales se podrá sumar también la responsabilidad solidaria que la legislación tributaria pueda imponer al cónyuge del obligado tributario en otros supuestos, cosa que expresamente autoriza de forma general el apartado segundo del art. 35.7 LGT: “Las Leyes podrán establecer otros supuestos de solidaridad distintos del previsto en el párrafo anterior”. Estaríamos entonces ante otro supuesto de responsabilidad solidaria cuyo origen no estaría en la actuación conjunta de ambos cónyuges, sino en la decisión del legislador tributario establecida en interés general.

Lo mismo ocurriría en aquellos casos en los que la responsabilidad se establezca por el legislador de forma subsidiaria, y no solidaria, respecto al obligado. En todos ellos la consecuencia será que el responsable solidario responde también con su patrimonio privativo.

El régimen jurídico de estos supuestos de responsabilidad solidaria o subsidiaria de otras personas respecto al obligado tributario se regula con carácter general en el art. 41 LGT. Resumiendo mucho y como regla si no se establece otra cosa: la responsabilidad será subsidiaria antes que solidaria, no

³⁹⁶ Art. 37.1 LGT: “7. La concurrencia de varios obligados tributarios en un mismo presupuesto de una obligación determinará que queden solidariamente obligados frente a la Administración tributaria al cumplimiento de todas las prestaciones, salvo que por Ley se disponga expresamente otra cosa”.

alcanzará a las sanciones, la exigencia de esta responsabilidad “requerirá un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extensión” y requerirá también la previa declaración de fallido tanto del deudor como de los responsables solidarios. Finalmente señala que “los responsables tienen derecho de reembolso frente al deudor principal en los términos previstos en la legislación civil”, lo que resulta evidente en el ámbito del régimen de la sociedad de gananciales.

Sin embargo, debe decirse que ni en la enumeración general de responsables solidarios del art. 42 LGT ni en la de responsables subsidiarios del art. 43 LGT, se incluye, sin más, a los cónyuges de los obligados tributarios. No obstante, ambos preceptos aclaran que ello será sin perjuicio de otros supuestos de ambos tipos de responsabilidad que otras leyes puedan establecer.

Como por otra parte resulta lógico, el esquema diseñado por el art. 106 LIRPF y su remisión al art. 1365 CC se reitera en el art. 48 del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del impuesto sobre la renta de no residentes (LIRNR), de manera que se tiene por reproducido lo ya dicho respecto al primer precepto señalado. Lo mismo ocurre también respecto al art. 34 de la Ley 19/1991, de 6 de junio, que regula el impuesto sobre el patrimonio.

Entendemos que el legislador tributario toma en este tipo de supuestos una decisión acertada al llevar expresamente este tipo de deudas al régimen de las establecidas en el art. 1365 CC, y no al art. 1366 CC, de manera que se hace prevalecer el interés público del crédito tributario frente a los intereses particulares de los cónyuges. El cónyuge que no sea deudor tributario no podrá entonces invocar la aplicación del art. 1373 CC ni ejercitar una tercería de dominio que le permita levantar el embargo de la Administración sobre su parte de gananciales.

En otras palabras, se impide la alegación del dolo o la culpa grave previstos en el art. 1366 CC que permitirían al cónyuge no deudor ejercitar los mencionados derechos y acciones y que tanto venimos criticando. La defensa del crédito público lleva al legislador a imponerlo así expresamente y evitar discusiones interpretativas que lleven a los resultados indeseables que se están produciendo en ocasiones en perjuicio de los acreedores privados³⁹⁷.

Por su parte, nada similar al art. 106 LIRPR establece la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, que regula el impuesto sobre el valor añadido (LIVA). En este caso, entendemos que la Administración tributaria puede igualmente alegar la aplicación del art. 1365 CC en las mismas condiciones que puede hacerlo un acreedor particular, cuando alguno de sus dos apartados resulte aplicable.

Lo normal es que la deuda por IVA derive entonces del ejercicio de una actividad empresarial o profesional de un cónyuge (art. 1365.2.º CC) mediante la cual se hayan realizado entregas de bienes y prestaciones de servicios, o bien, adquisiciones intracomunitarias o importaciones de bienes (son las operaciones gravadas por este impuesto). Pero no puede descartarse que la deuda tributaria por IVA tenga su origen en la gestión o disposición de bienes gananciales (art. 1365.1.º) o en la administración ordinaria de bienes privativos (art. 1365.2.º).

En conclusión, la aplicación del art. 1366 CC quedaría, en el ámbito de las obligaciones tributarias, para los casos incluidos en este precepto que no cuenten con una regulación específica en la legislación tributaria ni a los que resulte de aplicación el art. 1365 CC. En este ámbito y de nuevo, el primer precepto debe funcionar como un mecanismo de cierre del sistema.

F) El problema de las sanciones (tributarias) y el principio de personalidad de la pena

³⁹⁷ No vemos el beneficio que para los créditos públicos tendría la aplicación del art. 1366 CC en el sentido de clarificar el patrimonio responsable y que ha señalado S. Algaba Ros, *Los bienes gananciales y su responsabilidad por las deudas tributarias. La modificación del régimen económico matrimonial en perjuicio de sus acreedores. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2005*, en *Revista de Derecho Patrimonial* 17 (2006) 279-280.

Resulta recurrente aludir a la sentencia del TS n. 150/1992 de 19 de febrero como ejemplo jurisprudencial de que las sanciones o multas tributarias impuestas a uno de los cónyuges quedan excluidas del ámbito de aplicación del art. 1366 CC. Por supuesto que debe partirse del principio de responsabilidad personal en el ámbito del Derecho sancionador (Derecho penal y Derecho administrativo sancionador), de manera que las sanciones solo puedan ser impuestas al infractor.

El caso citado es un caso antiguo de otra tercería de dominio interpuesta por la esposa del deudor ejecutado para levantar el embargo sobre unos bienes que le habían sido adjudicados a ella tras la correspondiente liquidación de la sociedad de gananciales.

El origen estaba en la deuda tributaria contraída por el marido (anterior a la liquidación de la SG) y de la que respondían los bienes que antes eran comunes. Esto estaba claro. Sin embargo, la discusión se centraba en si los intereses de demora y la multa por el impago también formaban parte de la deuda tributaria y alcanzaba a los bienes de la esposa como deuda ganancial. En primera instancia se había considerado que tales conceptos quedaban excluidos, pero en apelación hubo una aclaración de sentencia que parecía venía a entender justamente lo contrario.

Por su parte, el TS alude al carácter punitivo de la multa (no así de los intereses de demora) para considerar finalmente que esta es una deuda privativa del marido:

“(…) la recta hermenéutica de aquel art. 1366 CC deriva en que las partidas correspondientes a la multa (no así a los intereses de demora) que fueron motivadas por el impago, tienen un componente punitivo de carácter personal que, en caso alguno, pueden imputarse a la responsabilidad de la sociedad de gananciales, y, por lo tanto, tampoco es trasladable esa responsabilidad, en una especie de subrogación real, a que sigan afectos tales bienes, ahora de carácter privativo, por dicha suma que, como se dice, puede considerarse generadora a causa de una actuación dolosa o culposa del cónyuge deudor, que por las razones que fuese, no satisfizo en su momento los débitos fiscales correspondientes a dicho deudor o sujeto pasivo del descubierto y de la infracción (…)”

Sin embargo, esta sentencia de 19 de febrero de 1992 fue dictada en un momento en el que en la legislación tributaria (la LGT de 1963) no parecía haber duda sobre el carácter personalísimo de las multas o sanciones tributarias. Pero ya hemos visto que la LGT de 2003 autoriza que otras leyes puedan establecer supuestos de responsabilidad subsidiaria o solidaria de otras personas respecto al obligado tributario. Su art. 41.4 especifica que en estos casos “la responsabilidad no alcanzará a las sanciones, salvo las excepciones que en esta u otra ley se establezcan”.

Lo anterior es justamente lo que han establecido algunas normas tributarias, como el art. 106 LIRPF ya analizado, que expresamente somete al régimen del art. 1365 CC tanto a las deudas como a las sanciones tributarias derivadas de este impuesto; en otras palabras, que tienen el carácter de gananciales y de ellas responde el patrimonio común de los cónyuges, sin perjuicio de las acciones de reintegro posteriores que pudieran corresponder. Y ya hemos visto que otras leyes han seguido el mismo camino.

Esta nueva regulación tributaria ha tenido su eco en la jurisprudencia, que ha incluido ya sin problema la multa derivada del IRPF entre las obligaciones extracontractuales del art. 1366 CC, justificando en este hecho el cambio de criterio jurisprudencial respecto al caso resuelto por la sentencia de 1992. La sentencia del TS n. 514/2005 de 21 de junio ya había apuntado *obiter dicta* que los intereses de demora y la sanciones formaban parte de la deuda tributaria, pero es la del TS n. 345/2023 de 6 de marzo la que lo afirma con rotundidad:

Por lo que respecta a la multa impuesta al demandado, la audiencia la considera responsabilidad ganancial por aplicación del art. 106 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, que así lo dispone, sin que se haya articulado un concreto motivo de casación concerniente a tal pronunciamiento que cuenta con identidad propia.

Esta interpretación no contradice la doctrina de la sentencia 150/1992, de 19 de febrero, que se dictó bajo otro marco normativo distinto.

3. El origen del art. 1366 CC en la reforma de 13 de mayo de 1981.

3.1. Aspectos generales de la reforma.

El art. 1366 CC procede, como un precepto nuevo, de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. El precepto equivalente con anterioridad desde la aprobación del CC (1889) hasta ese momento era el art. 1410 CC, que decía:

“El pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer antes del matrimonio no estará a cargo de la sociedad de gananciales.

Tampoco lo estará el de las multas y condenas pecuniarias que se les impusieren.

Sin embargo, el pago de las deudas contraídas por el marido o la mujer con anterioridad al matrimonio, y el de las multas y condenas que se le impongan, podrá repetirse contra los gananciales después de cubiertas las atenciones que enumera el artículo 1.408, si el cónyuge deudor no tuviese capital propio o fuera insuficiente; pero al tiempo de liquidarse la sociedad se le cargará lo satisfecho por los conceptos expresados”.

Como puede observarse, este precepto entendía las multas (entre las que se entendía incluidas las derivadas de responsabilidad extracontractual) y las condenas pecuniarias impuestas a uno de los cónyuges como una deuda privativa de este, aunque hacía responsable provisional y subsidiaria de las mismas y frente a terceros a la sociedad de gananciales, con el expreso reconocimiento de un derecho de reintegro a esta frente al cónyuge deudor. En otras palabras, tales deudas eran de responsabilidad subsidiaria, pero no de cargo de la sociedad de gananciales.

Como sabemos y a diferencia del anterior, el nuevo art. 1366 CC alude expresamente a “obligaciones extracontractuales” contraídas por un cónyuge, y exige asimismo que sean “consecuencia de su actuación en beneficio de la sociedad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes”. Por otra parte y como diferencia fundamental respecto al anterior art. 1401 CC, ahora tales obligaciones se consideran de responsabilidad directa y cargo de la sociedad de gananciales, es decir, tanto en las relaciones internas como externas. Por ello y lógicamente, si hubieren sido abonadas con cargo al patrimonio privativo de uno de los cónyuges, entonces habrá que reconocer a este un derecho de reintegro frente a la SG. El punto de partida es diametralmente opuesto en uno y otro precepto.

Parece existir en la doctrina un cierto acuerdo sobre que el cambio de criterio se debió en buena medida a la opinión del profesor Lacruz Berdejo y a la crítica a la que había sometido al antecedente art. 1401 CC³⁹⁸. Según este autor, no resultaba lógica la consideración privativa de tales deudas, a consecuencia de lo cual la jurisprudencia admitía el ejercicio de tercerías de dominio por parte del otro cónyuge (la esposa, habitualmente) para levantar el embargo sobre su parte de los gananciales, cuando tales bienes se habrían beneficiado y obtenido importantes beneficios de la actuación irregular o ilícita del otro cónyuge. Todo ello iba lógicamente en perjuicio de los derechos de los acreedores. Pero también parecía injusta la situación que provocaba el art. 1401 CC en las relaciones internas entre los cónyuges, pues la responsabilidad por tales infracciones las debía soportar exclusivamente el cónyuge que corría el riesgo y que estaba beneficiando con ello a su sociedad de gananciales y al otro cónyuge. En este punto entendía Lacruz Berdejo que “(...) al ser tales infracciones consecuencia de una gestión, ciertamente ilícita, pero habitual y extendida, del negocio que alimenta la masa de gananciales y de cuyas superganancias se aprovecha toda la familia (...) deben pesar sus consecuencias sobre todo el patrimonio familiar”³⁹⁹.

Ya se ha comprobado que esta idea sobre los beneficios que la actividad ilícita de uno de los cónyuges seguramente ha reportado a la comunidad conyugal, que estuvo muy presente en la aprobación del precepto en 1981, ha seguido siendo mantenida también muy viva en la interpretación jurisprudencial del art. 1366 CC hasta su actualidad, sobre todo para proteger a los acreedores en caso de dolo o culpa grave.

³⁹⁸ Así, Rams Albasa, *La sociedad* cit. 350.

³⁹⁹ Lacruz Berdejo, *Elementos* cit. 431-432.

En definitiva y resumiendo la filosofía del nuevo art. 1366 CC, tal y como ha puesto de manifiesto Carrión Vidal, la idea sería que, si se está actuando para el consorcio conyugal y en su beneficio, que sobre él recaigan también las consecuencias, tanto positivas como negativas, de tal actuación⁴⁰⁰.

Sin embargo, este aparente equilibrio se rompe completamente cuando el legislador permite al otro cónyuge oponer el dolo o la culpa grave tanto en las relaciones internas como frente a los acreedores, de manera que entonces la deuda *ex art.* 1366 CC se convierte en una deuda privativa del cónyuge responsable.

3.2. Las posibles opciones del legislador de 1981.

Debe decirse que, desde el punto de vista del Derecho comparado, el legislador español de 1981 tenía sobre la mesa básicamente tres opciones para regular la responsabilidad extracontractual de los cónyuges y su sociedad de gananciales. Serían las siguientes:

a) Primera opción: considerar esta deuda como una deuda privativa del cónyuge causante de la misma sin más. La consecuencia es que de tal deuda respondería únicamente el patrimonio privativo del cónyuge responsable y su parte en los bienes comunes. Quedaría inmune el otro cónyuge.

Es la solución, por ejemplo, del Derecho portugués (art. 1692.b de su CC), siempre que se trate de una deuda de responsabilidad civil derivada de delito, mientras que si no procede de delito entonces será privativa también, salvo que se trate de una de las deudas consideradas comunes por el art. 1691.1 y 2. Siendo privativa, responderá el patrimonio del cónyuge deudor, y subsidiariamente, su parte en los bienes comunes (art. 1696)⁴⁰¹.

En el Derecho italiano no se encuentra una regla específica para las obligaciones extracontractuales, por lo que la doctrina mayoritaria considera que se trata de deudas privativas de los cónyuges⁴⁰². Si la deuda es privativa, ello conllevaría que el cónyuge deudor respondería de forma directa con sus propios bienes, y de forma subsidiaria y por su cuota, con los bienes comunes (art. 189).

Sin embargo, algunos autores discuten tal consideración sobre la base del art. 186.b) del Codice civile la referencia que en él se hace a “i carichi dell’amministrazione”, incluyendo entre estas obligaciones las derivadas de responsabilidad extracontractual⁴⁰³.

b) Segunda opción: considerar esta deuda como privativa del cónyuge deudor, pero provisionalmente hacer responsable a la sociedad de gananciales frente a los acreedores, con derecho de reintegro de la sociedad descontando los beneficios obtenidos por ella. En este caso, tanto los bienes privativos del

⁴⁰⁰ M.^a A. Carrión Vidal, *En torno al artículo 1366 del Código civil*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 5 (2016) 105: “(...) Jugaría aquí un elemento que cabría calificar como connivencia, pero con todo creo primó en esa nueva redacción el criterio primordial de que «si se está actuando para el matrimonio» y, en consecuencia, «en beneficio del consorcio», esta misma realidad convertiría en injusta la consecuencia de que la responsabilidad por las infracciones deba soportarlas sólo el cónyuge que corrió el riesgo.

Así pues, frente al criterio puramente individualista de la norma anterior, desconectada así de esa «realidad subyacente» y en cuyo beneficio actuaba el infractor, el de la norma vigente, que tiene en cuenta ese presupuesto «subyacente», la existencia de un vínculo matrimonial, que de alguna manera se diría viene a «dar sentido», no a la infracción misma motivadora de la sanción, sino la actuación del sujeto”.

⁴⁰¹ Ampliamente, Pires de Lima, Antunes Varela, *Código civil anotado*, Vol. IV, Coimbra 1992, 340-343, que entienden que el carácter privativo de la deuda no impide la aplicación del instituto del enriquecimiento sin causa cuando concurren sus presupuestos si se enriqueció el patrimonio común, siguiendo la regulación francesa; F. Pereira Coelho, G. De Oliveira, *Curso de Direito da família*, Vol. I, Coimbra 2016, 495; J. Duarte Pinheiro, *O Direito di família contemporâneo*, Lisboa 2015, 571-573.

⁴⁰² De esta opinión, M. G. Daino, *La posizione dei creditori nella comunione legale tra coniugi*, Padova 1986, 58.

⁴⁰³ F. Santosuosso, *Delle persone e della famiglia. Il regime patrimoniale della famiglia*, Torino 1983, 276.

cónyuge responsable como los bienes comunes responden frente a los acreedores, pero en el supuesto de que lo hagan finalmente estos, entonces la comunidad cuenta con un crédito contra el cónyuge responsable del que habrían de descontarse los beneficios o lucros obtenidos por ella con la actividad causante de la deuda extracontractual.

Se busca así una solución equilibrada que proteja preferentemente a los acreedores, al tiempo que se evita cargar de forma definitiva a los bienes comunes con una deuda que se debe al comportamiento ilícito de uno solo de los cónyuges. Además y como puede observarse, los lucros o provechos obtenidos por la comunidad a consecuencia de tal comportamiento deben reducirse de su derecho de compensación.

Esta es la solución que dispensan los arts. 1416 y 1417 del Code francés desde la reforma de 1985, por lo que estos no pudieron ser una referencia para el legislador español de 1981⁴⁰⁴.

c) Tercera opción: considerar la deuda extracontractual de la responsabilidad y cargo de la sociedad de gananciales, que es la opción acogida por el art. 1366 CC. Sin embargo y como sabemos, se estableció que, en caso de dolo o culpa grave, se considera una deuda estrictamente privativa del cónyuge responsable.

Todo parece indicar la influencia decisiva que sobre el precepto tuvo la opinión del profesor Lacruz Berdejo, aunque la excepción por dolo y culpa grave incluida por el legislador se separaba radicalmente de esta opinión. De hecho, en la Comunidad Autónoma de Aragón se acogió plenamente esta opinión doctrinal cuando se modificó en profundidad su régimen económico matrimonial en 2003 (Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad de Aragón).

En concreto, la nueva regulación se hallaba en sus arts. 36.1.f y 37.1.b, que posteriormente fueron integrados como arts. 218.1.f y 219.1.b del Código de Derecho Foral de Aragón de 2011, que coincidían con la solución que venía propugnando el profesor Lacruz Berdejo en el sentido de hacer responsable a la sociedad de gananciales frente a los acreedores, aun en los casos de dolo y culpa grave, debido a los beneficios que habitualmente la comunidad obtenía. No en vano este profesor – además de ser aragonés y estudiar Derecho en la Facultad de Zaragoza –, fue profesor en ella desde el año siguiente de su licenciatura, su tesis doctoral llevó por título “Composición del activo de las masas patrimoniales en el consorcio conyugal aragonés”, y finalmente, había sido Catedrático de Derecho civil en aquella Facultad desde 1954 hasta 1977 y era un referente en materia de Derecho foral.

En cualquier caso y conforme a la regulación actualmente vigente, establece el art. 219.1.b) para las relaciones externas que “frente a terceros de buena fe, los bienes comunes responden siempre del pago: b) de las indemnizaciones por daños a terceros causados en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad, aun por dolo o culpa grave”. Por su parte, el art. 218.1.f) declara, respecto a las relaciones internas entre los cónyuges, que “son de cargo del patrimonio común: f) las indemnizaciones debidas por daños a terceros, si bien los causados con dolo o culpa grave, únicamente hasta el importe del beneficio obtenido con la actividad en la que se causó el daño”⁴⁰⁵.

Como puede observarse, existen dos importantes diferencias entre la solución del Derecho aragonés y el art. 1366 CC. La primera es que, en aquel, el dolo y la culpa grave solo resultan relevantes en las relaciones internas, pero no en las externas o frente a los acreedores. En las relaciones internas y cuando se dan estas circunstancias (dolo o culpa grave), tanto en el Derecho aragonés como en el

⁴⁰⁴ P. Malaurie, L. Aynès, *Cours de Droit Civil, Les régimes matrimoniaux*, Paris 1994, 239; F. Terré, P. Simler, *Droit Civil. Les régimes matrimoniaux*, Paris 1994, 317; A. Colomer, *Les régimes matrimoniaux*, Paris 2000, 407; Barceló Doménech, *Responsabilidad* cit. 40-41; Bustos Moreno, *Las deudas* cit. 311-312.

⁴⁰⁵ Según J. Delgado Echeverría y A. Serrano García, *Las deudas de los cónyuges*, en J. Delgado Echeverría (dir.), *Manual de Derecho civil aragonés*, Zaragoza 2007, 396, las deudas mencionadas en este precepto deben ser entendidas en sentido amplio y pueden proceder tanto de actuaciones contractuales como extracontractuales.

régimen del CC las deudas así generadas no constituyen carga de la sociedad de gananciales, sino que quedan a cargo del cónyuge responsable.

Esto quiere decir que en caso de culpa no grave (simple culpa o negligencia) la deuda sí queda de cargo de la sociedad de gananciales y no del cónyuge responsable⁴⁰⁶. Constituye un privilegio de los cónyuges que se separa del régimen general que constituye el art. 1104 CC (responsabilidad por culpa de acuerdo con el estándar de diligencia del buen padre de familia) y que también se separa de la regla establecida para los socios en el régimen del contrato de sociedad civil del CC (art. 1686 CC)⁴⁰⁷. Según establece este precepto, “todo socio debe responder a la sociedad de los daños y perjuicios que ésta haya sufrido por culpa del mismo y no puede compensarlos con los beneficios que por su industria le haya proporcionado”.

Esta última cuestión constituye la segunda de las diferencias importantes entre el Derecho aragonés y el régimen del CC: en este se prescinde del beneficio obtenido por la SG como consecuencia de la actividad ilícita de uno de los cónyuges. Es una cuestión que resulta muy relevante en caso de dolo o culpa grave cuando la sociedad de gananciales se haya hecho cargo finalmente de la deuda frente al acreedor, pues dispondrá de una acción de reintegro frente al cónyuge responsable sin que este, en principio, pueda pedir que se descuenten los beneficios obtenidos por la sociedad porque nada establece el art. 1366 CC.

El régimen del Derecho aragonés constituye la admisión de una *compensatio lucri cum damno* a favor del cónyuge que fue responsable por dolo o culpa grave de la deuda abonada por su sociedad de gananciales⁴⁰⁸. El art. 218.1 f) del Código de Derecho Foral de Aragón se separa así de la que parece constituir la regla general en materia de responsabilidad civil⁴⁰⁹.

Por último, el art. 219.1 b) concreta su ámbito de aplicación a los daños a terceros causados “en el ejercicio de una actividad objetivamente útil a la comunidad”, que es hacia donde ha discurrido realmente la interpretación jurisprudencial del art. 1366 CC y que nos parece mucho más adecuada. También dentro de España, la regulación aragonesa referida coincide en buena medida con la solución del Fuero Nuevo de Navarra (FN) desde su reforma del año 1987 hasta el año 2019. En concreto, el apartado 1.7) de la ley 84 FN, en la redacción vigente desde 1987, consideraba de cargo y responsabilidad de la sociedad de conquistas “las obligaciones extracontractuales de los cónyuges derivadas de actuaciones realizadas en interés de la sociedad de conquistas o con beneficio para ella, en el ámbito de la administración de los bienes comunes”. Sin embargo, la ley 84.2 matizaba lo anterior y declaraba que “las obligaciones extracontractuales que se contraigan en relación con la administración de los bienes privativos o sean debidas a dolo o culpa grave del cónyuge deudor será de responsabilidad pero no de cargo de la sociedad”.

Obsérvese que, expresamente, se incluían los supuestos de dolo y culpa grave en las relaciones externas con los acreedores, pero no en las internas. La situación cambió en 2019 (nuevas leyes 90.5 y 93⁴¹⁰), que reiteraban la regulación anterior tanto para las relaciones internas como para las externas, pero no se incluyó entonces ninguna excepción respecto al dolo y la culpa grave para las relaciones

⁴⁰⁶ A. L. Rebolledo Varela, *Comentario al art. 1366 CC*, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tomo VII, Valencia 2013, 9680.

⁴⁰⁷ Sobre este aspecto, vid. C. Paz-Ares Rodríguez, *Comentario al art. 1686 CC*, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid 1991, 1426-1427.

⁴⁰⁸ Delgado Echeverría, Serrano García, *Las deudas* cit. 397 ponen el siguiente ejemplo sobre esta compensación de lucros en las relaciones internas entre los cónyuges: “Así, por ejemplo, si en el juego se ha gastado por valor de 50 peor se ha ganado por valor de 30, sólo 20 podrán ser considerados deuda privativa”.

⁴⁰⁹ F. Pantaleón Prieto, *Comentario al art. 1902 CC*, en *Comentario del Código Civil*, Tomo II, Madrid 1991, 1989-1990.

⁴¹⁰ Fueron introducidas por la importante reforma llevada a cabo por la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo.

internas. Esta omisión ha sido entendida en el sentido de que, tanto el dolo como la culpa grave, quedan también a cargo internamente de la sociedad de gananciales desde esa reforma⁴¹¹.

4. El art. 1366 CC y la responsabilidad civil derivada de ilícito penal.

Como en una interpretación apegada a su letra el art. 1366 CC excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones que sean debidas a dolo o culpa grave, debe analizarse qué ocurre con la responsabilidad civil derivada de un ilícito penal, siempre que en el caso en concreto se cumplan las demás condiciones que permitan la aplicación de este precepto. Por supuesto que estas consideraciones se refieren exclusivamente a la responsabilidad civil derivada de delito, nunca a la responsabilidad penal, regida por el principio de responsabilidad personal.

Resulta que, a lo largo de su historia, la legislación penal ha ido tipificando ilícitos asociados a conductas dolosas o gravemente imprudentes, pero también vinculados a conductas por imprudencia llamadas –según la regulación de cada momento– imprudencia temeraria, imprudencia simple o imprudencia menos grave.

Debe tenerse presente que en el Derecho español, aunque la regulación de la responsabilidad civil derivada de delito se encuentre por razones históricas en el Código Penal (CP; actualmente, los arts. 109 y ss. del vigente de 1995), sin embargo, se trata de normas de clara naturaleza civil y que no entran, en absoluto, en contradicción con la aplicación del art. 1366 CC.

La sentencia TS, Sala Penal, n. 421/2020 de 22 de julio (siguiendo a la sentencia de la misma Sala n. 805/2017 de 11 de diciembre) realiza un análisis muy exhaustivo de la evolución de la regulación legal sobre la imprudencia en España que vamos a seguir a continuación en buena medida. Así, desde el CP español de 1848, la imprudencia se venía graduando en tres categorías: imprudencia temeraria, imprudencia simple con infracción de reglamentos y simple o mera imprudencia.

La imprudencia temeraria venía definida jurisprudencialmente como la omisión de elementales normas de cuidado que cualquier persona debe observar y guardar en los actos de la vida ordinaria, o en la omisión de la diligencia que resulte indispensable en el ejercicio de la actividad o profesión que implique riesgo propio o ajeno, viniendo a constituir, en definitiva, una forma de culpabilidad que limita con el dolo eventual (sentencia del TS, Sala Penal, n. 7108/1991 de 15 de octubre). En la imprudencia simple se incluía dogmáticamente la omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen y conforman el supuesto concreto, representando la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance, aproximándose a la cota exigida habitualmente en la vida social (así, sentencia del TS, Sala Penal, n. 2462/1992 de 17 de noviembre).

Este es el panorama que se encuentra vigente en el ámbito penal cuando se aprueba el nuevo art. 1366 CC en 1981. En ese momento, lo lógico era pensar que quedaba excluido del ámbito de aplicación de este precepto la responsabilidad civil derivada de delito doloso y de delito por imprudencia temeraria (equiparada a culpa grave), mientras que la imprudencia simple con infracción de reglamentos (diera lugar a delito o falta) y la mera imprudencia, sí podían entrar en el ámbito de aplicación de ese artículo por no tratarse de una deuda procedente de culpa grave.

Posteriormente y con la reforma de 1989 mediante la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, ya no cabían delitos por imprudencia simple, sino que necesariamente debía existir dolo o culpa grave, pues en caso contrario se trataría de una falta. Por eso, como explica Bello Janeiro y resulta una posición común en la doctrina, tras la reforma del CP de 1989, la responsabilidad civil derivada de delito (exige dolo o culpa grave, como decimos) queda excluida del

⁴¹¹ F. J. Fernández Urzainqui, en E. Rubio Torrano, M.ª L. Arcos Vieira (dirs.), *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación de Derecho civil foral de Navarra*, Cizur Menor 2020, 403.

ámbito del art. 1366 CC⁴¹². La responsabilidad de la SG, conforme a este precepto, sí podría proceder cuando derivara de falta por imprudencia simple⁴¹³.

El siguiente paso lo dio el vigente CP de 1995, aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que estableció un nuevo régimen de la criminalidad culposa, utilizando las categorías de imprudencia grave (la única que puede constituir delito) y leve. La Sala de lo Penal del TS entendió entonces que imprudencia grave era equivalente a la imprudencia temeraria anterior, mientras que la leve se nutría conceptualmente de la imprudencia simple (sentencia del TS, Sala Penal, n. 1823/2002 de 7 de noviembre), persistiendo la culpa levísima como ilícito civil fuera del CP. Por tanto, la responsabilidad civil derivada de ilícito penal por imprudencia leve sí podía seguir manteniéndose en el ámbito del art. 1366 CC.

Por su parte, la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modificó el CP de 2005 cambió otra vez las cosas: contempló la imprudencia grave y la menos grave (delito leve, cuando afectaba a la vida o a la integridad física), quedando la imprudencia leve reservada para el ámbito civil de la responsabilidad extracontractual. Se eliminaron las faltas, que se recondujeron a infracciones administrativas o ilícitos civiles, y se introdujeron nuevos delitos leves. Es la situación en la que nos encontramos en la actualidad, donde se castiga la imprudencia menos grave cuando afecta a la vida o la integridad física (arts. 142.2 y 152.2 CP).

Debe decirse que en la jurisprudencia la posición prevalente fue que la imprudencia menos grave no equivalía a la imprudencia leve anterior, ni tampoco era un tipo de imprudencia grave, sino una situación intermedia, una nueva categoría conceptual que en la práctica apenas llegó a aplicarse⁴¹⁴. Entre los autores parece haber acuerdo en definir la imprudencia menos grave como “la infracción del deber medio de previsión”⁴¹⁵, lo que vendría a coincidir con el paradigma del buen padre de

⁴¹² Bello Janeiro, *La defensa* cit. 408-409.

⁴¹³ Fabar Carnero, *La responsabilidad* cit. 214ss. es el único autor que sigue incluyendo la responsabilidad civil derivada de delito en el ámbito de aplicación de este precepto, tanto por dolo como por culpa grave, pero ya sabemos que ello se debe a que, para este autor, tales excepciones del art. 1366 CC son aplicables únicamente a las relaciones internas entre los cónyuges, pero no en las externas frente a los acreedores.

⁴¹⁴ La sentencia del TS, Sala Penal, n. 421/2020 de 22 de julio, reitera la doctrina jurisprudencial sobre la distinción entre la imprudencia grave, menos grave y leve (siguiendo el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala coordinador de Seguridad Vial), así:

“(…) La imprudencia menos grave no puede equipararse a la antigua imprudencia leve. Por otra parte, la nueva imprudencia menos grave tampoco se integra totalmente en la imprudencia grave, y no se nutre de las conductas más leves de la imprudencia, sino que constituye una nueva categoría conceptual. La nueva modulación de ese nivel de imprudencia delictiva contempla un matiz diferenciador de grados o niveles de gravedad; la vulneración del deber de cuidado es idéntica en una y otra y la diferencia está en la intensidad o relevancia -la imprudencia leve atípica vendría referida, por exclusión de las otras dos categorías, a la vulneración de deberes de cuidado de insuficiente entidad o relieve y de mayor lejanía a la imprudencia grave-.

La menor gravedad significa, en estos términos, partir de una previa valoración de la entidad o intensidad en la infracción de los deberes referidos, constitutivos de la imprudencia grave, que ante las circunstancias concurrentes, se degrada o desvalora.

(…) La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir)”.

⁴¹⁵ C. Molina Blázquez, *Derecho penal. Parte general*, Madrid 2022, 314; E. Orts Berenguer, J. L. González Cussac, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Valencia 2022, 349.

familia del art. 1104 CC. En cualquier caso, nos situaríamos en el ámbito del art. 1366 CC porque no podría considerarse una deuda procedente de culpa grave.

Una importante aplicación de la imprudencia menos grave en el ámbito penal se ha producido respecto a los homicidios y lesiones por imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor, que es una materia muy relevante en relación al art. 1366 CC, sobre todo mediante la realización de actividades “en beneficio de la sociedad conyugal” llevadas a cabo por uno de los cónyuges mediante el uso de este tipo de vehículos.

En este ámbito, la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, que modificó nuevamente el CP, afectó a los arts. 142.2 y 152.2, estableciendo el legislador una interpretación auténtica del concepto de imprudencia menos grave, asociada a la comisión de una infracción grave en materia de tráfico y seguridad vial. En otras palabras, la idea era calificar como imprudencia menos grave las infracciones graves en materia de tráfico (las infracciones del art. 76 del Real Decreto Legislativo 6/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial), siempre que no puedan calificarse como imprudencia grave.

La finalidad del legislador de la Ley Orgánica 2/2019 fue establecer esta interpretación auténtica de la “imprudencia menos grave” para que no quedaran despenalizadas las conductas que no eran calificadas como de imprudencia menos grave, que era lo que venía ocurriendo en la realidad cotidiana de los juzgados españoles. En estos casos, la consecuencia era la imposición de una multa (200 euros) que establece el texto refundido de tráfico y seguridad vial y los daños eran considerados como ilícitos civiles. Esto era lo que venía ocurriendo habitualmente en la práctica de los tribunales cuando se consideraba que la acción simplemente era una infracción grave de las normas de tráfico, pero los tribunales no solían calificar tales conductas como imprudencias menos graves a los efectos de que tuvieran una trascendencia penal⁴¹⁶.

En realidad, la cuestión práctica que trató de paliar esta modificación legal afectaba esencialmente al ámbito de la responsabilidad civil derivada de ilícito penal: despenalizadas *de facto* estas imprudencias menos graves, las víctimas debían acudir a la jurisdicción civil para obtener la reparación de los daños causados, lo que resultaba para ellos más complicado y costoso. El sistema implantado por la Ley Orgánica 1/2015 había perjudicado claramente a las víctimas, que tenían que hacer frente a importantes gastos periciales en la reclamación de sus indemnizaciones. A partir de la reforma se vuelve a la intervención del órgano judicial (penal) y del dictamen del médico forense, que facilita los acuerdos con las compañías aseguradoras y el rápido pago de las indemnizaciones.

Las asociaciones de víctimas de accidentes de circulación reclamaban la trascendencia penal de este tipo de conductas, y con ello, la competencia de la jurisdicción penal para ventilar en ella, junto a la responsabilidad penal, la responsabilidad civil por los daños causados (salvo que la víctima se reserve esta acción y opte por ejercitarla ante la jurisdicción civil: art. 109.2 CP).

Posteriormente, estos arts. 142.2 y 152.2 CP se volvieron a modificar mediante la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, de modificación del Código Penal en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor. Se incidió en la misma idea de que en el ámbito de aplicación de esta ley, la imprudencia fuera calificada, al menos, como menos grave y no como leve, en determinados casos, de manera que los hechos tuvieran una relevancia penal y no solo administrativa⁴¹⁷.

⁴¹⁶ Con anterioridad a esta Ley Orgánica 2/2019, tanto el art. 142.2 (homicidio imprudente) como el 152.2 (lesiones imprudentes) se referían también a estos delitos cometidos mediante vehículos a motor o ciclomotores, pero sin relacionar estas conductas con las infracciones de la legislación de tráfico.

⁴¹⁷ El problema era que el art. 152.2 había dejado una puerta abierta a que esto no fuera así con un inciso final del párrafo segundo, referido a la imprudencia, que decía: “apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal”, que es lo que pasó al final, archivándose las actuaciones y remitiendo a los afectados a la jurisdicción civil. Y lo mismo el 142.2 en caso de homicidio imprudente.

En definitiva, podemos concluir que para concretar la posible aplicación del art. 1366 CC respecto a la responsabilidad civil derivada de ilícito penal, hay que estar a la regulación específica del CP en cada momento (art. 1092 CC). En el momento actual, la aplicación del precepto queda excluida en caso de responsabilidad derivada de ilícito penal (delito) doloso, pero no así necesariamente cuando deriva de culpa o imprudencia. En este caso, cuando no se trate de una culpa grave, sino de culpa menos grave, resultará aplicable el art. 1366 CC.

Cuestión distinta es que los perjudicados en el específico caso de los daños causados por vehículos a motor que constituyan un ilícito penal no reclamen la aplicación del art. 1366 CC, teniendo en cuenta que nos encontramos en el ámbito del aseguramiento obligatorio y serán las compañías de seguros quienes se hagan cargo de las indemnizaciones. Todo ello conforme al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Sin embargo, no cabe excluir totalmente esta opción, pues podrán existir supuestos de ausencia del seguro obligatorio y daños no cubiertos por el consorcio de compensación de seguros, o de ejercicio de la acción de repetición por parte de las aseguradoras contra su asegurado causante del daño.

En tales casos, puede resultar de utilidad recurrir al art. 1366 CC para hacer responsable a la sociedad de gananciales, siempre que, lógicamente, los daños hayan sido causados dentro del ámbito de aplicación del precepto.

Por último, debe decirse que estas consideraciones sobre la responsabilidad civil derivada de delito son extensibles a las derivadas de sanciones administrativas, donde en cada caso habrá de analizarse la imputación subjetiva de la conducta infractora (por dolo o por imprudencia) para determinar si resulta o no aplicable la excepción del art. 1366 CC.

5. Conclusiones.

Primera: Tanto la doctrina mayoritaria como la jurisprudencia vienen defendiendo una interpretación muy amplia del art. 1366 CC, hasta prácticamente entender incluida en él toda obligación contraída por uno solo de los cónyuges, en beneficio de la comunidad conyugal o en el ámbito de la administración de los bienes, que no derive de un contrato (obligaciones extracontractuales). La consecuencia de ello es hacer responsable de tal obligación, además de al cónyuge deudor, a su sociedad de gananciales (comunidad), tanto frente a terceros como en las relaciones internas entre los cónyuges.

Los problemas detectados en la aplicación del inciso final de los arts. 142.2 y 152.2, párrafo segundo, CP llevó a la aprobación de la Ley Orgánica 11/2022, de 13 de septiembre, que eliminó ese inciso final.

El preámbulo lo explica así:

“Se introduce así una modificación en el texto legal que no pretende restarle al juez la facultad de apreciar si se cometió una imprudencia, ni la de si se cometió o no una infracción administrativa grave de normas de tráfico, ni tampoco la de establecer el nexo causal entre el acto imprudente y el resultado de muerte o de lesiones relevantes. Su finalidad es reforzar el espíritu que animó la reforma de 2019 y establecer *ope legis* que, en todo caso, si el juez o tribunal determinan que hubo una imprudencia conduciendo un vehículo a motor o ciclomotor concurriendo una infracción grave de las normas de circulación de vehículos a motor y seguridad vial y, como consecuencia derivada de esta infracción, se produjo la muerte o lesiones relevantes, la imprudencia ha de ser calificada, como mínimo, como imprudencia menos grave, pero nunca como leve si las lesiones son relevantes o se causa la muerte, de modo que se considere objetivamente delito si el causante comete una infracción calificada como grave por el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial.

Además, se reduce la pena de multa a uno o dos meses en caso de provocarse por imprudencia menos grave lesiones que necesitan tratamiento médico o quirúrgico que no son invalidantes, pero sí relevantes. Con esa reducción de la pena, la consecuencia es que no sea preceptivo estar asistido de abogado y procurador y que el proceso se juzgue por un juez de instrucción, pero sin menoscabo de todas las garantías para la víctima”.

Sin embargo, la realidad es que es un precepto escasamente aplicado por la jurisprudencia española por los resultados injustos a los que conduce cuando la deuda ha sido contraída por un cónyuge con dolo o culpa grave de este, que son precisamente los casos más frecuentes en la realidad.

Segunda: Las excepciones de dolo y culpa grave establecidas en el precepto han marcado totalmente la aplicación práctica del mismo. En estos casos, el art. 1366 CC considera la deuda como estrictamente privativa del cónyuge que la contrajo, tanto en las relaciones externas con los acreedores como en las internas entre los cónyuges, de manera que de ella responden exclusivamente los bienes privativos del cónyuge deudor y su parte en los bienes comunes. El resultado de todo ello es que, cuanto más reprochable es la conducta del cónyuge deudor, menor es la responsabilidad de los bienes comunes.

Tercera: Los conflictos más frecuentes se plantean entre los acreedores del cónyuge responsable y el otro cónyuge, que habitualmente niega conocer los hechos causantes del daño a terceros y su participación, al tiempo suele alegar la concurrencia de dolo o culpa grave por parte de su cónyuge. De esta forma, tratará de evitar que su parte sobre los bienes comunes responda de la deuda, al tiempo que lo habitual es que los bienes comunes (y él mismo) se hayan beneficiado económicamente de la actuación ilícita del otro cónyuge.

Cuarta: Una vía posible para evitar este resultado injusto viene siendo residenciar la deuda (extracontractual) en el art. 1365 CC y no en el 1366, evitando así la aplicación de la excepción por dolo o culpa grave. Ello provoca que los bienes gananciales respondan directamente frente a los acreedores de las deudas contraídas en dos ámbitos especialmente relevantes: en el ejercicio de la profesión, arte u oficio de un cónyuge, o en la administración ordinaria de los bienes privativos. En este caso, la nivelación en las relaciones internas entre los cónyuges debe realizarse mediante la aplicación del art. 1362 CC.

Quinta: En la línea de la conclusión anterior, debe decirse que un importante grupo de sentencias del Tribunal Supremo español han realizado una interpretación correctora de la (clara) letra del propio art. 1366 CC, entendiendo que las excepciones de dolo y culpa solo es aplicable a las relaciones internas entre los cónyuges, pero no frente a los acreedores.

Sexta: La aplicación del art. 1366 CC debe ceder también ante la existencia de una regulación especial (principio de especialidad) de este tipo de deudas. Esto es lo que frecuentemente ocurre con las deudas tributarias, cuya normativa resulta aplicable preferentemente y que, curiosamente, suele remitir al art. 1365 CC y no al 1366 para hacer responsable de las mismas a los bienes comunes.

Séptima: A pesar de las excepciones de dolo y culpa grave, no debe excluirse la aplicación del art. 1366 CC a la responsabilidad civil derivada de ilícito penal, puesto que, tradicionalmente, el Derecho penal español viene admitiendo la existencia de ilícitos penales por imprudencia leve, simple o mera imprudencia. De hecho, en la regulación actual del Código penal existen delitos por imprudencia menos grave a cuya responsabilidad civil resultaría de aplicación el art. 1366 CC.

Octava: A pesar de los problemas que plantea el precepto analizado, que fue introducido mediante una reforma del Código civil español en 1981, lo cierto es que la Propuesta de CC realizada por la prestigiosa Asociación de Profesores de Derecho Civil de España en 2018 ha mantenido literalmente la letra del art. 1366 CC.

En nuestra opinión, la norma debería ser modificada en el sentido de circunscribir las excepciones de dolo y culpa grave exclusivamente al ámbito de las relaciones internas entre los cónyuges, nunca

frente a los acreedores. En este caso, la sociedad de gananciales debería contar con una acción de reintegro frente al cónyuge responsable, con deducción de los beneficios o lucros obtenidos por esta como consecuencia de la acción ilícita del primero.

Esta que proponemos es precisamente la regulación existente en el Derecho civil de algunos territorios de España, como Aragón, y era también y hasta fecha reciente la regulación de Navarra.

VIOLAZIONE DEGLI OBBLIGHI GENITORIALI E ILLECITO CIVILE

Francesca Naddeo*

Da quando, negli anni Ottanta, l'espressione "illecito endofamiliare" è entrata nel lessico giuridico⁴¹⁸, il suo impiego si è rapidamente diffuso in dottrina ed in giurisprudenza, a designare tutte le fattispecie di danno nelle quali l'autore dell'illecito e la sua vittima fanno parte del medesimo nucleo familiare⁴¹⁹.

La valenza meramente descrittiva della classificazione emerge, peraltro, *ictu oculi* nel momento in cui si esaminano le variegate ipotesi che ad essa vengono ricondotte e che possono essere suddivise in due categorie, a seconda che la situazione giuridica soggettiva attiva lesa dal comportamento illecito del familiare spetti alla vittima in quanto persona, a prescindere dal suo *status familiae*, ovvero scaturisca proprio dal vincolo familiare⁴²⁰.

* Professore associato di diritto civile presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Salerno

⁴¹⁸ La prima teorizzazione della categoria si deve a S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano 1984, *passim*. Da allora, i contributi dottrinali sul tema si sono rapidamente moltiplicati: cfr., *ex plurimis*, M. Dogliotti, A. Figone, *I rapporti familiari*, in P. Cendon (cur.), *La responsabilità civile*, Torino 1998, 68ss.; F. Giardina, *Per un'indagine sulla responsabilità civile della famiglia*, Pisa 1999, *passim*; L. Lenti, *Famiglia e danno esistenziale*, in P. Cendon, P. Ziviz (cur.), *Il danno esistenziale, una nuova categoria della responsabilità civile*, Milano 2000, 259ss.; G. Ferrando, *Rapporti familiari e responsabilità civile*, in P. Cendon (cur.), *Persona e danno*, III, Milano 2003, 2778ss.; A. Fraccon, *Relazioni familiari e responsabilità civile*, Milano 2003, *passim*; F. Longo (cur.), *Rapporti familiari e responsabilità civile*, Torino 2004, *passim*; R. Torino (cur.), *I rapporti familiari tra autonomia e responsabilità*, Torino 2004, 114ss.; P. Cendon (cur.), *Trattato breve della responsabilità in famiglia*, III, Padova 2004, *passim*; G.M. Riccio, *Famiglia e responsabilità civile*, in G. Autorino Stanzone (cur.), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza*, vol. I, *Il matrimonio. Le unioni di fatto. I rapporti personali*, II ed., Torino 2011, 469ss.; V. Pilla, *La responsabilità civile nella famiglia*, Bologna 2006, *passim*; G. Cassano, *Rapporti familiari, responsabilità civile e danno esistenziale. Il risarcimento del danno non patrimoniale all'interno della famiglia*, Padova 2006, *passim*; Id., *Responsabilità e danno nella famiglia dopo la nuova filiazione*, Rimini 2014, *passim*; G. Facci, *I nuovi danni nella famiglia che cambia*, Milano 2009, *passim*; D. Bianchini, *Appunti e spunti in tema di responsabilità ed illecito endofamiliare*, in *Fam. e dir.* (2010) 963ss.; M. Paradiso, *Famiglia e responsabilità civile endofamiliare*, in *Fam. pers. succ.* (2011) 19; G. Cassano, C. Marvasi, *La responsabilità civile nel diritto di famiglia*, in *Danno e resp.* (2016) 685; V. Ivone, *Profili di danno endofamiliare*, Torino 2020, *passim*; R. Pasquili, *Le linee evolutive della responsabilità nelle relazioni familiari*, in *Riv. dir. civ.* (2023) 1080ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴¹⁹ La formula "illeciti endofamiliari" viene usata in contrapposizione a quella di "illeciti esofamiliari", che descrive le fattispecie in cui il comportamento illecito a danno di un componente della famiglia proviene da un terzo estraneo alla stessa (Cassano, *Rapporti*, cit., 3). In senso critico su tale distinzione, G.M. Riccio, *Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno*, in *Danno e resp.* (2006) 586.

⁴²⁰ M. Rossetti, *Responsabilità e liquidazione del danno*, in P. Di Marzio, F. A. Genovese, A. Morace Pinelli, A. Manna, L. Della Ragione (cur.), *Responsabilità civile e penale della famiglia*, Milano 2022, 94 s., il quale afferma che l'espressione "responsabilità endofamiliare" è inutile in quanto "è solo una metonimia: essa non designa una forma di responsabilità ulteriore o diversa rispetto a quella aquiliana, ma indica soltanto un'ipotesi di responsabilità civile che può scaturire dalla violazione di certi particolari doveri, e consiste nella violazione di certi diritti. Ma i criteri generali di accertamento e valutazione della colpa, del nesso causale e del danno non soffrono deroghe rispetto ai principi generali, quando si controverta della suddetta forma di responsabilità". Dubbi sulla configurabilità di un'unica categoria di illecito endofamiliare sono manifestati anche da G. F. Basini, *Infedeltà matrimoniale e risarcimento. Il danno "endofamiliare" tra coniugi*, in *Fam. pers. succ.* (2012) 92ss.; A. C. Nazzaro, *Danno endofamiliare e danni nei rapporti tra "familiari"*, in *Giust. civ.* (2016) 827, la quale evidenzia come l'espressione "danno endofamiliare" perda di coerenza ove riferita a fattispecie in cui "il comportamento del danneggiante non sia violativo di doveri, in senso lato, familiari".

Nel primo caso, non è più revocabile in dubbio che le regole della responsabilità civile trovino piena applicazione, essendo ormai tramontato, con la costituzionalizzazione e privatizzazione della famiglia⁴²¹, ogni barlume del cd. principio di immunità, che affermava, in nome dell'unità familiare, l'impenetrabilità del rimedio aquiliano nelle relazioni fra i suoi componenti⁴²². Se, infatti, la famiglia è una formazione sociale deputata, in base al combinato disposto degli artt. 2, 29 e 30 Cost. it., a garantire il pieno sviluppo della personalità dei suoi membri, la tutela dei diritti della persona, che di tale sviluppo costituisce il necessario presupposto, non può subire alcuna esclusione o limitazione in ragione di un preteso interesse del nucleo familiare superiore a quello dei singoli appartenenti e dunque, in presenza dei presupposti di cui agli artt. 2043 ss. c.c., l'obbligo di risarcire il danno derivante dalla lesione di tali diritti graverà sul familiare autore dell'illecito così come su qualsiasi soggetto danneggiante⁴²³.

Nel secondo caso, invece, è la stessa riconduzione delle fattispecie in questione nell'alveo della responsabilità aquiliana a destare perplessità, poiché la condotta illecita che reca un *vulnus* al familiare si sostanzia nella violazione di un obbligo specifico di comportamento cui corrisponde, dal lato attivo, la situazione giuridica soggettiva lesa, nell'ambito di un rapporto giuridico fra soggetti

⁴²¹ Sulla profonda evoluzione del diritto di famiglia a partire dall'entrata in vigore della Costituzione cfr., *ex plurimis*, P. Rescigno, *Persona e comunità*, Bologna 1966, *passim*; P. Perlingieri (cur.), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli 1982, *passim*; Id., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli 1991, 63 ss.; C. M. Bianca, *Diritto civile, I, La norma giuridica. I soggetti*, II ed., Milano 2002, 6ss.; G. Autorino Stanzone, *Diritto di famiglia*, II ed., Torino 2003, 4ss.; Id., *Profili evolutivi del diritto di famiglia (per un'introduzione storico-sistemica)*, in www.comparazioneDirittocivile.it (2018) 1ss.; P. Zatti, *Tradizione e innovazione nel diritto di famiglia*, in G. Ferrando, M. Fortino, F. Ruscello, *Trattato di diritto di famiglia* diretto da P. Zatti, I, *Famiglia e matrimonio*, II ed., Milano 2011, 4ss.; P. Stanzone, *Famiglia e diritto: quale rapporto?*, in G. Autorino, F. Naddeo, P. Stanzone, *Studi sul diritto di famiglia*, Salerno, 2021, 7ss.; A. G. Parisi, «Arcipelago famiglia»: dalla 'famiglia di Elau' al diritto di famiglia, in www.comparazioneDirittocivile.it. (2016) 1ss.; M. F. Tommasini, *I rapporti familiari tra tradizione e attualità*, in *Dir. fam. e pers.* (2018) 259; Ivone, *Profili*, cit., 19ss.

⁴²² V., ad es., P. Trimarchi, *Illecito (diritto privato)*, in *Enc. dir.* XX (1970) 102ss.; sul progressivo abbandono di tale visione cfr., fra gli altri, S. Patti, *Il declino della immunity doctrine nei rapporti familiari*, in *Riv. dir. civ.*, I (1981) 378ss.; P. Morozzo Della Rocca, *Violazione dei doveri coniugali: immunità o responsabilità*, in *Riv. crit. dir. priv.* (1988) 605; P. Cendon, G. Sebastio, *La crisi dell'immunity rule nei torti in famiglia*, in P. Cendon (cur.), *Trattato della responsabilità civile e penale in famiglia*, III, Padova 2004, 2751ss.; Ivone, *Profili*, cit., 6ss.; E. Bivona, *L'illecito endofamiliare tra "principi" giurisprudenziali e regole di diritto*, in *Dir. succ. e fam.* (2021) 840ss.

⁴²³ Emblematica, al riguardo, è la pronuncia di Cass., 10/5/2005, n. 9801: "Costituisce acquisizione da tempo condivisa dalla giurisprudenza e dalla dottrina che nel sistema delineato dal legislatore del 1975 il modello di famiglia-istituzione, al quale il codice civile del 1942 era rimasto ancorato, è stato superato da quello di famiglia-comunità, i cui interessi non si pongono su un piano sovraordinato, ma si identificano con quelli solidali dei suoi componenti. La famiglia si configura ora come il luogo di incontro e di vita comune dei suoi membri, tra i quali si stabiliscono relazioni di affetto e di solidarietà riferibili a ciascuno di essi (...), non già come un luogo di compressione e di mortificazione di diritti irrinunciabili, ma come sede di autorealizzazione e di crescita, segnata dal reciproco rispetto ed immune da ogni distinzione di ruoli, nell'ambito della quali i singoli componenti conservano le loro essenziali connotazioni e ricevono riconoscimento e tutela, prima ancora che come coniugi, come persone, in adesione al disposto dell'art. 2 Cost, che nel riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo che nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità delinea un sistema pluralistico ispirato al rispetto di tutte le aggregazioni sociali nelle quali la personalità di ogni individuo si esprime e si sviluppa. E pertanto il rispetto della dignità e della personalità, nella sua interezza, di ogni componente del nucleo familiare assume i connotati di un diritto inviolabile, la cui lesione da parte di altro componente della famiglia, così come da parte del terzo, costituisce il presupposto logico della responsabilità civile, non potendo chiaramente ritenersi che diritti definiti come inviolabili ricevano diversa tutela a seconda che i loro titolari si pongano o meno all'interno di un contesto familiare".

Sulla necessità di garantire piena tutela ai diritti fondamentali dei singoli nell'ambito della formazione sociale familiare, v., efficacemente Patti, *Famiglia*, cit., 32, secondo il quale "lo status di familiare non deve comportare una riduzione e una limitazione delle prerogative, ma, semmai, un aggravamento delle conseguenze a carico del responsabile"; analogamente, P. Perlingieri, *I diritti del singolo quale appartenente al gruppo familiare*, in *Rass. dir. civ.* (1982) 72ss.; Id. (cur.), *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli 1982, 39ss.; M. Bessone, G. Alpa, A. D'Angelo, G. Ferrando, M.L. Spallarossa, *La famiglia nel nuovo diritto*, V ed., Bologna 2002, 91; M. Dogliotti, *La responsabilità civile entra nel diritto di famiglia*, in *Dir. fam pers.* (2002) 68s.

determinati, per il quale sembrerebbe dunque più conferente il richiamo alla responsabilità contrattuale⁴²⁴.

Se, peraltro, l'applicabilità della disciplina del risarcimento del danno da inadempimento non desta problemi allorquando l'obbligo gravante sul familiare ha carattere prettamente patrimoniale, come nel caso del mantenimento o della contribuzione ai bisogni della famiglia, l'utilizzabilità della tecnica risarcitoria in questione in assenza di una prestazione suscettibile di valutazione economica è invece esclusa dalla dottrina maggioritaria, alla quale non resta, dunque, che inquadrare la lesione dei diritti familiari a contenuto personale nell'ambito dell'illecito extracontrattuale, con la significativa conseguenza, come si dirà *amplius* più avanti, che il trasgressore sarà chiamato a rispondere della violazione dei doveri a suo carico solo se a questa corrisponda la lesione di un diritto fondamentale della vittima che abbia a sua volta cagionato un pregiudizio alla sfera esistenziale di quest'ultima⁴²⁵.

⁴²⁴ In tal senso, fra gli altri, C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni. Art. 1218- 1229*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna 1979, 3; A. Morace Pinelli, *La responsabilità per inadempimento dei doveri matrimoniali*, in *Riv. dir. civ.* (2014) 1220ss.; R. Senigaglia, *Famiglia e rapporto giuridico non patrimoniale*, in *Giust. civ.* (2019) 97ss.; A. Nicolussi, *Obblighi familiari di protezione e responsabilità*, in *Eur. dir. priv.* (2008) 929, il quale afferma decisamente che “la responsabilità aquiliana non può costituire forma adeguata a disciplinare le conseguenze della violazione degli obblighi familiari: i rapporti familiari non possono essere cancellati come rapporti per obliterare con essi gli obblighi che vi si riconnettono”. L'A., peraltro, al fine di applicare l'istituto della responsabilità contrattuale alle relazioni familiari ricorre alla categoria degli obblighi di protezione “che nel matrimonio si inverano nei rapporti matrimoniali”. Anche Ivone, *Profili*, cit., 250, ritiene che “la stessa riconduzione dell'illecito familiare nell'alveo della responsabilità civile potrebbe essere confutata qualora la giurisprudenza ritenesse di proseguire in alcune aperture riguardanti i cc.dd. obblighi di protezione che – se devono ritenersi sussistenti nelle relazioni contrattuali. possono parimenti essere rinvenuti all'interno delle relazioni familiari, intimamente caratterizzate da preesistenti doveri a contenuto ampio e senza una specifica prestazione predeterminata”. In generale, sulla tematica degli obblighi di protezione nella famiglia si rinvia all'ampia disamina di L. Mormile, *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Torino 2013, 31ss.

⁴²⁵ Cfr., tra gli altri, T. Montecchiarì, *Violazione dei doveri familiari e risarcimento del danno*, Napoli, 2008, 150, la quale afferma che “nell'ambito dei rapporti familiari (...) l'applicazione della responsabilità per inadempimento ex art. 1218 c.c. troverà applicazione unicamente nei confronti di doveri giuridici qualificabili come “obbligazioni civili” in senso tecnico, ovvero caratterizzati, in primo luogo, dalla patrimonialità, mentre la violazione di altri doveri a contenuto non patrimoniale potrà dar luogo alla responsabilità extracontrattuale, in presenza di determinati presupposti e condizioni”; G. Ferrando, *La violazione dei doveri familiari tra inadempimento e responsabilità civile*, in G. Visintini (dir.), *Trattato della responsabilità contrattuale, I, Inadempimento e rimedi*, Padova 2009, 393ss., secondo la quale “la proposta di considerare in termini di inadempimento, piuttosto che di illecito, la condotta del coniuge o del genitore sottovaluta la rilevanza che il carattere patrimoniale della prestazione ha nell'impianto delle tecniche intese a fronteggiare l'inadempimento, tecniche che difficilmente si prestano ad essere piegate alla tutela di interessi non patrimoniali” e che dunque, secondo l'A., possono essere utilizzate solo nell'ambito delle relazioni familiari di carattere patrimoniale, mentre “nell'ambito dei rapporti personali non è l'inadempimento in sé ad essere fonte di danno, è piuttosto la violazione di un diritto della persona”; G. Oberto, *La responsabilità contrattuale nei rapporti familiari*, Milano 2006, 15s.; G. Cipriani, *La responsabilità civile nel rapporto tra genitori e figli*, in *Fam. e dir.* (2008) 519; Cassano, *Rapporti familiari*, cit., 220; V. Montaruli, *Le condotte illecite*, in P. Cendon (cur.), *Famiglia e responsabilità civile*, Milano 2014, 624; G. Anzani, *Illeciti tra familiari e adattamento della responsabilità civile; la “responsabilità da ingiustizia in una relazione qualificata”*, in *Dir. fam. e pers.* (2017) 610s., secondo il quale “i familiari che diventano protagonisti di un illecito aquiliano in qualità di responsabile e danneggiato erano legati da una precedente relazione sociale e giuridica, che merita di essere valorizzata nell'individuazione della preferibile disciplina a cui assoggettare l'obbligazione di responsabilità. Tuttavia, ciò deve avvenire senza la trasfigurazione di quella relazionalità in un primario rapporto obbligatorio del quale si predichi l'inadempimento o, almeno, la violazione di un obbligo di protezione”.

Decise critiche nei confronti di tale opzione ermeneutica sono mosse da Bivona, *L'illecito endofamiliare*, cit., 854, per la quale “il rimedio aquiliano, calato nelle trame familiari tramite vere “manipolazioni” dell'art. 2043 c.c., si rivela spurio ed equivoco, fino ad incorrere in deviazioni ed artifici ancora più dirompenti di quelli che s'intenderebbe evitare escludendo le regole sull'inadempimento”. L'autrice richiama l'autorevole, seppur minoritario, orientamento che ritiene applicabile l'istituto della responsabilità contrattuale anche ove il danno conseguente sia di natura non patrimoniale: cfr., fra gli altri, A. De Cupis, *Il danno*, vol. I, Milano, 1979 133; M. Costanza, *Danno non patrimoniale e responsabilità contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.* (1987) 127ss., secondo la quale, poichè ex art. 1174 c.c. l'interesse del creditore può essere anche di natura non patrimoniale, la sua lesione comporta il risarcimento del relativo danno non patrimoniale; Bianca, *Dell'inadempimento*, cit., 3, per il quale “deve ammettersi la possibilità di un'applicazione analogica dei principi

In tal modo, tuttavia, la linea di confine fra le due categorie di illecito endofamiliare su esposte si stempera fin quasi a scomparire, almeno laddove – come nel caso dei doveri coniugali – il diritto che si afferma violato dall'inadempimento del familiare non è quello corrispondente, dal lato attivo, allo specifico obbligo in questione, bensì quello più generale di dignità personale e di tutela della personalità⁴²⁶.

Ciò presuppone, ovviamente, risolta in senso negativo la questione dell'esclusività dei rimedi tipici del diritto di famiglia, da taluno asserita soprattutto in passato e che sottendeva, per lo più, la perdurante ritrosia a spalancare le porte della formazione sociale familiare ad un pervasivo controllo ordinamentale⁴²⁷.

dell'inadempimento"; C. Scognamiglio, *Il danno non patrimoniale contrattuale*, in S. Mazzamuto (cur.), *Il contratto e le tutele*, Torino 2002, 467ss.; C. Amato, *Il danno non patrimoniale da contratto*, in G. Ponzanelli (cur.), *Il nuovo danno non patrimoniale*, Padova 2004, 151ss.; E. Navarretta, D. Poletti, *I danni non patrimoniali nella responsabilità contrattuale*, in E. Navarretta (cur.), *I danni non patrimoniali. Lineamenti sistematici e guida alla liquidazione*, Milano 2004, 59ss.; G. Vettori, *Il danno non patrimoniale tra illecito e contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.* (2007) 246. Tale orientamento è stato, del resto, avallato dalle Sezioni Unite della Cassazione nelle note sentenze gemelle n. 26972, 26973, 26974 e 26975 dell'11 novembre 2008, le quali hanno affermato che ove dall'inadempimento dell'obbligazione derivi la lesione di un diritto inviolabile della persona del creditore, questi potrà chiedere nello stesso giudizio di responsabilità contrattuale il risarcimento del danno non patrimoniale scaturitone (v. al riguardo, per tutti, R. Partisani, *Il danno non patrimoniale da inadempimento della obbligazione, nella rilettura costituzionalmente orientata dell'art. 1218 c.c.*, in *Resp. civ.* (2009) 72).

⁴²⁶ V., ad es., Cass., 15/9/2011, n. 18853, in *Fam. e dir.* (2012) 251, con nota di G. Facci, la quale, dopo aver premesso che "i doveri che derivano ai coniugi dal matrimonio hanno natura giuridica e la loro violazione non trova necessariamente sanzione unicamente nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, quale l'addebito della separazione, discendendo dalla natura giuridica degli obblighi su detti che la relativa violazione, ove cagioni la lesione di diritti costituzionalmente protetti, possa integrare gli estremi dell'illecito civile e dare luogo al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c. senza che la mancanza di pronuncia di addebito in sede di separazione sia preclusiva dell'azione di risarcimento relativa a detti danni", precisa che il requisito dell'ingiustizia sussiste solo se la condotta illecita – nel caso di specie l'infedeltà – abbia "trasmodato in comportamenti che, oltrepassando i limiti dell'offesa per sé insita nella violazione dell'obbligo in questione, si siano concretizzati in atti specificamente lesivi della dignità della persona, costituente bene costituzionalmente protetto". In dottrina, v. per tutti A. Spangaro, *La responsabilità per la violazione dei doveri coniugali*, in M. Sesta (cur.), *La responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino 2008, 108 ss.

⁴²⁷ V., al riguardo, ad es., A.C. Jemolo, *La famiglia e il diritto*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Catania*, III, Napoli, 1949, 22, al quale si deve la celebre definizione della famiglia come "isola che il mare del diritto può lambire, ma lambire soltanto", poiché "la sua intima essenza rimane metagiuridica"; P. Rescigno, *Obbligazioni (diritto privato. Nozioni generali)*, in *Enc. dir.*, XXIX (1973) 140, che nega l'ammissibilità del rimedio risarcitorio in caso di violazione dei doveri coniugali, sostenendo che l'unica misura applicabile sia l'addebito della separazione; Id., *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, II, (1967-87), Padova 1988, 357ss.; nello stesso senso, più di recente, Dogliotti, Figone, *I rapporti*, cit., 68; Lenti, *Famiglia*, cit., 259, P. G. Monateri, *Sezioni Unite: le nuove regole in tema di danno esistenziale e il futuro della responsabilità civile*, nota a Cass., SS.UU., 24/03/2006, n. 6572, in *Corr. giur.* (2006) 793, secondo il quale "la responsabilità civile è istituto imperialista, che tende, se può entrarvi, a scardinare gli altri istituti. Si pensi alla famiglia ... se la lesione che la vittima lamenta è la lesione di una posizione che ad essa spetta in virtù del rapporto speciale che la lega alla controparte, allora debbono venire in considerazione solo le norme ad esso rapporto relative e proprie".

Tale concezione è stata decisamente confutata, tra gli altri, da P. Di Marzio, *Alla ricerca del concetto giuridico di famiglia*, in Di Marzio, Genovese, Morace Pinelli, Manna, Della Ragione (cur.), *Responsabilità civile*, cit., 9, secondo il quale "priva di fondamento giuridico (...) sembra essere pure la tradizionale ed ancor diffusa concezione secondo cui il diritto di famiglia costituirebbe un sistema normativo in sé conchiuso, per buona parte immune dal risentire le influenze della parte rimanente dell'ordinamento giuridico, in quanto dotato di rimedi propri che consentirebbero di ovviare pure agli illeciti che fossero commessi nell'ambito del nucleo familiare"; Cassano, *Rapporti familiari*, cit., 7ss., il quale afferma: "Vi sono frangenti, non rari, in cui nessuna via d'uscita contro i misfatti patiti in ambito domestico appare praticabile, se non quella di tipo risarcitorio. Bloccare a monte il discorso, nel nome di alcuni sospetti di incomunicabilità fra istituti, significherebbe destinare ogni compromissione sofferta dal congiunto – pur rilevante sotto il profilo dell'ingiustizia – a restare per sempre là dov'è caduta"; P. Virgadamo, *Rapporti familiari e danno non patrimoniale: la tutela dell'individuo tra diritti personali a inviolabilità strutturale e interessi familiari ad inviolabilità dinamica*, in *Dir. fam. pers.* (2006) 1902, che ammette il cumulo fra i rimedi giusfamiliari e quello risarcitorio, evidenziandone la diversità di funzione;

Del resto, la compatibilità fra i rimedi speciali e la tutela aquiliana, da tempo affermata in dottrina ed in giurisprudenza⁴²⁸, ha trovato anche avallo normativo nel novellato codice di procedura civile, all'art. 709 *ter*, ora abrogato dalla riforma Cartabia e trasfuso nell'art. 473 *bis* 39 c.p.c., ove si prevede che in caso di gravi inadempienze, anche di natura economica⁴²⁹, o di atti che arrechino pregiudizio al minore od ostacolino il corretto svolgimento delle modalità dell'affidamento e dell'esercizio della responsabilità genitoriale, il giudice possa condannare il genitore inadempiente al risarcimento dei danni a favore dell'altro genitore o, anche d'ufficio, del minore⁴³⁰.

L'ascesa della figura dell'illecito endofamiliare è stata favorita dall'evoluzione della categoria del danno non patrimoniale, tramite la rilettura costituzionalmente orientata degli artt. 2043 ss. c.c.⁴³¹ È significativo, al riguardo, come la prima sentenza di legittimità che ha aperto le porte al cd. danno esistenziale come *species* del danno non patrimoniale, accanto al danno morale soggettivo e al danno biologico, riguardasse proprio una fattispecie di responsabilità civile del genitore per lesione dei diritti inviolabili del figlio minore⁴³². La Suprema Corte, in quell'occasione, dopo aver sottratto alle strettoie

analogamente P. Porreca, *La lesione endofamiliare del rapporto parentale come fonte di danno*, in *Giur. it.* (2005) pt. II, 1634; Riccio, *Famiglia*, cit. 476; Pasquili, *Le linee*, cit., 1082.

In giurisprudenza, esclude recisamente “che la violazione dei doveri nascenti dal matrimonio - se ed in quanto posta in essere attraverso condotte che, per la loro intrinseca gravità, si pongano come fatti di aggressione ai diritti fondamentali della persona - riceva la propria sanzione, in nome di una presunta specificità, completezza ed autosufficienza del diritto di famiglia, esclusivamente nelle misure tipiche previste da tale branca del diritto (quali la separazione e il divorzio, l'addebito della separazione, la sospensione del diritto all'assistenza morale e materiale nel caso di allontanamento senza giusta causa dalla residenza familiare)”, predicando di contro “una strutturale compatibilità degli istituti del diritto di famiglia con la tutela generale dei diritti costituzionalmente garantiti, con la conseguente, concorrente rilevanza di un dato comportamento sia ai fini della separazione o della cessazione del vincolo coniugale e delle pertinenti statuizioni di natura patrimoniale, sia (e sempre che ricorrano le sopra dette caratteristiche di gravità) quale fatto generatore di responsabilità aquiliana”, Cass., 10/5/2005, n. 9801, cit.

⁴²⁸ D. Amran, *In familia respondere. La famiglia alla prova della solidarietà e del principio di responsabilizzazione*, Torino 2020, 77s., la quale, peraltro, dopo aver premesso che le offese alla personalità di un familiare sono “riconducibili, attraverso il combinato disposto di cui agli artt. 2, 29, 30 Cost. e 2059 c.c., ad un *contra ius* costituzionale, e quindi suscettibili di tutela risarcitoria non patrimoniale anche in assenza di reato, ove superino quella soglia di tollerabilità che, in virtù dei valori condivisi nell'attuale momento storico, resta più alta rispetto a quella utilizzabile nelle relazioni tra estranei”, aggiunge che occorre valutare “se, accertata la riprovevolezza della condotta del familiare, quest'ultima abbia prodotto, nel caso concreto, dei danni ulteriori rispetto alle eventuali conseguenze che il sistema giusfamiliare prevede per quella particolare condotta”.

In giurisprudenza, cfr. ad es., Cass., 10/4/2012, n. 5652: “La violazione del complesso dei doveri facenti capo al genitore naturale, cui corrispondono diritti inviolabili e primari della persona del destinatario costituzionalmente garantiti (artt. 2 e 30 Cost.), comporta la sussistenza di un illecito civile, trovando l'illecito endofamiliare sanzione non soltanto nelle misure tipiche previste dal diritto di famiglia, ma anche nell'obbligo di risarcimento dei danni non patrimoniali, sancito dall'art. 2059 c.c.”.

⁴²⁹ L'inciso “anche di natura economica”, assente nel previgente art. 709 *ter* c.p.c., è stato inserito nel corrispondente art. 473 *bis* 39 c.p.c. per smentire l'orientamento ermeneutico della Corte costituzionale secondo cui l'ambito applicativo dell'art. 709 *ter* c.p.c. era limitato alle sole condotte di fare infungibile (v. Corte cost., 10/7/2020, n. 145).

⁴³⁰ Osserva come l'art. 709 *ter* c.p.c. confermi l'applicabilità del rimedio risarcitorio in caso di lesione di interessi essenziali cagionata dall'inadempimento di obblighi familiari “incoercibili” Bivona, *L'illecito endofamiliare*, cit., 868; analogamente, A. Scalera, *Il danno da privazione della figura paterna: alcune incertezze applicative*, in *Fam. e dir.* (2018) 400. Sulla molteplicità di funzioni sottese alla su citata norma v., tra gli altri, M. Sesta, *Il danno nelle relazioni familiari tra risarcimento e finalità punitiva*, in *Fam. e dir.* (2017) 292; P. Pardolesi, *Oltre la deterrenza: valenza punitiva/sanzionatoria dell'art. 709 *ter* c.p.c.*, in *Danno e resp.* (2020) 531ss.

⁴³¹ Sottolinea Montaruli, *Le condotte illecite*, cit., 597, che “l'allargamento dei limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale ha privato di fondamento tutte le argomentazioni precedentemente addotte per negare l'applicazione del rimedio risarcitorio ai rapporti coniugali e familiari, fondate su un'asserita unità e autoregolamentazione del nucleo familiare”. Cassano, *Rapporti familiari*, cit., 28, osserva che “famiglia e danno esistenziale mostrano, in sostanza, di trarre linfa da matrici sostanzialmente simili e di fare capo, sui rispettivi terreni, a lemmari non molto distanti fra loro”.

⁴³² Ci si riferisce a Cass., 7/6/2000, n. 7713, in *Fam. e dir.* (2001) 159ss., con nota di M. Dogliotti, *La famiglia e l'«altro» diritto: responsabilità civile, danno biologico, danno esistenziale*, il quale nota come la Suprema Corte richiami l'art. 2 Cost. ed ometta invece il più conferente riferimento all'art. 30 della stessa Carta. Per una decisa critica a tale pronuncia,

dell'art. 2059 c.c. e ricondotto alla previsione di cui all'art. 2043 c.c., letto alla luce degli artt. 2 ss. Cost., il risarcimento dei danni che “almeno potenzialmente ostacolano le attività realizzatrici della persona umana”, affermando l'azionabilità del rimedio “per il fatto in sé della lesione (danno evento) indipendentemente dalle eventuali ricadute patrimoniali che la stessa possa comportare (danno conseguenza)”, inscisse nell'ambito applicativo della norma in questione la condotta del genitore, tale riconosciuto a seguito di dichiarazione giudiziale, che per anni aveva ostinatamente rifiutato di corrispondere al figlio i mezzi di sussistenza: condotta che per i giudici “dà luogo ad una “lesione in sé” di fondamentali diritti della persona inerenti alla qualità di figlio e di minore, e conseguentemente può costituire il presupposto per una condanna al risarcimento del danno, indipendentemente dall'esistenza di perdite patrimoniali del danneggiato”.

Le successive vicende del danno non patrimoniale sono note: ricondotto dalle sentenze gemelle della Cassazione n. 8827 e n. 8828 del 2003 alla “sede naturale” dell'art. 2059 c.c., la cui sfera di operatività viene estesa, alla luce dell'art. 2 Cost., a ricomprendere “ogni ipotesi in cui sia leso un valore inerente alla persona”, è identificato dalla Suprema Corte non più nella mera lesione del diritto inviolabile, ma nelle ulteriori conseguenze pregiudizievoli che da tale lesione siano scaturite, purché specificamente allegare e provate dal danneggiato⁴³³.

Come, inoltre, successivamente precisato dalle sentenze di San Martino del 2008, di là dalle ipotesi di fatto costituente reato e delle altre fattispecie espressamente previste dalla legge, il risarcimento è dovuto solo nei casi in cui “il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale”⁴³⁴.

Nello specifico ambito delle relazioni genitori-figli, la su esposta configurazione del danno non patrimoniale, emersa dai più recenti arresti dalla giurisprudenza di legittimità, non è stata, invero, di freno al proliferare delle sentenze di condanna per illecito endofamiliare, poiché il danno da violazione degli obblighi genitoriali si è in tale caratterizzazione *de plano* rispecchiato: agli obblighi di mantenimento, educazione, istruzione e assistenza morale della prole corrispondono, infatti, altrettanti diritti fondamentali dei figli, sanciti dall'art. 30 Cost. e specificati dall'art. 315bis c.c., la cui lesione integra gli estremi dell'illecito civile e produce danni, in particolare non patrimoniali, quasi sempre di estrema gravità⁴³⁵.

sotto il profilo della risarcibilità del mero danno-evento, cfr. per tutti G. Ponzanelli, *Il danno esistenziale “arriva” in Cassazione. Attenzione: non è danno esistenziale, ma vera e propria pena privata*, in *Danno e resp.* (2000) 842.

⁴³³ Cass. 31/5/2003 nn. 8827 e 8828, in *Danno e resp.* (2003) 816ss. La ricostruzione della Suprema Corte è stata, com'è noto, poi avallata dalla Corte Cost., 11/7/2003, n. 233, in *Corr. giur.* (2003) 1028.

⁴³⁴ Cass., 11/11/2008, n. 26972, la quale ricostruisce così compiutamente il quadro normativo: “Il danno non patrimoniale è risarcibile nei soli casi “previsti dalla legge”, e cioè, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 2059 cod. civ.: (a) quando il fatto illecito sia astrattamente configurabile come reato; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di qualsiasi interesse della persona tutelato dall'ordinamento, ancorché privo di rilevanza costituzionale; (b) quando ricorra una delle fattispecie in cui la legge espressamente consente il ristoro del danno non patrimoniale anche al di fuori di una ipotesi di reato (ad es., nel caso di illecito trattamento dei dati personali o di violazione delle norme che vietano la discriminazione razziale); in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione dei soli interessi della persona che il legislatore ha inteso tutelare attraverso la norma attributiva del diritto al risarcimento (quali, rispettivamente, quello alla riservatezza od a non subire discriminazioni); (c) quando il fatto illecito abbia violato in modo grave diritti inviolabili della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale; in tal caso la vittima avrà diritto al risarcimento del danno non patrimoniale scaturente dalla lesione di tali interessi, che, al contrario delle prime due ipotesi, non sono individuati “ex ante” dalla legge, ma dovranno essere selezionati caso per caso dal giudice”. Per un commento alle pronunce v. per tutti C. Scognamiglio, *Il sistema del danno non patrimoniale dopo le decisioni delle sezioni unite*, in *Resp. civ. prev.* (2009) 261ss.

⁴³⁵ Amram, *In familia respondere*, cit., 77; A. D'Angelo, *La liquidazione del danno da illecito endofamiliare*, in *Danno e resp.* (2016) 546ss.; A. Nascosi, *Il dovere di visita del genitore, secondo la Corte, non è coercibile*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2020) 780; A. Mendola, *Il danno da privazione del rapporto genitoriale e le nuove frontiere della responsabilità civile*, in *Dir. fam. e pers.* (2019) 912ss.; Rossetti, *Responsabilità*, cit., 120.

Inoltre, la condanna al risarcimento viene sempre subordinata alla prova delle conseguenze pregiudizievoli della lesione sulla sfera dinamico-relazionale del figlio, escludendosi categoricamente che il relativo diritto del danneggiato sorga automaticamente in virtù dell'inadempimento degli obblighi genitoriali⁴³⁶.

In giurisprudenza, Cass., 10/4/2012, n. 5652, cit.: “Il disinteresse dimostrato verso il figlio dal genitore naturale, manifestatosi per lunghi anni e connotato, quindi, dalla violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione, determina un "vulnus" dalle conseguenze rimarchevoli ed ineliminabili a quei diritti che, scaturendo dal rapporto di filiazione, trovano tutela nella Carta costituzionale e nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento”. Nello stesso senso, fra le altre, Cass. 16/2/2015, n. 3079, in *Giur. it.* (2015) 2334 ss., con nota di D. Marcello, *La responsabilità genitoriale e il danno endofamiliare*; Cass. n. 22496/2021. Nella giurisprudenza di merito, cfr., fra le altre, Trib. Venezia, 30/6/2004: “Pronunciata, con sentenza passata in cosa giudicata, dichiarazione giudiziale di paternità naturale, ove il padre trascuri totalmente i propri doveri di assistenza non solo materiale omettendo di corrispondere quanto statuito per il mantenimento della propria creatura, ma anche morale, rifiutandosi di avere rapporti di sorta con quest'ultima, anche dopo il raggiungimento, da parte di questa della maggiore età, lo stesso per essere venuto meno ai suoi doveri costituzionali non solo deve essere condannato al risarcimento del danno morale, in favore del figlio e della di lui madre, in conseguenza dell'accertata consumazione del reato di cui all'articolo 570 del codice penale (...) ma anche al risarcimento degli ulteriori danni non patrimoniali (...), patiti dal figlio per l'assenza di qualsiasi assistenza morale e materiale da parte del padre, senza che rilevi, in senso contrario, né che il figlio abbia potuto godere dell'aiuto e apporto economico della madre e di estranei, né che non sia ravvisabile alcun danno biologico in senso stretto per non essere stati accertati profili apprezzabili di disagi clinicamente manifesti (...) Il figlio che venga trascurato o rifiutato dal genitore subisce l'ingiusta privazione di un rapporto che la Costituzione gli garantisce e la violazione del diritto fondamentale all'apporto morale ed esistenziale del genitore: una tale lesione, trascendendo l'ambito strettamente patrimoniale, pur non generando patologie apprezzabili e rilevanti sul piano psicopatologico idonee a configurare un danno biologico, comporta il risarcimento del danno esistenziale”; più recentemente, nello stesso senso, Trib. Pavia, 06/5/2022, n. 643.

Più in generale, sui diritti fondamentali dei figli nei confronti dei genitori e sui correlativi obblighi di questi ultimi cfr., *ex plurimis*, M. Bessone, *Sub art. 30*, in G. Branca (cur.), *Comm della Cost.*, Bologna-Roma 1976, 110ss.A. Belvedere, *Potestà dei genitori*, in *Enc. giur. Treccani*, XXIII (1990), 2ss. P. Stanzione, *Diritti fondamentali dei minori e potestà dei genitori*, in *Rass. dir. civ.* (1980), 447 ss.; M. Cerato, *La potestà dei genitori*, Milano, 2000, *passim*; Autorino Stanzione, *Diritto*, cit., 317 ss.; P. Stanzione, G. Sciancalepore, *Minori e diritti fondamentali*, Milano, 2006, *passim*; F. Ruscello, *Il rapporto genitori-figli*, G. Ferrando (cur.), *Trattato di diritto di famiglia*, Milano, 2007, 180 ss.; G. Villa, *Potestà dei genitori e rapporto con i figli*, in G. Bonilini, G. Cattaneo (dir.), *Il diritto di famiglia*, vol. III, *Filiazione e adozione*, Torino, II ed., 2007, 352 s. Sullo statuto dei diritti del figlio proclamato dalla legge di riforma della filiazione del 2012 v. D. Achille, *Il diritto del figlio al mantenimento, all'istruzione e all'educazione*, in C. M. Bianca (cur.), *La riforma della filiazione*, Padova, 2015, 55ss.; P. Spaziani, *Il diritto all'assistenza morale*, ivi, 67ss.; A. Bellelli, *I doveri dei genitori e i doveri dei figli nell'evoluzione legislativa*, ivi, 141 ss.

⁴³⁶ Cfr., ad es., Trib. Roma, 04/02/2011, che subordina la condanna al risarcimento alla prova, anche in via presuntiva, che dal comportamento del genitore siano scaturite "rilevanti alterazioni negative dei suoi assetti individuali, relazionali e vitali, e la perdita subita, in concreto, con riguardo agli studi, alle attività parascolastiche, alle attività lavorative, alle frequentazioni sociali, ed a qualsivoglia ulteriore aspetto attinente alla vita di relazione"; Trib. Roma, 01/08/2019, n. 15949, che ha rigettato la domanda di risarcimento del danno non patrimoniale a carico di un padre che, pur adempiendo l'obbligo di mantenimento, “non aveva mai, di fatto, intessuto alcuna relazione di frequentazione e per il quale aveva omesso di adempiere agli obblighi di assistenza quanto meno morali”, in quanto era “del tutto carente la prova delle conseguenze dannose che da ciò siano derivate al figlio, conseguenze in realtà neanche dedotte da parte dell'attrice, la quale si è limitata a dedurre il contegno inadempiente del convenuto ma non anche a indicare (e provare) se e in che misura il figlio abbia subito gli effetti negativi di detta (ritenuta e parzialmente provata) assenza della figura paterna”; analogamente, App. Ancona, 06/08/2019, n. 1265, che ha motivato il rigetto della domanda con la motivazione che l'attore si era limitato “a dedurre in maniera del tutto generica il danno di grave condizione di disagio psicofisico subito a causa della sottrazione da parte del padre all'assolvimento dei doveri genitoriali” e che la sola condotta omissiva del mancato adempimento dell'obbligo di mantenimento non poteva “considerarsi di per sé causa del danno non patrimoniale lamentato”.

In dottrina, afferma la necessità di allegare e provare “le conseguenze negative determinate dalla lesione dei suddetti diritti, in particolare, sul corretto sviluppo della personalità della prole” G. Facci, *L'art. 709 ter c.p.c., l'illecito endofamiliare ed i danni punitivi*, in *Fam. e dir.*, 2008, p. 114. *Contra*, M. Bianca, *Danno-evento e danni-conseguenze con riguardo ai rapporti familiari*, in P. Di Marzio, F. A. Genovese, A. Morace Pinelli, A. Manna, L. Della Ragione (cur.), *Responsabilità civile e penale della famiglia*, cit., 240, la quale sostiene che “l'assoluta impossibilità per il soggetto leso

Si può tuttavia osservare come, con particolare riguardo al cd. danno da deprivazione genitoriale⁴³⁷, cagionato dal disinteresse del genitore che faccia mancare completamente presenza, affetto e cure alla prole, la giurisprudenza ricorra, con una certa larghezza, all'argomento presuntivo dell'*id quod plerumque accidit*, con la conseguenza che, di fatto, “se non è il danno è la prova dello stesso a rivelarsi spesso *in re ipsa*”⁴³⁸. Viene ritenuto, infatti, “fatto notorio e desumibile dalla comune esperienza che l'assenza di una figura genitoriale segna negativamente la crescita di ogni persona e genera un senso di frustrazione e di rifiuto tale da minare la fiducia che il singolo nutre nella vita e nelle proprie capacità relazionali...”⁴³⁹.

Il danno da deprivazione genitoriale può verificarsi tanto in caso di mancata instaurazione del rapporto giuridico di filiazione per volontà del genitore che si rifiuti di riconoscere il figlio nato fuori del matrimonio, quanto in caso di prole riconosciuta o nata nel matrimonio ma abbandonata moralmente e materialmente dal genitore stesso⁴⁴⁰.

In quest'ultimo caso, com'è stato osservato, “il venir meno del rapporto determina presuntivamente una modificazione *in peius* della vita del soggetto, non limitata al momento del dolore, ma anche proiettata nel futuro, poiché l'individuo viene privato dell'apporto, dell'affetto, della cura e dell'assistenza che gli permetterebbero di realizzarsi nel suo complessivo percorso assistenziale”, non lasciando così alcun dubbio sull'azionabilità – oltre che degli strumenti tipici del diritto di famiglia, quali quelli previsti dagli artt. 330 e 333 c.c.⁴⁴¹, nonché di quelli approntati dal diritto penale ed in particolare dall'art. 570 c.p. – anche del rimedio aquiliano⁴⁴².

di provare le conseguenze” che caratterizza i danni endofamiliari “imponendo di abbandonare la distinzione tra danno-evento e danni-conseguenze”, reputata in linea generale in campo civile e non giustificata dalla funzione della responsabilità aquiliana.

⁴³⁷ Espressione ormai invalsa in dottrina e giurisprudenza: v., *ex plurimis*, M. A. Mazzola, *Il danno da deprivazione genitoriale*, Vicalvi, 2018, *passim*; Scalera, *Il danno*, cit., 399ss.; Mendola, *Il danno*, cit., 915ss.

⁴³⁸ F.Farolfi, *Concorso colposo del danneggiato e determinazione del pregiudizio nell'illecito da privazione del rapporto filiale*, in *Fam. e dir.* (2020) 945.

⁴³⁹ Trib. Pavia, 6/5/2022, n. 643, cit., secondo cui “la mancanza della figura paterna nel percorso di vita è, infatti, senz'altro idonea a causare una sofferenza psicologica e a determinare una crescita personale ed emotiva meno armoniosa rispetto a quella di cui il soggetto avrebbe potuto godere con il supporto del padre, essendo stato privato di quelle attività realizzatrici della persona che contribuiscono ad un equilibrato sviluppo psico-fisico”. Nel caso di specie il padre, pur avendo riconosciuto il figlio nato fuori del matrimonio, non si era mai interessato a lui, privandolo anche del mantenimento. Analogamente, ritengono che per la prova del danno da deprivazione parentale sia sufficiente il ricorso a presunzioni semplici e a nozioni di comune esperienza, *ex plurimis*, Trib. Ravenna, 13/5/2019; App. Napoli, 15/5/2019; Trib. Matera, 7/12/2017.

⁴⁴⁰ Mendola, *Il danno*, cit., 917, osserva come “il mancato assolvimento degli obblighi legali da parte dei genitori può riguardare tre diversi momenti temporali ovvero sia la fase antecedente all'instaurazione del rapporto di filiazione, il fisiologico svolgimento della vita familiare e (...) la patologia del rapporto di coppia (...) Al riguardo, pur discorrendosi della medesima condotta, l'omissione del genitore refrattario alla ricerca da parte del proprio figlio di quell'affetto mai avuto ovvero perduto, assume una diversa e duplice colorazione in termini di rifiuto e di abbandono”.

⁴⁴¹ La diversa finalità di questi rimedi rispetto al risarcimento del danno viene evidenziata da Villa, *Potestà*, cit., 352 s., il quale osserva come essi non mirino ad eliminare un pregiudizio attuale, ma piuttosto a prevenire il suo verificarsi o a impedirne il perpetuarsi. Sui provvedimenti codicistici a tutela della prole cfr. per tutti V. D'Antonio, *La potestà dei genitori*, in Autorino Stanzone, *Il diritto*, cit., IV, *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore*, Torino 2011, 491 ss.

⁴⁴² Trib. Messina, 31/8/2009, che riconduce tale danno alla tipologia del danno esistenziale, precisando peraltro che non si tratta di un'autonoma categoria di danno, bensì di “una singola voce del più ampio *genus* del danno non patrimoniale, comprensivo, oltre che del predetto pregiudizio, delle ulteriori voci del danno biologico e del danno morale”. In dottrina, sottolinea che “nella fase successiva all'instaurazione del rapporto la condotta inadempiente del genitore determina il venir meno della relazione familiare prima esistente che arricchiva l'individuo sotto il profilo personale e, quindi, provoca una modificazione *in peius* nella vita del minore ed un disagio di abbandono che inevitabilmente si riflette sulla sfera affettiva e relazionale” E. La Rosa, *I danni nelle dinamiche familiari tra illecito responsabilità e strumenti sanzionatori. Funzionalità ed efficienza dei rimedi*, in R. Tommasini (cur.), *La responsabilità civile nel terzo millennio. Linee di una evoluzione*, Torino, 2011, 431; analogamente, Mendola, *Il danno*, cit., 919.

Nel primo caso, invece, tuttora controversa è la fattispecie produttiva di danno.

Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato e già *supra* esposto, infatti, il comportamento omissivo del genitore che rifiuta di riconoscere il figlio nato fuori del matrimonio comporta “la violazione degli obblighi di mantenimento, istruzione ed educazione della prole e determina la lesione dei diritti nascenti dal rapporto di filiazione che trovano negli artt. 2 e 30 Cost. - oltre che nelle norme di natura internazionale recepite nel nostro ordinamento - un elevato grado di riconoscimento e tutela, sicché tale condotta è suscettibile di integrare gli estremi dell'illecito civile e legittima l'esercizio, ai sensi dell'art. 2059 c.c., di un'autonoma azione volta al risarcimento dei danni non patrimoniali sofferti”⁴⁴³.

In particolare, secondo la Suprema Corte, dal mancato riconoscimento scaturisce un danno “*lato sensu* psicologico-esistenziale, ovvero che investe direttamente la progressiva formazione della personalità del danneggiato, condizionando così pure lo sviluppo delle sue capacità di comprensione e di autodifesa”⁴⁴⁴.

La configurabilità di una responsabilità civile del genitore per il mancato riconoscimento del proprio figlio nato fuori del matrimonio è stata, tuttavia, revocata in dubbio da una parte della dottrina e della giurisprudenza, sulla base del rilievo che, in assenza di un obbligo legale di riconoscere, il comportamento omissivo non possa qualificarsi come *contra ius*⁴⁴⁵. Nel nostro ordinamento, infatti, sebbene la riforma del diritto di famiglia del '75, in attuazione dei principi fondamentali di cui agli artt. 2, 3 e 30 Cost., abbia parificato, per quanto concerne i diritti ed i doveri, i figli “naturali” ai figli “legittimi”⁴⁴⁶, essa ha comunque confermato la piena discrezionalità dell'atto di riconoscimento, anche laddove vi sia già sufficiente certezza in merito alla sussistenza di un legame biologico di filiazione, come nel caso della maternità⁴⁴⁷.

⁴⁴³ Cass., 28/11/2022, n. 34950, in *Danno e resp.* (2023) 618ss., con nota di C. Petta, *Illecito endofamiliare per mancato riconoscimento del figlio da parte del padre: profili processuali, probatori, prescrizionali e risarcitori*.

⁴⁴⁴ Cass., 16/12/2021, n. 40335, in dottrina, v. per tutti Ivone, *Profili*, cit., 169, secondo al quale “appare evidente che il mancato riconoscimento del figlio naturale da parte del padre determina fin dalla nascita un grave stato di sofferenza psicologica derivante dalla privazione ingiustificata della figura paterna, sia sotto il profilo della relazione affettiva, sia sotto quello della negazione dello *status* sociale conseguente, con una lesione di carattere irreversibile”.

⁴⁴⁵ V., ad es., Trib. Belluno, 23/3/2004, che ha respinto la domanda di risarcimento del danno esistenziale proposta dalla madre nei confronti del padre naturale per il mancato riconoscimento del figlio naturale, affermando che “il mancato riconoscimento del figlio naturale non costituisce un fatto illecito da cui scaturisce un danno ingiusto risarcibile”. Sulla liceità in sé del mancato riconoscimento cfr., in dottrina, P. Morozzo della Rocca, *Sul riconoscimento del figlio nato fuori del matrimonio dopo la riforma del 2012-2013*, in *Fam. e dir.* (2015) 182 s., secondo il quale la condotta del genitore può peraltro rilevare “quale coelemento della fattispecie dell'illecito aquiliano, a condizione però che nella concreta situazione costituisca un comportamento omissivo produttivo di un danno ingiusto in capo al figlio”.

⁴⁴⁶ Una completa attuazione del disegno costituzionale avrebbe, peraltro, richiesto l'eliminazione della stessa distinzione tra figli legittimi e naturali e la previsione di un unico *status filiationis*, come poi è avvenuto ad opera della l. n. 219/2012, di riforma della filiazione e del successivo decreto legislativo attuativo, n. 154/2013.

⁴⁴⁷ Sul ruolo da attribuire alla volontà di colui che riconosce e sul rapporto fra essa ed il fatto della procreazione non vi è, peraltro, concordia in dottrina: secondo l'orientamento dominante, infatti, il riconoscimento sarebbe un atto giuridico in senso stretto, per taluno con funzione meramente certativa di uno *status filiationis* già esistente (v. ad es. U. Majello, *Della filiazione naturale e della legittimazione*, in A. Scialoja, G. Branca (cur.), *Commentario del codice civile*, II ed., Bologna-Roma, 1982, 26), per altri elemento di una fattispecie complessa produttiva *ex lege* di un “effetto costitutivo dello *status* giuridico” (M. Petrone, *Riconoscimento del figlio naturale*, in *Enc. dir.*, XL (1989) 628). Altro orientamento, invece, partendo dalla premessa che alla qualificazione di un atto in termini di negozio giuridico non sono di ostacolo né la tipicità dei suoi effetti, né l'indisponibilità delle situazioni giuridiche soggettive correlate, poiché l'elemento indefettibile è solo “l'atto libero e discrezionale di iniziativa”, ascrive al riconoscimento natura negoziale, dal momento che esso rappresenta innegabilmente esercizio di un potere di iniziativa diretto ad uno scopo che trascende la mera volontà dell'atto (P. Stanzone, *Sulla natura del riconoscimento di figlio naturale*, in *Diritto privato. Casi e problemi*, Salerno, 1992, 79ss., che qualifica il riconoscimento come negozio giuridico unilaterale costitutivo dello *status filiationis*; analogamente, G. Autorino Stanzone, *Diritto di famiglia*, II ed., Torino, 2003, 304; in senso parzialmente diverso, C. M. Bianca, *Diritto civile*, 2.1., *La famiglia*, Milano, 2023, 417ss., il quale inquadra il riconoscimento nella categoria del negozio di accertamento. Per ulteriori approfondimenti e cenni bibliografici sia consentito il rinvio a F. Naddeo, *La*

Il sistema binario di accertamento del legame biologico di filiazione nata fuori del matrimonio, fondato alternativamente sul comportamento volontario del genitore e sulla dichiarazione giudiziale di paternità e maternità, è stato, peraltro, profondamente modificato nella disciplina, al fine di adeguarlo ai precetti costituzionali e tutelare il preminente interesse del figlio al conseguimento dello *status filiationis*: il diritto di quest'ultimo o del suo legale rappresentante di agire in giudizio, adducendo ogni mezzo di prova, per l'accertamento del legame di filiazione in tutti i casi in cui il riconoscimento è ammesso (art. 269 c.c.), senza che il genitore possa rifiutare la relativa qualifica, è infatti espressione del più generale e fondamentale diritto allo stato di figlio⁴⁴⁸, implicitamente sancito dalla Costituzione quale presupposto per l'adempimento dei doveri genitoriali e l'esercizio dei correlativi diritti fondamentali.

Com'è stato osservato, dunque, “appare difficile sostenere la non obbligatorietà di un comportamento che, se non tenuto, può essere “sostituito” da una pronuncia giudiziale che ne produca identici effetti. In ordine al riconoscimento del figlio naturale infatti il genitore naturale non vanta alcuna facoltà di scelta: egli, se non intende spontaneamente riconoscere il figlio naturale, soggiace alle conseguenze della sentenza che detto *status* accerti; orbene, se il genitore non può sottrarsi agli effetti del riconoscimento dello status di filiazione, con ogni conseguenza non solo patrimoniale ma prima ancora familiare, se cioè l'accertamento giudiziale di detto *status* è una conseguenza obbligata dell'accertamento in fatto del rapporto di filiazione, appare doversene desumere che il riconoscimento del figlio naturale, cui appunto il genitore non può sottrarsi, non può che configurarsi come comportamento doveroso”⁴⁴⁹.

In ogni caso, se anche non si volesse accogliere la tesi per cui l'omesso riconoscimento, cagionando una lesione del diritto allo *status filiationis*, configuri un illecito, non per questo dovrebbe ritenersi esente da responsabilità il genitore che si disinteressa della prole: per orientamento consolidato, infatti, i doveri genitoriali sanciti dall'art. 30 Cost. e compiutamente specificati dall'art. 315bis c.c. scaturiscono direttamente dal legame biologico di filiazione e non dal titolo di *status*, come si evince anche dal disposto dell'art. 279 c.c., secondo cui il figlio nato fuori del matrimonio può agire nei confronti del genitore per ottenere il mantenimento, l'istruzione e l'educazione in ogni caso in cui non possa proporsi l'azione per la dichiarazione giudiziale di paternità o di maternità⁴⁵⁰.

filiazione naturale, in G. Autorino Stanzone (dir.), *Il diritto di famiglia nella dottrina e nella giurisprudenza. Trattato teorico-pratico*, vol. IV, *La filiazione. La potestà dei genitori. Gli istituti di protezione del minore*, Torino, 2011, 85ss.

⁴⁴⁸ Bianca, *Diritto civile*, 2.1, cit., 285.

⁴⁴⁹ Trib. Venezia 18/4/2006, in *Danno e resp.* (2007) 578. In dottrina, la tesi della doverosità è sostenuta da E. Carbone, *Sub artt. 250-268*, in *Comm. c.c.*, diretto da E. Gabrielli, *Artt. 177-342 ter, Della famiglia*, a cura di L. Balestra, Torino, 2011, 529, che definisce il riconoscimento come “negozio dovuto con funzione di accertamento”. In prospettiva parzialmente diversa, Cassano, Marvasi, *La responsabilità*, cit., 698, qualificano il riconoscimento in termini di “onere”. Fortemente critico nei confronti del suddetto orientamento giurisprudenziale è, invece, M. Paladini, *L'illecito dei genitori nei confronti dei figli*, in *Fam., pers. e succ.* (2012) 490, secondo la tesi dell'obbligatorietà del riconoscimento deriva “assai più dall'evoluzione della sensibilità culturale nei riguardi della responsabilità del fatto procreativo che non da un'armonica lettura del complessivo dato normativo che disciplina la materia della filiazione”.

⁴⁵⁰ In questo senso, in dottrina, fra gli altri, Bianca, *Diritto civile*, 2.1., cit., 369 e 377, il quale distingue la titolarità formale del rapporto di filiazione, che discende dall'accertamento di *status*, dalla titolarità sostanziale, nascente dal fatto stesso della procreazione, “alla quale sono collegati diritti e obblighi verso il genitore, a tutela di una essenziale esigenza di solidarietà della persona”, A. Finocchiaro, M. Finocchiaro, *Diritto di famiglia*, I, Milano 1984, 378; Dogliotti, *La famiglia*, cit., 169; M. Costanza, *Filiazione, III*, *Filiazione naturale*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. (2005) 8; F. Ruscello, *I rapporti personali tra coniugi*, Milano 2000, 485s.; G. Giacobbe, *Responsabilità per la procreazione ed effetti del riconoscimento del figlio naturale*, in *Giust. civ.* (2005) pt. I, 732; R. Pacia, *Doveri dei genitori e responsabilità*, in *Resp. civ.* (2006) 105. Analogamente, in giurisprudenza, Cass., 14/5/2003, n. 7386; Cass. 11/7/2006, n. 15756; Cass., 10/4/2012, n. 5652, cit.; Cass., 22/11/2013, n. 26205, in *Giur. it.* (2014) 1593ss., con nota di B. Tassone, *Mancato riconoscimento del figlio naturale e danno non patrimoniale*; Cass., 16/2/2015, n. 3079, cit. e, più recentemente, Cass., 7/2/2023, n. 3661; Cass., 12/10/2023, n. 28442: “L'obbligo dei genitori di educare e mantenere i figli, ai sensi degli artt. 147 e 148 c.c., è causalmente connesso alla procreazione, a prescindere dalla dichiarazione giudiziale di paternità o maternità, in tal modo determinandosi un automatismo tra la responsabilità genitoriale e la procreazione, che rappresenta il fondamento della

Il connotato dell'antigiuridicità, dunque, risiederebbe direttamente nella mancata cura della prole, consentendo di riunificare, così, nella figura del danno da privazione del rapporto genitoriale, tanto le ipotesi in cui il genitore non abbia mai riconosciuto il figlio, quanto quelle in cui il legame sia stato accertato ma non ne sia conseguito l'adempimento dei doveri genitoriali⁴⁵¹.

Ovviamente, peraltro, perché possa configurarsi un illecito deve ricorrere anche il requisito della colpevolezza⁴⁵², che presuppone la conoscenza o conoscibilità, in capo al genitore, del legame biologico di filiazione da cui scaturiscono i doveri che si assumono violati⁴⁵³. Si è dunque, esclusa in giurisprudenza la responsabilità civile del genitore che non aveva riconosciuto il figlio e adempiuto ai correlativi obblighi di mantenimento, educazione, istruzione ed assistenza morale perché ignaro dall'avvenuta procreazione, a lui celata dalla madre⁴⁵⁴.

Com'è stato sottolineato, tuttavia, non è necessaria, ai fini della sussistenza della suddetta responsabilità, la certezza del genitore in merito al concepimento, ma è sufficiente, per i giudici di legittimità, "il ragionevole dubbio ingenerato da più circostanze di fatto collegate tra loro"⁴⁵⁵, che

responsabilità dell'illecito, ove alla procreazione non segua il riconoscimento e l'assolvimento degli obblighi che conseguono alla condizione di genitore"; analogamente, nella giurisprudenza di merito, Trib. Bari, 21/4/2023, n. 1505; Trib. Roma, 11/9/2020, n. 12223.

⁴⁵¹ Farolfi, *Concorso*, cit., 946; Montecchiari, *Violazione*, cit., 275, secondo la quale, in linea più generale, "il genitore potrà essere chiamato a rispondere per responsabilità aquiliana ogni volta che la sua condotta sarà qualificata negativa per il corretto sviluppo della personalità del minore, come ad esempio quando egli trascuri materialmente o affettivamente il figlio, quando gli faccia mancare i mezzi di sostentamento, quando non eserciti il diritto-dovere di visita, o quando ne ostacoli l'esercizio da parte dell'altro genitore non affidatario, quando assuma comportamenti abusivi della potestà, quando realizzi un abbandono educativo nei riguardi del figlio, in modo grave ed irreversibile, per la mancata trasmissione di valori che caratterizza il ruolo di genitore medesimo, per la carente posizione di guida, di controllo, di prevenzione, in assenza delle quali può emergere una specifica responsabilità del genitore".

In giurisprudenza, ha riconosciuto, ad es., la responsabilità del padre "che - pur avendo provveduto a versare somme di denaro per il mantenimento del figlio - abbia, con pervicacia, completamente ommesso di occuparsi della cura morale del figlio e di mantenere con lui una costante relazione affettiva, con ciò violando i diritti fondamentali dello stesso minore", Trib. Roma, 11/1/2012, in *Resp. civ.* (2012) 314ss. Analogamente, in un caso in cui, dopo la morte della madre, il padre aveva totalmente trascurato la figlia di appena cinque anni, Trib. Bologna, 10/7/2007, in *Fam. e dir.* (2008) 487: "Il padre, che consapevolmente trascuri i doveri di mantenimento, cura ed istruzione del figlio minore, incorre in una responsabilità che, sul piano civile, rileva quale violazione non solo di un mero diritto di contenuto patrimoniale ma anche di soteri diritti fondamentali della persona. La violazione di tali diritti, inerenti alla qualità di figlio e di minore, costituisce il presupposto per una condanna al risarcimento del danno sotto il profilo sia patrimoniale, a causa del mancato apporto economico ai bisogni del figlio, sia non patrimoniale conseguente alle ripercussioni della condotta paterna sulla sfera esistenziale del minore".

Nell'ipotesi inversa in cui il genitore, pur non avendo riconosciuto il figlio, adempia i doveri di cura morale e materiale, vi è chi ha ipotizzato una responsabilità civile per lesione dello *status* filiale: F. Galletti, *Il danno c.d. da privazione del rapporto genitoriale e le tabelle di Milano come possibile risposta al problema della relativa quantificazione*; in *Resp. civ. prev.* (2015) 577.

⁴⁵² Sottolinea come sotto il profilo dell'elemento psicologico il rimedio aquiliano diverga da quelli tipici del diritto di famiglia che non richiedono quasi mai come presupposto di applicabilità la volontarietà del comportamento, Dogliotti, *La famiglia*, cit., 162, il quale ritiene che per tutti gli altri aspetti possano utilizzarsi, invece, gli stessi criteri di valutazione della condotta.

⁴⁵³ Rossetti, *Responsabilità*, cit., 120.

⁴⁵⁴ Cass., 9/8/2021, n. 22496: "In tema di danno per mancato riconoscimento di paternità, l'illecito endofamiliare, attribuito al padre che abbia generato ma non riconosciuto il figlio, presuppone la consapevolezza della procreazione che, pur non identificandosi con la certezza assoluta derivante esclusivamente dalla prova ematologica, richiede comunque la maturata conoscenza dell'avvenuta procreazione, non evincibile tuttavia in via automatica dal fatto storico della sola consumazione di rapporti sessuali non protetti con la madre, ma anche da altri elementi rilevanti, specificatamente allegati e provati da chi agisce in giudizio". Nello stesso senso, più di recente, Cass., 13/10/2023, n. 28551; Cass., 12/1/2023, n. 764. In passato, la giurisprudenza di legittimità aveva addirittura ritenuto che la sola "indiscussa consumazione di rapporti sessuali non protetti all'epoca del concepimento" potesse costituire indizio univoco sufficiente a far desumere il requisito della consapevolezza (Cass., 22/11/2013, n. 26205, cit., p. 716).

⁴⁵⁵ A. Gorgoni, *Dichiarazione giudiziale di paternità e danno non patrimoniale*, in www.personaemercato.it, 2013.

comportano l'onere per il genitore stesso di ricorrere ad un'indagine tecnica per verificare la paternità, piuttosto che attendere inerte la dichiarazione giudiziale⁴⁵⁶.

Ove, invece, si accerti la colpa del genitore, si pone il problema della configurabilità di un concorso di colpa del figlio che agisca in giudizio a molto tempo di distanza dall'evento di danno.

Pacificamente esclusa è l'applicabilità dell'art. 1227, comma 1, c.c., che concerne il concorso colposo in senso stretto: non vi è dubbio, infatti, che l'unica causa produttiva di danno sia il comportamento omissivo del genitore⁴⁵⁷.

Più pertinente al caso di specie, *prima facie*, è invece il richiamo all'art. 1227, comma 2, c.c., secondo cui "il risarcimento non è dovuto per i danni che il creditore avrebbe potuto evitare usando l'ordinaria diligenza"⁴⁵⁸.

La Suprema Corte, tuttavia, ha recisamente respinto l'invocabilità della predetta disposizione ai fini della riduzione dell'entità del risarcimento in capo al genitore, "in ipotesi di inerzia dei figli in ordine al momento da essi prescelto per l'iniziativa giudiziale, in quanto liberamente e legittimamente determinabile da parte dei titolari del diritto, oltre che del tutto ininfluenza rispetto alla configurazione e determinazione del danno non patrimoniale riconosciuto"⁴⁵⁹.

Le argomentazioni della Corte fanno leva non solo sull'inesistenza di limitazioni legali di natura cronologica all'esercizio del diritto di agire per l'accertamento del legame di filiazione da parte del figlio, ai sensi dell'art. 270 c.c., ma anche e soprattutto sulla natura non transeunte del danno da privazione genitoriale, consistente nelle "ripercussioni personali e sociali derivanti dalla consapevolezza di non essere mai stati desiderati ed accolti come figli". La mancanza della figura paterna crea infatti "una situazione di privazione affettiva e di ruolo sociale di natura stabile e definitiva, non suscettibile di mutamenti quanto meno fino al raggiungimento della maggiore età", rispetto alla quale "l'unico modo d'interrompere (ove tempestivo) o limitare il *vulnus* determinatosi" sarebbe il volontario riconoscimento e la conseguente assunzione del proprio ruolo da parte del genitore.

Del resto, come ha osservato la Corte, il problema dell'inerzia del figlio nel proporre azione si pone solo a partire dal raggiungimento della maggiore età, quando ormai la lesione si è stabilmente ed irreversibilmente prodotta, rendendo "del tutto ininfluenza sulla determinazione del risarcimento il momento dell'iniziativa giudiziale"; inoltre, "la natura del diritto azionato ne rende del tutto

⁴⁵⁶ Cass. 22/11/2013, n. 26205, cit.; Trib. Venezia, 18/4/2006, cit., secondo cui "la condotta di un uomo che abbia il forte dubbio di aver procreato un figlio, che peraltro vive in condizioni di estrema indigenza, risponde ad un criterio di adeguatezza allorquando si traduca quantomeno nella verifica della fondatezza delle rivendicazioni materne di richiamo ai doveri genitoriali. Conseguentemente, la scelta di non riconoscere il bambino, di non provvedere in alcun modo al suo mantenimento e, prima ancora, di ignorare qualsiasi richiamo ai suoi obblighi di responsabilità si pone quale consapevole condotta anti-giuridica idonea ad integrare la fattispecie di cui all'art. 2043 c.c."

⁴⁵⁷ V. per tutti Rossetti, *Responsabilità*, cit., 128.

⁴⁵⁸ In tal senso, Trib. Vicenza, 24/10/2019, in *Fam. e dir.* (2020) 939ss., con nota di Farolfi, *Concorso*, cit., il quale, richiamando quanto già sostenuto da G. Facci, *La responsabilità del genitore che sceglie di non riconoscere il figlio e non provvede al suo mantenimento: una sentenza importante*, in *Fam. e dir.* (2007) 936, osserva, a sostegno della decisione, "come, ponendo l'art. 1227, comma 2, c.c. in capo al danneggiato un obbligo di diligenza fondato sul generale principio di correttezza ex art. 1175 c.c., appaia in realtà contrario al principio di correttezza medesimo astenersi dal proporre, per un lungo periodo di tempo dall'acquisizione della capacità di agire e dalla conoscenza dell'identità del presunto genitore, un'azione di stato destinata con quasi assoluta certezza ad essere accolta positivamente e così evitare, o comunque contenere, le conseguenze dannose dell'illecito".

⁴⁵⁹ Cass. 22/11/2013, n. 26205, cit. Condivide questa soluzione Rossetti, *Responsabilità*, cit., 129, secondo il quale "se la sofferenza causata dalla privazione della figura genitoriale è permanente (ed il relativo giudizio spetta al giudice di merito), cioè insuscettibile di cessare per il solo fatto dell'avvenuto risarcimento, che questo sia domandato 1, 10 o 100 anni dopo la commissione del fatto illecito non è circostanza che possa "aggravare" il danno, perché esso matura *de die in diem*".

giustificabile, in mancanza di limitazioni legali, l'esercizio in una fase di maturità personale compatibile con il coinvolgimento personale ed emotivo ad esso connesso"⁴⁶⁰.

Il protrarsi nel tempo della condotta *contra ius* del genitore e del conseguente effetto dannoso incide anche sui termini di prescrizione della relativa azione di risarcimento dei danni da parte del figlio. Premesso che, per il prevalente orientamento della giurisprudenza di legittimità, la domanda risarcitoria del figlio presuppone l'accertamento di *status* e dunque non è utilmente azionabile se non dal momento in cui diviene definitiva la sentenza di accertamento del legame di filiazione⁴⁶¹, il *dies a quo* per la decorrenza del termine di prescrizione potrebbe anche slittare ulteriormente per via delle peculiari caratteristiche della fattispecie. Come la Cassazione, infatti, ha chiarito, "l'abbandono genitoriale, quale costante omissione di tutti gli obblighi che il genitore ha nei confronti della prole, integra un illecito endofamiliare permanente, cosicché la peculiare natura di tale danno, che investe la progressiva formazione della personalità del danneggiato condizionando le sue capacità di comprensione e autodifesa, incide sul *dies a quo* della prescrizione, da individuarsi nel momento in cui la vittima è pervenuta alla concreta possibilità di esercitare la pretesa risarcitoria"⁴⁶².

Più recentemente, la Suprema Corte ha precisato che la «prescrizione del diritto al risarcimento del danno da privazione del rapporto genitoriale, conseguente all'illecito, di natura permanente, di abbandono parentale, decorre solo dalla cessazione della permanenza, che si verifica dal giorno in cui il comportamento abbandonico viene meno, per effetto di una condotta positiva volta all'adempimento dei doveri morali e materiali di genitore, ovvero dal giorno in cui questi dimostri di non essere stato in grado, per causa a lui non imputabile, di porre fine al comportamento omissivo; al fine di individuare il *dies a quo* della prescrizione, peraltro, in ragione della peculiare natura dell'illecito (che provoca nella parte lesa una condizione di sofferenza personale e morale idonea a segnarne il futuro sviluppo psico-fisico e ad incidere sulla sua capacità di percepire la situazione

⁴⁶⁰ Cass. 22/11/2013, n. 26205, cit.

⁴⁶¹ Cass., 11/12/2020, n. 28330, in *Fam. e dir.* (2021) 602ss., con nota di D. Amram, *L'accertamento della paternità: responsabilità e danno*, la quale sottolinea come tale soluzione ermeneutica risponda al *favor* ordinamentale verso la prole: "una lettura diversa, infatti, potrebbe portare a meccanismi contrari all'architettura costituzionale che protegge i figli (anche nati fuori dal matrimonio) alla luce del più generale principio di solidarietà posto a tutela del soggetto debole della famiglia"; nello stesso senso, Cass. 29/8/2018, n. 21364; Cass. 4/4/2014, n. 7986; Cass. 20/10/2010, n. 17914; Cass. 3/11/2006, n. 23596.

⁴⁶² Cass., 10/6/2020, n. 11097. I giudici di legittimità hanno così sconfessato la qualificazione, operata dal giudice di merito (App. Firenze, 23/1/2018), dell'abbandono genitoriale quale illecito istantaneo ad effetti permanenti, in cui, cioè, la condotta anti-giuridica si esaurirebbe in un lasso di tempo definito, permanendo nel tempo solo le sue conseguenze dannose: ricostruzione in base alla quale il diritto al risarcimento si prescriverebbe se non esercitato nei cinque anni dal singolo evento lesivo. La natura di illecito permanente dell'abbandono genitoriale è stata successivamente ribadita da Cass., 28/11/2022, n. 34950, cit., la quale precisa che il momento in cui la vittima è in condizione di esercitare concretamente la pretesa risarcitoria non va individuato nel compimento del diciottesimo anno d'età, bensì, in considerazione dell'incidenza della privazione parentale sul pieno sviluppo della personalità, nell'avvenuto raggiungimento di un livello di maturità personale che consenta alla "vittima dell'abbandono di svincolarsi dall'incidenza precettiva e comportamentale del notorio istintivo desiderio filiale di un rapporto positivo con il genitore" e, quindi, "di percepire la reale situazione a sé pregiudizievole e di assumere reattive decisioni di contrasto con la persona 'desiderata'" (così già Cass., ord., 16 dicembre 2021, n. 40335, cit.). La configurazione accolta dalla Suprema Corte è ritenuta "la più ragionevole e maggiormente funzionale a tutelare i diritti costituzionalmente lesi" da Petta, *Illecito*, cit., 623; nello stesso senso, Mendola, *Il danno*, cit., 929.

La decisione della Suprema Corte viene critica da Rossetti, *Responsabilità*, cit., 154, il quale obietta che il danno non patrimoniale si produce solo quando il minore abbandonato si rende conto dell'ingiustizia sofferta, perché precedentemente "di quel danno è mancato l'elemento centrale: la sensazione dolorosa. (...) Delle due, pertanto, l'una: se si ammette che la sofferenza per l'abbandono possa "essere compresa" solo in età matura, e solo dall'acquisto di tale consapevolezza decorra la prescrizione, nessun danno sarà dovuto per l'epoca anteriore; se per contro si pretende che il minore abbandonato abbia patito un danno dal giorno dell'illecito, allora diventa impossibile sostenere che si sia accorto del danno solo "da grande".

abbandonica) è necessario verificare se la vittima della condotta di abbandono genitoriale sia pervenuta ad una reale condizione emotiva di consapevole esercitabilità del diritto risarcitorio»⁴⁶³. Tale soluzione ermeneutica, particolarmente garantista per la vittima dell'illecito endofamiliare, è tuttavia problematica sotto il profilo probatorio, con evidenti ripercussioni sulla certezza del diritto⁴⁶⁴. Non minori difficoltà concernono la liquidazione del danno non patrimoniale da privazione genitoriale, poiché, anche a causa della notevole varietà di ricadute esistenziali che l'abbandono può determinare nella vita del figlio, non emergono nella prassi criteri uniformi di valutazione⁴⁶⁵. Una parte della giurisprudenza di merito, infatti, adotta il criterio equitativo puro *ex artt.* 2056 e 1226 c.c., dando luogo, tuttavia, ad enormi disparità liquidatorie fra situazioni analoghe⁴⁶⁶. Altra parte della giurisprudenza, conformandosi alle indicazioni date dalla Suprema Corte in merito alla necessità di assumere, come punto di partenza, dei parametri standardizzati da adeguare successivamente alle specificità del caso concreto, onde evitare che l'equità sconfini in arbitrio⁴⁶⁷, utilizza la voce delle tabelle giurisprudenziali adottate dai tribunali di Roma e di Milano relativa al danno non patrimoniale da perdita del congiunto⁴⁶⁸, valorizzando peraltro la differenza fra "la perdita definitiva" del genitore causata dal fatto lesivo del terzo e la "privazione del rapporto genitoriale" per abbandono da parte del genitore⁴⁶⁹.

⁴⁶³ Cass., 13/4/2023, n. 9930. In dottrina, G. Facci, *La prescrizione del diritto al risarcimento dei danni in caso di responsabilità genitoriale*, in Cendon (cur.), *Famiglia e responsabilità civile*, cit., afferma che sebbene sia "indubbio che il bisogno, da parte del figlio, della figura costruttiva ed educativa del genitore perduri ben oltre il compimento del diciottesimo anno di età", "da siffatto momento, tuttavia, venendo meno la responsabilità genitoriale, "si può ipotizzare che cessi la condotta illecita di quest'ultimo, in violazione dei doveri di assistenza della prole, che prescindono dai risvolti prettamente economici".

⁴⁶⁴ Lo nota Rossetti, *Responsabilità*, cit., 154.

⁴⁶⁵ D'Angelo, *La liquidazione*, cit., 548ss.; Marcello, *La responsabilità*, cit., 2340, la quale ricava dall'esame delle decisioni di merito una serie di criteri comunemente applicati, quali "a) la dimensione temporale, ossia il tempo per cui si è protratta la lesione esistenziale e morale; b) il grado di sensibilità e/o condizione del soggetto leso; c) la gravità della condotta; d) il profitto conseguito dal danneggiante", osservando come nel caso di mancato riconoscimento del figlio, i criteri più utilizzati siano il primo ed il terzo, "i quali spesso sono anche correlati, in quanto il rifiuto ostinato e protratto nel tempo viene considerato particolarmente lesivo della sfera esistenziale del figlio".

⁴⁶⁶ Il criterio equitativo puro è applicato, ad es., da Trib. Milano, 18/5/2015 che, in un caso di totale disinteresse del padre nei confronti del figlio, ha liquidato il danno non patrimoniale subito da quest'ultimo in 25.000,00 euro, laddove solo un anno prima lo stesso tribunale, in un caso analogo, applicando il metodo tabellare era giunto a liquidare più di 40.000 euro (Trib. Milano, 23/7/2014). Il criterio equitativo puro è stato applicato in taluni casi anche dalla Suprema Corte: v. ad es., Cass., 7/6/2000, n. 7713, cit.; Cass., 10/4/2012, n. 5652, cit.; v. sul punto, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, D'Angelo, *La liquidazione*, cit., 550s.; Mendola, *Il danno*, cit., 932ss.

⁴⁶⁷ Cass., 3/12/2021, n. 38215, la quale sottolinea come "sul piano della logica formale la stima del danno non patrimoniale, soprattutto se da compiersi in via equitativa, impone che nella motivazione sia posta una premessa; ne sia tratta una conseguenza; e si giunga ad una conclusione. La premessa è l'indicazione del parametro standard da porre a base del risarcimento. La conseguenza è confrontare questo parametro standard con le specificità del caso concreto. La conclusione è stabilire se quel parametro astratto sia equo, sovra - o sottodimensionato rispetto al caso concreto". La Suprema Corte richiama quanto già chiarito in passato, in merito al fatto che equità "non vuol dire arbitrio, perchè quest'ultimo, non scaturendo da un processo logico-deduttivo, non potrebbe mai essere sorretto da adeguata motivazione" (Cass., 7/6/201, n. 12408)".

⁴⁶⁸ Sui diversi criteri liquidatori adottati dalle due tabelle cfr., fra gli altri, Amram, *L'accertamento*, cit., 608.

⁴⁶⁹ V., ad es., Cass., 22/7/2014, n. 16657: "La violazione dei doveri di mantenimento, istruzione ed educazione dei genitori verso la prole, a causa del disinteresse mostrato nei confronti dei figli per lunghi anni, integra gli estremi dell'illecito civile, cagionando la lesione di diritti costituzionalmente protetti, e dà luogo ad un'autonoma azione dei medesimi figli volta al risarcimento dei danni non patrimoniali ai sensi dell'art. 2059 c.c. In particolare, è un comportamento rilevatore di responsabilità genitoriale l'aver privato i figli della figura genitoriale paterna, che costituisce un fondamentale punto di riferimento soprattutto nella fase della crescita, e idoneo ad integrare un fatto generatore di responsabilità aquiliana (...) La voce di pregiudizio in esame sfugge a precise quantificazioni in moneta e, pertanto, si impone la liquidazione in via equitativa *ex art.* 1226 cod. civ. In merito alla quantificazione in concreto, in caso di danno endofamiliare da privazione del rapporto genitoriale, può essere applicata, come riferimento liquidatorio, la voce *ad hoc* prevista dalle tabelle giurisprudenziali adottate dall'Osservatorio sulla Giustizia Civile di Milano ("perdita del genitore)". La Suprema Corte

Tuttavia, la riduzione dei relativi importi avviene in misura estremamente variabile e con motivazioni generiche o stereotipate, al punto da far affermare, in dottrina, che “nella liquidazione equitativa del danno domina spesso il più cieco empirismo, con conseguente e totale imprevedibilità dell’esito della lite”⁴⁷⁰: ancora una volta, dunque, con grave *vulnus* al principio di certezza del diritto.

precisa, tuttavia, che le due fattispecie presentano delle differenze che impongono una rideterminazione dei parametri. Nello stesso senso più recentemente, Trib. Napoli Nord, 13/7/2022, che, pur ritenendo corretto quale punto di partenza liquidatorio quello individuabile nei parametri tabellari previsti per la voce "perdita del genitore", afferma la necessità di procedere ad un ulteriore adeguamento in diminuzione, dal momento che “la liquidazione ivi contemplata per il danno da perdita del rapporto parentale postula la irreversibile perdita del rapporto per la morte del congiunto e va al di là del mero dolore che la morte in sé di una persona cara provoca nei prossimi congiunti che le sopravvivono, concretandosi nel vuoto costituito dal non potere più godere della presenza e del rapporto con chi è venuto meno e perciò nell'irrimediabile distruzione di un sistema di vita basato sull'affettività, sulla condivisione, sulla rassicurante quotidianità, nonché nel non potere fare più ciò che per anni si è fatto e nell'alterazione che una scomparsa del genere inevitabilmente produce anche nelle relazioni tra superstiti, tutte sofferenze non ravvisabili nella specie”; Trib. Roma, 11/9/2020, n. 12223, cit.; Trib. Ravenna, 16/7/2020, n. 583.

Le differenze fra la fattispecie del danno da deprivazione genitoriale e quella del danno da morte del genitore sono puntualizzate da Scalera, *Il danno*, cit., 403, il quale commenta criticamente anche la proposta, avanzata da taluno in dottrina (D. Amram, *Conferme per l'adozione di una tabella?*, in *Danno e resp.* (2014) 719; B. Tassone, *Il danno intrafamigliare e la sua quantificazione: nuovi spunti di law & psychology*, in *Danno e resp.* (2014) 724), di introdurre un metodo tabellare di liquidazione *ad hoc*, la cui base di calcolo dovrebbe essere rappresentata dalla mediana delle liquidazioni operate per ogni mese di assenza del genitore, moltiplicando poi tale valore per il numero di mesi in cui il genitore si è disinteressato dei figli e facendo salva la personalizzazione equitativa in ragione delle peculiarità del caso concreto: secondo l'autore, “il criterio in parola, forse sufficientemente “scientifico” e “razionale”, avrebbe il merito di ridurre notevolmente il fenomeno della c.d. anarchia liquidatoria e di valorizzare i parametri della serietà del pregiudizio e gravità dell'offesa, evitando il rischio di incorrere in liquidazioni determinate più dalla gravità della condotta del genitore (ir)responsabile, che dall'effettivo accertamento di conseguenze pregiudizievoli per la prole. Tale criterio potrebbe, però, essere non altrettanto soddisfacente in termini di “appropriatezza” e, se non utilizzato adeguatamente, rischierebbe di divenire uno strumento di soluzioni approssimative, non perfettamente aderenti alla fattispecie concreta”. Esprime scetticismo nei confronti della possibilità di indicizzazione tabellare *in subiecta materia* anche Marcello, *La responsabilità*, cit., 2340, secondo la quale “la costante aspirazione di questi anni alla prevedibilità delle voci risarcitorie non appare realizzabile in questa materia, giacché le sfumature di ciascun caso concreto sono in grado di influenzare sensibilmente il giudicante”, per cui “soltanto il controllo motivazionale può garantire che la decisione sia ispirata ad equità e non ad arbitrarità”.

⁴⁷⁰ Rossetti, *Responsabilità*, cit., p. 148.

MINORI E “SOCIAL NETWORK”: LA RESPONSABILITÀ DEI GENITORI DAGLI OBBLIGHI DI VIGILANZA E CONTROLLO ALL’EDUCAZIONE DIGITALE

Paola Pisacane*

SOMMARIO: 1. Premesse; 2. Alcune considerazioni preliminari sulla definizione della responsabilità e sul mondo digitale; 3. La responsabilità dei genitori nell’ordinamento italiano; 4. Illeciti “on line” e responsabilità dei genitori: profili critici; 5. Possibili itinerari alternativi: alcune riflessioni conclusive.

1. Premesse.

L'uso sempre più diffuso, frequente ed anticipato degli strumenti di comunicazione telematica da parte dei minori⁴⁷¹ pone i genitori di fronte a nuove sfide e nuove responsabilità, e pone di conseguenza al giurista sempre nuove problematiche relative all’effettivo contenuto dei diritti del minore da un lato e dei doveri dei genitori dall’altro, in una logica relazionale ora più che mai filtrata da un mezzo digitale di comunicazione⁴⁷².

Da un lato, infatti, è inequivocabile che l'uso dei mezzi telematici rappresenti anche per i minori l'esercizio di un diritto di libertà e ciò trova fondamento e riscontro normativo sia in tutte quelle fonti che riconoscono e garantiscono a tutti il diritto all'informazione ed alla comunicazione, senza escludere i minori di età (si pensi, all'art. 10 della Convenzione di Roma del 1950, all'art. 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, all'art. 21 Cost., all'art. 14 della Convenzione sui diritti del fanciullo approvata a New York il 20 novembre 1989), sia in tutte le fonti che mirano a tutelare la dignità della persona del minore nella società dell'informazione (art. 16 e 17 della Convenzione sui diritti del fanciullo, nonché art. 3 della stessa Convenzione; tra le altre, le norme contenute nel GDPR, nonché nel Digital Service Act, ed ancora ad esempio nella normativa che tenta di arginare il fenomeno del cyberbullismo, L. n. 71 del 2017)⁴⁷³.

Dall'altro lato, si pone la responsabilità genitoriale che trova fondamento e contenuto nella

* Ricercatore confermato di Diritto Privato presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche dell’Università degli Studi di Salerno.

⁴⁷¹ Significative in proposito le osservazioni contenute nella Comunicazione della Commissione europea al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Un decennio digitale bambini e giovani: la nuova strategia europea per un'internet migliore per i ragazzi (BIK+)*, 11 maggio 2022, COM (2022) 212: «i minori iniziano a creare, giocare e interagire online a un’età sempre più precoce, avvalendosi delle tecnologie dell’informazione e della comunicazione a fini di istruzione, intrattenimento, contatti sociali e partecipazione alla società. In tal modo, si imbattono spesso in contenuti e servizi digitali che non sono stati concepiti tenendo conto di loro».

⁴⁷² V. tra gli altri: A. Ferrante, *Illecito del figlio minore: nuove prospettive*, in *Danno e resp.*, 6 (2009) 585 ss.; M. Bianca, *Il minore e i nuovi media*, in R. Senigallia (a cura di), *Autodeterminazione e minore di età*, Pisa, 2019, 167; I. Garaci, *La «capacità digitale» del minore nella società dell'informazione. Riflessioni sul corretto esercizio della responsabilità genitoriale fra esigenze di autonomia e di protezione*, in *Nuovo dir. civ.* (2019) 63 ss.; J. Mazzeo, *Genitori e figli ai tempi di Internet: come bilanciare opposti diritti*, in <https://www.agendadigitale.eu>, 2019; V. Andreoli, *La famiglia digitale. Come la tecnologia ci sta cambiando*, Milano 2021; A. Pessina, *L'essere altrove. L'esperienza umana nell'epoca dell'intelligenza artificiale*, Milano-Udine, 2023, p. 110 ss.; R. Senigallia, *L'identità personale del minore di età nel cyberspazio tra autodeterminazione e parental control system*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 6 (2023) 1568 ss.

⁴⁷³ C. Perlingieri, *Profili civilistici dei social networks*, Napoli, 2014, 33 ss.; E. Andreola, *Minori e incapaci in Internet*, Napoli, 2019, 243 ss.; Bianca, *Il minore e i nuovi media*, cit., 148 ss.; A. Cordiano, *Cyberbullismo e maleducazione digitale: la legge n. 71 del 2017 tra nuove politiche educative e strumenti tradizionali*, in *Foro nap.* (2021) 41 ss.; E. Battelli, *Minori e social network: cyberbullismo e limiti della parental responsibility*, in *Corr. Giur.*, 10 (2021) 1269 ss.

realizzazione primaria dell'interesse dei minori, interesse che riempie dunque di significato i doveri dei genitori⁴⁷⁴ (nell'ordinamento italiano ad esempio, art. 30 Cost. e art. 147 c.c.) e a cui deve necessariamente ispirarsi ogni riflessione relativa alla responsabilità dei genitori per comportamenti dei figli minori⁴⁷⁵.

La rilevanza e la delicatezza del tema trattato emergono poi con particolare evidenza in alcune pronunce giurisprudenziali che, di recente, hanno ribadito in materia di responsabilità dei genitori per fatti illeciti compiuti “on line” dai figli minori un orientamento oltremodo rigoroso fondato, tra l'altro, sul rilievo che dagli atti compiuti dal minore possa evincersi di per sé una carenza educativa del minore e, quindi, una responsabilità dei genitori pressoché impossibile da confutare⁴⁷⁶, argomentando che «L'inadeguatezza educativa può essere desunta dalle modalità dello stesso fatto illecito», e che quest'ultimo ben può «rivelare il grado di maturità e di educazione del minore, conseguenti al mancato adempimento dei doveri incombenti sui genitori ai sensi dell'art. 147 c.c.»⁴⁷⁷.

Pronunce che si collocano in un filone giurisprudenziale⁴⁷⁸ particolarmente rigido e rigoroso in tema di responsabilità dei genitori, in ordine soprattutto alla prova liberatoria che gli stessi possono fornire, e che hanno determinato una certa insoddisfazione circa le argomentazioni seguite, facendo nascere l'esigenza di approfondire il tema in oggetto⁴⁷⁹.

Lo scopo principale di queste riflessioni, dunque, non è tanto quello di indagare sul rapporto tra minori e “social network”⁴⁸⁰, ma quello di comprendere il contenuto attuale della responsabilità dei genitori per fatti illeciti compiuti “on line” dai figli minori e le sue conseguenze⁴⁸¹, partendo da una considerazione fondamentale relativa al ruolo che i “social network” hanno nella vita dei minori e, ancor più, dal ruolo che gli stessi minori hanno nel mondo digitale. Soltanto la precomprensione della

⁴⁷⁴ A. Trabucchi, *Il «vero interesse» del minore e i diritti di chi ha l'obbligo di educare*, in *Riv. dir. civ.* (1988) 757: l'educazione dei figli «si conduce come si compie un'opera d'arte: il campo è vasto e vario, ed è difficile stabilire con chiarezza il passaggio dalla cattiva o mancata educazione a un sufficiente adempimento».

⁴⁷⁵ «L'interesse si traduce, pertanto, nell'apprestare le garanzie, ragionevoli e proporzionate, all'esclusività dell'educazione, della responsabilità dei genitori “di allevare il fanciullo e di provvedere al suo sviluppo” (art. 18, par. 1, CNY), anche in termini di possibilità di sorvegliare l'attività del figlio nell'ambiente digitale», Senigallia, *L'identità personale del minore*, cit., 1584. Sul punto v. anche, P. Perlingieri, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-europeo delle fonti*, IV ed. riscritta e ampliata, III, *Situazioni giuridiche soggettive*, Napoli, 2020, 373 ss.; R. Senigallia, *Il dovere di rispettare i genitori nella coercibilità dell'ordinamento giuridico*, in *Dir. fam. pers.* (2023) 840 ss.

⁴⁷⁶ Trib. Trani, 30/11/2021, n. 2062.

⁴⁷⁷ Cass. Civ. sez. III, Ord. 29/09/2023, n. 27680; Cass., 02/05/2022, n. 13752, in *Danno e resp.*, 1 (2023) 99 ss., con nota di S. Coscarelli, *Violenza sessuale: i genitori dell'autore dell'illecito sono tenuti al risarcimento*. Sul punto v. anche Trib. Milano, 16/12/2009: «La prova liberatoria addotta dai genitori per ottenere l'esonero da responsabilità ex art. 2048 c.c. non può ritenersi idonea nei casi in cui dalla gravità dei fatti illeciti commessi dai figli minori sia possibile evincere l'assenza di messaggi educativi adeguati all'impostazione di una corretta vita di relazione in rapporto ad ambiente, abitudini e personalità»; Cass., 22/04/2009, n. 9556; Cass., 11/08/1997, n. 7459; Cass., 04/06/1997, n. 4971. In senso contrario, Cass., 18/01/2006, n. 831; Cass., 09/04/1997, n. 3088; Cass., 06/05/1986, n. 3031.

⁴⁷⁸ Sulla giurisprudenza: K. Mascia, *Responsabilità dei genitori per fatti illeciti commessi dal figlio minore convivente*, in *Danno e resp.* (2019) 829 ss. Ma anche A. Di Biase, *La prova liberatoria nel sistema della responsabilità civile dei genitori: tra colpa presunta ed obbligo di risultato*, in *Danno e resp.*, 10 (2010) 889 ss., che suddivide i diversi e contrapposti orientamenti della giurisprudenza in tre periodi: «gli anni ottanta ed il dibattito tra principio di colpevolezza e tutela della vittima», «gli anni novanta ed il consolidarsi dell'indirizzo “rigoristico”», «il nuovo millennio e la ricerca di un difficile equilibrio».

⁴⁷⁹ Si esprime in termini molto critici sulle argomentazioni rigorose della giurisprudenza. R. Calvo, *Il regresso contro il «grande minore»*, in *Nuove leggi civ. comm.* 3 (2023) 687: «L'illecito del minore non deve essere inteso come un'occasione per giudicare se il genitore è stato un buon o un cattivo educatore. Il processo civile non è il luogo deputato a recensire i rapporti genitori-figli».

⁴⁸⁰ Sul tema la letteratura è vastissima, tra gli altri: C. Perlingieri, *La tutela dei minori di età nei social networks*, in *Rass. dir. civ.*, 4 (2016) 1324 ss.; Andreola, *Minori ed incapaci*, cit.

⁴⁸¹ S. Patti, *Le nuove frontiere della responsabilità genitoriale*, in *Famiglia*, 2 (2021) 141 ss.; Calvo, *Il regresso*, cit., 680 s.

reale dimensione di questo ruolo potrà supportare la concreta determinazione sociale e normativa della responsabilità dei genitori in ordine ad una crescita esponenziale delle capacità di autodeterminazione del minore soprattutto nel mondo digitale.

Non si può delineare e comprendere infatti la responsabilità dei genitori senza aver riguardo al mutamento sociale e normativo della rilevanza delle capacità del minore e soprattutto della valorizzazione del suo interesse, in ordine al quale ogni decisione che lo riguardi deve essere presa (art. 3, Convenzione sui diritti del fanciullo, New York il 20 novembre 1989)⁴⁸².

2. Alcune considerazioni preliminari sulla definizione della responsabilità e sul mondo digitale.

Il tema può così essere adeguatamente affrontato soltanto tenendo ben presenti alcuni profili; ed in particolare:

- 1) in primo luogo, rileva in questa sede il cambio di prospettiva verificatosi (L. 219 del 2012 e d.lgs. n. 154 del 2013) con il passaggio dalla potestà alla responsabilità genitoriale, che lungi dall'essere soltanto un mutamento terminologico, sottende un cambio radicale di prospettiva dei rapporti all'interno della famiglia⁴⁸³, ed in particolare del rapporto genitori figli minori, non più oggetti, ma soggetti di una relazione determinante all'interno della stessa⁴⁸⁴;
- 2) inoltre, emerge chiara la necessità di valutare sempre nella trattazione di tali problematiche il “best interest of the child”, vale a dire l'interesse del minore dal quale non si può prescindere (e alla cui realizzazione si deve tendere) per ogni decisione e valutazione che lo riguardi, in altri termini occorre il passaggio ad una prospettiva puerocentrica⁴⁸⁵;
- 3) la tendenza sempre più avvertita ad attribuire ai minori ampi spazi di autodeterminazione⁴⁸⁶

⁴⁸² G. Sicchiero, *La nozione di interesse del minore*, in *Fam. dir.* (2015) 72 ss.; V. Scalisi, *Il superiore interesse del minore ovvero il fatto come diritto*, in *Riv. dir. civ.* (2018) 407; E. Lamarque, *I best interests of the child*, in *La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti dell'infanzia e dell'adolescenza. Conquiste e prospettive a 30 anni dall'adozione*, 2019, 151; G. Ballarani, *La responsabilità genitoriale e l'interesse del minore (tra norme e principi)*, in P. Perlingieri e S. Giova (a cura di), *Comunioni di vita e familiari tra libertà, sussidiarietà e inderogabilità*, Napoli, 2019, 318 ss.; M. Bianca, *The best interest of the child*, (a cura di), Roma, 2021; I. Garaci, *Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell'ambiente digitale*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 4 (2021) 800 ss.

⁴⁸³ Patti, *Le nuove frontiere*, cit., 144 s.: «(...) è cambiato il rapporto tra genitori e figli, poiché si è assistito a un processo di democratizzazione all'interno della famiglia. (...) Cambia la funzione del genitore, che non è più un organizzatore del lavoro e il capo famiglia, ma un membro della famiglia, con precise responsabilità nei confronti dei figli».

⁴⁸⁴ «Nel rispetto del principio di eguaglianza e dell'esigenza di garanzia dell'unità familiare (artt. 2,3,29 e 30 cost.) vanno inquadrati i complessi rapporti tra figli e genitori, tra l'esercizio dei diritti fondamentali e l'espletamento della «funzione» della potestà, ora definita responsabilità genitoriale (artt. 315 bis ss. e 337 bis ss. c.c.). Quest'ultima - ormai ben diversa dall'accezione tralaticia e ampiamente criticata agli albori degli anni '70 del secolo scorso di “patria” potestà con figli “soggiacenti” - esprime, secondo una corretta rilettura costituzionale, una concezione egualitaria, partecipativa e democratica della comunità familiare, sì che, di là dal mutamento di *nomen* da potestà a responsabilità, configura un ruolo diverso dell'ufficio da esercitarsi nell'interesse legittimo della prole»: Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 373. Sul punto tra gli innumerevoli contributi, v.: B. Agostinelli, *L'educazione della prole tra antiche prerogative genitoriali e nuovo interesse del minore*, in *Riv. dir. civ.*, 1 (2021) 155 ss.; R. Senigallia, *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori nella complessità generata (anche) dalla vita sociale digitale*, in *Dir. succ. e fam.*, 3 (2022) 1031 ss.; Id., *Il dovere di rispettare i genitori*, cit., 840 ss.

⁴⁸⁵ Sulla rilevanza dell'interesse del minore e sulla necessità di chiarirne ruolo e contenuto, v. più di recente E. Lamarque, *Pesare le parole. Il principio dei best interests of the child come principio del miglior interesse del minore*, in *Fam. e dir.*, 4 (2023) 365 ss. V. anche, tra gli altri, G. Recinto, *Il superiore interesse del minore tra prospettive interne “adultocentriche” e scelte apparentemente “minorecentriche” della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Foro it.*, I (2017) 3669 ss.; A.C. Di Landro, *Best interest of the child e tutela dei minori nel dialogo tra legislazione e giurisprudenza*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2 (2020) 451 ss.; Agostinelli, *L'educazione della prole*, cit., 159.

⁴⁸⁶ M. Cimmino, *Autodeterminazione del minore e responsabilità civile*, in *Fam. dir.* (2012) 143 ss.; C. Irti, *Persona minore di età e libertà di autodeterminazione*, in *Giust. civ.* (2019) 622; R. Senigallia (a cura di), *Autodeterminazione e minore di età*, Pisa, 2019.

soprattutto per le scelte che attengono alla sfera esistenziale⁴⁸⁷, in ordine alla ormai indiscussa capacità di discernimento che va ben oltre la dicotomia incapace/capace di agire e attribuisce in tal modo adeguato rilievo alle peculiarità di ogni situazione⁴⁸⁸;

4) infine, in questo quadro traspare l'esigenza di interrogarsi sul contenuto attuale da un lato dei diritti dei figli, secondo quanto emerge dall'art. 315-bis c.c.⁴⁸⁹ e, dall'altro, dei doveri educativi dei genitori verso i figli⁴⁹⁰, sanciti dall'art. 30 della Costituzione⁴⁹¹ e dall'art. 147 c.c. e che risultano fondamentali soprattutto se, come si vedrà, ad essi, anzi al loro inadempimento, viene quasi automaticamente connessa la responsabilità dei genitori per illeciti compiuti dai figli minori.

A queste premesse di carattere generale, vanno aggiunte altre considerazioni più specificamente riferite al mondo digitale e alla vita "on line" di minori⁴⁹²:

1) il ruolo della rete e dei "social" nella vita dei minori, da cui non si può prescindere senza correre il rischio di escludere il minore dal mondo esterno che lo circonda, impedendogli di fatto ogni relazione⁴⁹³;

2) le peculiarità del mezzo di comunicazione utilizzato, in quanto ogni strumento che la tecnologia mette a disposizione ha caratteristiche sue proprie che incidono sui tempi e sulle modalità della comunicazione stessa⁴⁹⁴;

3) la tendenza della normativa comunitaria e nazionale a valorizzare la posizione dei minori in rete, sia in una prospettiva fisiologica con riguardo ai diritti dei minori in rete, in ordine all'accesso, alla permanenza, alla tutela della riservatezza e dei dati, sia in una prospettiva c.d. patologica, allo scopo

⁴⁸⁷ «(...) occorre superare la rigida separazione, che si traduce in una formale alternativa giuridica, tra minore e maggiore età, tra incapacità e capacità. La capacità giuridica e la capacità di agire nascono come categorie giustificate dalla logica patrimoniale degli affari. (...) Le capacità d'intendere, di volere, di discernere esprimono la graduale evoluzione della persona che, quale titolare di diritti fondamentali, per definizione, non trasferibili a terzi, deve essere posta nella condizione di esercitarli parallelamente alla sua effettiva idoneità, non giustificandosi la presenza di ostacoli di diritto o di fatto che ne impediscono l'esercizio: il graduale processo di maturazione del minore d'età porta a progressivo compimento la programmatica inseparabilità tra titolarità e esercizio nelle situazioni esistenziali», in tal senso, Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 378 s.

⁴⁸⁸ P. Stanzone, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Napoli, 1975; P. Perlingieri, *Rapporti personali nella famiglia*, Napoli, 1982, 23 ss.; F. Ruscello, *Potestà genitoriale e capacità dei figli minori: dalla soggezione all'autonomia*, in *Vita not.* (2000) 59 ss.; Id., *Minore età e capacità di discernimento: quando i concetti assurgono a "supernorme"*, in *Fam. dir.* (2011) 401 ss.; P. Stanzone, *Minori (Condizione giuridica dei)*, in *Enc. dir.*, Ann. IV, Milano, (2011) 725 s.; G. Carapezza Figlia, *Teoria della capacità e tutela della persona umana. Per una nuova dogmatica minorile*, in *Rass. dir. civ.* (2023) 328 s.

⁴⁸⁹ «Con la formulazione dell'art. 315-bis, infatti, il *dovere* del genitore viene esplicitamente attribuito, ruotando il punto di osservazione, quale *diritto* del figlio verso il primo e bene si iscrive così nel quadro di una più completa ri-configurazione del rapporto che ha indotto a parlare, forse con enfasi eccessiva, di vero e proprio "statuto dei diritti" del figlio», Agostinelli, *L'educazione della prole*, cit., 161.

⁴⁹⁰ Agostinelli, *L'educazione della prole*, cit., 155 ss.: «mantenimento ed istruzione rimandano a contenuti più certi e consolidati, complessivamente meno problematici da individuare, l'educazione – intesa come processo volto a favorire il pieno ed armonico sviluppo della persona –, per quanto ad essi connessa, da sempre appare come afferente ad una sfera dove l'ordinamento può entrare solo parzialmente e con grande cautela, per non scalfire l'autonomia dei privati nell'impostare la relazione personale con i propri figli».

⁴⁹¹ P. Perlingieri – P. Pisacane, *Art. 30*, in P. Perlingieri, *Commento alla costituzione italiana*, II ed., Napoli, 2001, 191 ss.; E. Lamarque, *Art. 30*, in *Commentario alla costituzione* (a cura di R. Bifulco, A. Celotto e M. Olivetti), Torino, 2006, 622 ss.

⁴⁹² Di particolare rilievo le riflessioni di Patti, *Le nuove frontiere*, cit., 141: «le norme vigenti non sono sufficienti per disciplinare i problemi che si presentano nel mondo digitale con riferimento ai minori e alla responsabilità dei genitori, sia sotto il profilo dell'educazione sia sotto quello della responsabilità extracontrattuale».

⁴⁹³ In proposito attenta dottrina sottolinea: «L'unica via per difendere le prerogative genitoriali sarebbe escludere il figlio dall'accesso alla rete; decisione, questa, non legittima perché lesiva dello sviluppo della personalità del minore, atteso che l'accesso al web è un diritto fondamentale e, specialmente per gli adolescenti, una forma di sopravvivenza sociale», Senigallia, *L'identità personale del minore*, cit., 1580 s.

⁴⁹⁴ Andreola, *Minori ed incapaci*, cit., 16.

primario di proteggerli. E non solo, dovendo considerare anche che questo stato immersivo dei minori in un mondo sempre più anticipatamente adulto comporta, inevitabilmente e sempre più spesso, una crescita esponenziale della probabilità di adottare comportamenti lesivi, anche in relazione alla progressiva espansione della loro autonomia rispetto ai genitori⁴⁹⁵.

3. La responsabilità dei genitori nell'ordinamento italiano.

Soltanto avendo chiare queste premesse è possibile affrontare il tema in oggetto, al quale tuttavia si può accedere esclusivamente tracciando un quadro sintetico delle problematiche connesse alla disciplina della responsabilità dei genitori nell'ordinamento italiano, mediante la ricostruzione dottrinale e giurisprudenziale del sistema normativo offerto dall'art. 2048 c.c.⁴⁹⁶ (Responsabilità dei genitori, dei tutori, dei precettori e dei maestri d'arte)⁴⁹⁷.

La norma delinea la responsabilità dei genitori per i danni cagionati dal fatto illecito dei figli minori conviventi, fatta salva la prova di non aver potuto impedire il fatto. Il presupposto per l'applicazione della stessa è *in primis* che si tratti di minori capaci di intendere e di volere, altrimenti si tratterà di applicare, in via alternativa e non concorrente⁴⁹⁸, l'art. 2047 c.c. (Danno cagionato dall'incapace)⁴⁹⁹. La risposta italiana al problema è dunque basata su una presunzione di colpa in capo ai genitori, tipica dei paesi di "civil law", a differenza di quanto avviene nei paesi di "common law", nei quali esiste un onere in capo al danneggiato di provare la violazione del dovere di sorveglianza ovvero della scelta di alcuni paesi europei nei quali vige un sistema di assicurazione obbligatoria a carico dei genitori per i danni provocati dai figli minori, in risposta naturalmente a scelte che conducono verso ipotesi di responsabilità più o meno marcatamente oggettiva⁵⁰⁰.

In linea di estrema sintesi ed in premessa, occorre osservare che sin dalla individuazione della natura

⁴⁹⁵ In tal senso, v. anche Agostinelli, *L'educazione della prole*, cit., 161.

⁴⁹⁶ La bibliografia sul tema è vastissima, tra gli altri: L. Rossi Carleo, *La responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, in *Riv. dir. civ.*, II (1979) 125 ss.; S. Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, 261 ss.; A. Chianale, *In tema di responsabilità dei genitori per i danni causati dai figli minori*, in *Giur. it.* (1986) 1527 ss.; P. Quarticelli, *La prova liberatoria dei genitori responsabili per colpa in educando ed in vigilando del fatto illecito compiuto dal figlio minore imputabile ex art. 2048 cod. civ.*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2006) 990 ss.; S. Taccini, *Il sistema della responsabilità civile dei genitori: tra profili di protezione e di garanzia*, in *Danno e resp.*, 1 (2008) 5 ss.; R. Campione, *Il fatto illecito del minore capace*, in M. Sesta (a cura di), *Le responsabilità nelle relazioni familiari*, Torino, 2008, 635 ss.; A. Malomo, *Art. 2048*, in *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza* (a cura di G. Perlingieri), Napoli, 2010, 2636; P. Pardolesi, *Genitori e illecito dei minori: una responsabilità da risultato?*, in *Danno e resp.*, 4 (2010) 368 ss.; P. Pardolesi – M. Dimattia, *Responsabilità dei genitori per l'illecito dei minori: un esercizio di precomprensione?*, in *Danno e resp.*, 2 (2010) 168 ss.; G. Toscano, *Culpa in educando e responsabilità genitoriale*, *Fam e dir.*, 7 (2012) 723 ss.; M. Dimattia, *La responsabilità dei genitori passa attraverso il racconto freddo e asettico dei figli minori*, in *Danno e resp.* 1 (2014); S. Monti, *Responsabilità dei genitori: alcune riflessioni*, in *Danno e resp.*, 11 (2014) 1054 ss.; L. Molinari – V. Fargione, *La responsabilità dei genitori, degli insegnanti e dei tutori*, in *Danno e resp.*, 2 (2019) 182 ss.; S. Coscarelli, *Violenza sessuale: i genitori dell'autore del reato sono tenuti al risarcimento*, in *Danno e resp.*, 1 (2023) 102 ss.

⁴⁹⁷ La norma ripropone parzialmente il disposto dell'art. 1153 del codice civile del 1865, sul punto Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 232 ss.

⁴⁹⁸ Al riguardo unanime giurisprudenza, tra le altre: Cass. 20/01/2005, n. 1148, in *Danno e resp.*, 2005, 563 ss.; Cass. 25/06/1997, n. 5485, in *Dir. econ. assicur.*, 1998, 287 ss.; Cass. 15/01/1980, n. 369, in *Foro pad.*, 1981, I, c. 329 ss.; Cass. 18/06/1953, n. 1812, in *Foro it.*, 1953, I, c. 1432 ss.

⁴⁹⁹ «In caso di danno cagionato da persona incapace di intendere o di volere, il risarcimento è dovuto da chi è tenuto alla sorveglianza dell'incapace, salvo che provi di non aver potuto impedire il fatto.

Nel caso in cui il danneggiato non abbia potuto ottenere il risarcimento da chi è tenuto alla sorveglianza, il giudice, in considerazione delle condizioni economiche delle parti, può condannare l'autore del danno a un'equa indennità» (art. 2047 c.c.).

⁵⁰⁰ Per una panoramica, v. Ferrante, *Illecito del figlio minore*, cit., 587 ss.; Andreola, *Minori ed incapaci*, cit., 280; F. Scia, *Diritti dei minori e responsabilità dei genitori nell'era digitale*, Napoli, 2020, 154; F. Scia, *Minori e illeciti digitali nel sistema della responsabilità civile*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 3 (2021) 559 ss.

giuridica della responsabilità delineata dall'art. 2048 c.c., emergono divergenze in dottrina ed in giurisprudenza.

Si discute infatti se si tratti di una responsabilità diretta dei genitori per fatto proprio colposo⁵⁰¹, ovvero sia un'ipotesi di responsabilità indiretta⁵⁰², ovvero ancora possa profilarsi una responsabilità oggettiva in senso stretto⁵⁰³, risultando prevalente in giurisprudenza la prima impostazione; si ribadisce inoltre che si tratti di una responsabilità in solido con il figlio minore, nel momento in cui egli sia ritenuto responsabile ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Inoltre, presupposto indefettibile per l'applicazione della norma è l'accertata capacità di intendere e di volere del minore nel momento in cui ha commesso il fatto. La norma richiede anche la coabitazione, e sul punto si aprono difficoltà interpretative sul significato stesso della coabitazione e sul diverso atteggiarsi della responsabilità in caso di separazione personale o di divorzio dei genitori⁵⁰⁴.

Si innesta poi su questo dettato normativo, un approccio della giurisprudenza articolato e non sempre univoco, che ricostruisce, in termini più o meno rigorosi, il tema della prova liberatoria passando dalla prova negativa di non aver potuto impedire il fatto richiesta testualmente dall'ultimo comma dell'art. 2048 c.c., ad una prova positiva di aver ottemperato ai doveri di vigilanza e di educazione verso i minori sottesi a tale responsabilità, in combinato disposto con l'art. 147 c.c.

Infatti, l'interpretazione giurisprudenziale da tempo prevalente ritiene che nella norma in esame, al fine della imputabilità della responsabilità in capo ai genitori, operi una presunzione di responsabilità in capo a questi ultimi per *culpa in educando* e per *culpa in vigilando*, e per vincere tale presunzione occorra appunto la prova positiva di aver adempiuto ai doveri educativi e di vigilanza⁵⁰⁵.

Secondo l'indirizzo costante della Suprema Corte per sottrarsi a tale responsabilità, i genitori devono dimostrare di aver impartito al figlio «un'educazione normalmente sufficiente ad impostare una corretta vita di relazione in rapporto al suo ambiente, alle sue abitudini, alla sua personalità»⁵⁰⁶, ed ancora i genitori, devono fornire «non la prova legislativamente predeterminata di non aver potuto impedire il fatto (e ciò perché si tratta di prova negativa), ma quella positiva di aver impartito al figlio una buona educazione e di aver esercitato su di lui una vigilanza adeguata, il tutto in conformità alle

⁵⁰¹ In tal senso, tra gli altri, A. De Cupis, *Dei fatti illeciti*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna - Roma, 1968, 322; R. Scognamiglio, *Responsabilità per fatto altrui*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, Torino (1968) 649; L. Corsaro, *Funzioni e ragioni della responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore*, in *Giur.it.* (1988) 225 ss.; G. Alpa, *Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni*, Bologna, 1991, 303 ss.

⁵⁰² Sul punto U. Majello, *Responsabilità dei genitori per il fatto illecito del figlio minore e comportamento del danneggiato ai fini del contenuto della prova liberatoria*, in *Dir. e giust.* (1960) 45 ss.; R. Scionti, *Sulla responsabilità dei genitori ex art. 2048 c.c.*, in *Dir. Fam.* (1978) 1414 ss.

⁵⁰³ In questi termini, tra gli altri F. Giardina, *La condizione giuridica del minore*, Napoli, 1984, 134; R. Pardolesi, *Danni cagionati dai minori; pagano sempre i genitori?*, in *Fam. e dir.* (1997) 221 ss.; G. Facci, *La responsabilità dei genitori in caso di incidente stradale del figlio minore: per colpa od oggettiva?*, in *Fam. e dir.* (2006) 138 ss. Per una diversa ricostruzione che colloca l'art. 2048 c.c. al di fuori dell'alternativa tra responsabilità oggettiva e soggettiva, v.: V. Comporti, *sub art. 2048 c.c., Fatti illeciti: le responsabilità presunte*, in *Commentario Codice civile Schlesinger*, Milano, 2002, 211; C. Salvi, *La responsabilità civile*, in G. Iudica - P. Zatti (a cura di), *Trattato di diritto privato*, Milano, 1998, 137. Sul punto v. anche, E. Carbone, *La responsabilità aquiliana del genitore tra rischio tipico e colpa fittizia*, in *Riv. dir. civ.* 2 (2008) 5.

⁵⁰⁴ Cass., 24/04/2019, n. 11198: «La responsabilità del genitore per il danno cagionato dal fatto illecito del figlio minore non emancipato, a norma dell'art. 2048 c.c., è subordinata al requisito della coabitazione, perché solo la convivenza può consentire l'adozione di quelle attività di sorveglianza e di educazione, il cui mancato assolvimento giustifica la responsabilità medesima». In dottrina, G. De Cristofaro, *La responsabilità dei genitori per i danni cagionati da minori capaci di intendere e di volere*, in *Tratt. dir. fam.* a cura di Zatti, Milano, 2012, 1517 ss.; L. Guffanti Pesenti, *Culpa in educando, coabitazione e responsabilità civile per il fatto illecito del minore*, in *Eur. dir. priv.* (2020) 1006 s.

⁵⁰⁵ Cass., 20/10/2005, n. 20322; Cass., 28/08/2009, n. 18804; Cass., 10/09/2019, n. 22541, in *Danno e resp.* (2019) 759 con nota di G. Ponzanelli, *Educazione e responsabilità civile: il caso del bullismo*; Calvo, *Il regresso*, cit. 683 s.

⁵⁰⁶ Cass., 22/04/2009, n. 9556, in *Nuova giur. civ. comm.* (2009) 1136.

condizioni sociali, familiari, all'età, al carattere e all'indole del minore»⁵⁰⁷. Prova positiva perciò di aver adeguatamente educato e costantemente vigilato e controllato i minori, non essendo affatto utile e sufficiente la prova di non aver potuto impedire il fatto, come invece testualmente espresso dalla norma.

Ed inoltre, come accennato in apertura, parte della giurisprudenza persegue una linea ancora più rigorosa, facendo derivare una valutazione circa l'(in)adeguatezza dell'educazione impartita al minore dalle modalità con le quali è stato posto in essere il comportamento illecito, nonché dalla gravità dello stesso⁵⁰⁸.

Tale rigore interpretativo, se da un canto risponde all'esigenza di cautelare il terzo danneggiato garantendo l'intervento 'patrimoniale' dei genitori del minore autore dell'illecito⁵⁰⁹, dall'altro, di fatto, impedisce ai genitori ogni possibilità di fornire prova contraria, in quanto la presunzione rinvenuta nell'art. 2048 c.c. sarebbe praticamente assoluta e l'attribuzione della responsabilità ai genitori di fatto automatica⁵¹⁰.

Ed inoltre sul piano applicativo ha dato spazio ad una serie di divergenze ed incongruenze nelle soluzioni offerte dalla giurisprudenza, in ordine alla concreta determinazione della prova liberatoria in relazione alle peculiarità dei casi concreti, che spesso hanno imposto ai giudici soluzioni diverse, soprattutto in relazione all'età dei minori e alla conseguente impossibilità di considerare immutabile il dovere di vigilanza man mano che il minore si avvicina alla maggiore età, e ponendosi invece con quest'ultima in senso inversamente proporzionale, a differenza del dovere di educare che permanerebbe uguale ovvero accentuerebbe la sua portata man mano che il minore approssimandosi la maggiore età avrebbe più capacità di comprendere ed applicare la portata degli insegnamenti impartiti dai genitori⁵¹¹.

Pertanto, la molteplicità delle pronunce più rigorose finisce per accedere ad un'interpretazione che va ben oltre le intenzioni del legislatore del '42, ed induce parte della giurisprudenza a ricercare altre soluzioni, che prospettano una attenuazione dell'onere probatorio incentrato esclusivamente sulla prova dell'aver impartito una corretta educazione ed istruzione adeguata alle proprie condizioni familiari e sociali, escludendo pertanto l'onere di provare anche di aver con continuità controllato i figli minori ovvero escludendo ogni relazione automatica tra responsabilità dei genitori e modalità

⁵⁰⁷ Cass., 06/12/2011, n. 26200, in *Giur. it.* (2012) 1529.

⁵⁰⁸ Di recente Cass., sez. III, Ord. 29/09/2023, n. 27680; Trib. di Trani, 30/11/2021, n. 2062; Inoltre, Cass., 22/04/2009, n. 9556, Cass., 28/08/2009, n. 18804; Cass., 06/12/2011, n. 26200; Cass., 29/05/2011, n. 7270, in *Fam. dir.* (2001) 51; Cass., 07/08/2000, n. 10357, in *Danno resp.* (2001) 1211; Cass., 20/03/2012, n. 4395. In dottrina, v. le osservazioni di M. Di Mattia, "Cocco di mamma" anche se ammazza. *Figli minori e responsabilità dei genitori*, in *Danno e resp.* (2012) 1219.

⁵⁰⁹ Corsaro, *Funzioni e ragioni della responsabilità dei genitori*, cit., 227; Di Biase, *La prova liberatoria nel sistema della responsabilità civile*, cit., 887; Toscano, *Culpa in educando*, cit., 726; Senigallia, *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori*, cit., 1033.

⁵¹⁰ «Il giudizio di responsabilità viene dunque a fondarsi non già sulla mancata prova dell'inevitabilità del fatto, bensì sulla non adeguata educazione. Tale valutazione d'inadeguatezza – importa bene considerare – è desunta dallo stesso accadimento dannoso. Si assiste così all'emersione di una sorta di ragionamento circolare, che manda in cortocircuito la concreta operatività della prova liberatoria», Calvo, *Il regresso*, cit., 683. Sul punto, viene posto in evidenza come il rigoroso orientamento giurisprudenziale finisca per delineare «una presenza soltanto nominale della prova liberatoria»: F. Esposito, *Autonomia del minore e responsabilità dei genitori*, in *Nuova giur. civ. comm.* (2009) 1141.

⁵¹¹ Agostinelli, *L'educazione della prole*, cit., 185: «Se l'obbligo di vigilanza e quello di educazione si modificano nel tempo in base al crescere dell'età e quindi dell'auspicata maturità, all'affievolirsi del primo non corrisponde necessariamente l'affievolirsi del secondo, semmai un suo potenziamento, vista la superiore recettività del ragazzo rispetto a bambino, da un lato, e visto che il diminuito controllo materiale determina una maggiore potenzialità dannosa. Proprio perché una conquistata autonomia di movimento esige un maggiore auto-controllo quest'ultimo dev'essere supportato da un fondamento educativo che giustifichi la diminuita vigilanza».

esecutive del fatto illecito⁵¹².

In questa posizione intermedia si colloca anche un certo orientamento della Suprema Corte⁵¹³, che pur chiedendo la duplice prova positiva dell'aver impartito una educazione consona alle proprie condizioni sociali e familiari e di aver adeguatamente vigilato e controllato il minore, non impone un controllo costante e continuato accanto al figlio in tutti i casi in cui l'educazione impartita, l'età e l'ambiente siano tali da poter consentire lo sviluppo di rapporti extrafamiliari al minore che non siano fonte di pericoli né per il minore stesso né per i terzi.

4. Illeciti “on line” e responsabilità dei genitori: profili critici.

Alla luce di dei profili ricostruttivi sopra brevemente delineati, occorre valutare l'adeguatezza dei criteri interpretativi utilizzati con specifico riguardo al caso degli illeciti compiuti “on line” dai minori. Eventualità questa probabilmente divenuta assai più frequente degli illeciti commessi “off line”, in crescita direttamente proporzionale alla massiccia presenza dei minori in rete e all'uso da parte degli stessi di una molteplicità di “devices” che facilitano, diversificano e rendono oltremodo continuativo l'accesso ad Internet.

Ogni forma di comunicazione, ogni forma di servizio si avvale ormai dei “social network” (Instagram, Facebook, Twitter, Whatsapp, YouTube, Telegram, Snapchat, ecc.) e della navigazione in Internet e gli utenti minori non sono esclusivamente gli adolescenti, ma anche le fasce più piccole di età⁵¹⁴, tanto che non è raro vedere scrollare lo schermo di “tablet” o di “smartphone” da parte di piccoli anche di pochi anni se non di mesi (c.d. “mobile born”)⁵¹⁵.

Abbassandosi sempre di più l'età degli utenti si comprende bene allora come il rischio di subire e/o di commettere comportamenti illeciti per i minori abbia subito negli ultimi anni un incremento esponenziale, in quanto l'utilizzo anticipato di queste forme di comunicazione finisce per non essere supportato da un adeguato livello di maturità e di consapevolezza.

Da più parti infatti dottrina e giurisprudenza pongono in evidenza la difficoltà intrinseca di conciliare il pieno e legittimo esercizio di una libertà costituzionalmente garantita da parte dei minori con un più o meno elevato grado di immaturità e di vulnerabilità proprio soprattutto dell'età adolescenziale. Occorre allora procedere oltre ed interrogarsi sulla eventualità di una pedissequa trasposizione delle argomentazioni rigorose in merito all'interpretazione dell'art. 2048 c.c. alle ipotesi di illeciti compiuti “on line” dai figli minori, in ordine alla configurabilità della responsabilità dei genitori e della conseguente prova liberatoria. In merito sussistono una serie di fattori che incrinano l'effettiva possibilità di tale trasposizione⁵¹⁶.

⁵¹² Trib. Cagliari, 21/06/2001, in *Riv. giur. Sarda* (2002) 407; Trib. Verona, 18/02/2000, in *Giur. it.* (2000) 1407; Cass., 18/01/2006, n. 831, in *Resp. civ. prev.* (2006) 1073, con nota critica di Gavazzi, *Più leggero l'onere della prova per i genitori, nell'ipotesi di danni cagionati dai figli minori*. In senso contrario, Cass., 04/06/1997, n. 4971, in *Danno resp.* (1998) 252; Cass., 11/08/1997, n. 7459, *ivi*, 25.

⁵¹³ Cass., 28/03/2001, n. 4481, in *Danno resp.* (2001) 498 ss.

⁵¹⁴ «L'irrompere del digitale nella vita del minore, sin dalla prima infanzia, assume, da subito, carattere pervasivo della persona: non soltanto a seguito dell'utilizzo diretto degli artefatti tecnologici per giocare, comunicare, informarsi, ecc., ma pure per effetto della circolazione (e, dunque, del trattamento ex art. 4, par. 1, n. 2), reg. (UE) 2016/679) dei suoi dati personali nella rete, innescata, in special modo, dai genitori o da altri familiari nel momento in cui postano sui social network, sovente in modo compulsivo, immagini o comunque informazioni, anche intime, riguardanti la persona del minore»: Senigallia, *L'identità personale del minore*, cit., 1574.

⁵¹⁵ Sul punto le attente considerazioni di Andreola, *Minori ed incapaci*, cit., 49 ss. Frequente è ormai la distinzione tra i c.dd. tardivi digitali (cresciuti senza tecnologia e piuttosto scettici sul suo utilizzo), gli immigrati digitali (nati in un mondo analogico, ma meglio dei primi entrati a far parte di quello digitale), i nativi digitali (nati appunto nell'era del digitale), e più di recente i “mobile born” (bambini in tenera età che prima ancora di imparare a parlare e/o a camminare sviluppano le capacità di destreggiarsi con “smartphone” e “tablet”).

⁵¹⁶ «In sostanza, la responsabilità genitoriale nella dimensione digitale si segnala obiettivamente differenziata e rivisitata nei suoi contenuti»: Senigallia, *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori*, cit., p. 1051 s.

Le caratteristiche della rete, l'essere l'accesso alla rete espressione inequivocabile della libertà di manifestazione del pensiero riconosciuta, garantita e tutelata dall'art. 21 Cost. a tutti, quindi anche ai minori, il progressivo riconoscimento anche normativo di ampi spazi di autodeterminazione dei minori in rete, l'esigenza che venga tutelato il diritto alla riservatezza degli stessi, sono tutti fattori che rendono oltremodo difficile applicare agli illeciti commessi "on line" da parte dei minori quel rigore interpretativo che la giurisprudenza applica al 2048 c.c.⁵¹⁷.

Sul punto, soprattutto la giurisprudenza di merito sembra invece ripercorrere il percorso interpretativo più rigoroso, talvolta accentuandone i toni, sempre relativamente alla prova contraria che i genitori possono fornire, correlando ad una quasi assoluta presunzione di responsabilità il ricorrere di alcuni elementi ulteriori propri ed esclusivi del mondo digitale, quali ad esempio la verifica di un controllo quantitativamente e qualitativamente qualificato da dimostrare di aver condotto sull'uso dei "social" da parte dei minori.

Parte della giurisprudenza⁵¹⁸, ad esempio, ai fini dell'esonero dalla responsabilità dei genitori pur richiedendo che gli stessi debbano «fornire la prova liberatoria di non aver potuto impedire il fatto», specifica che tale prova si realizzi con la dimostrazione «oltre di aver impartito una educazione consona alle proprie condizioni sociali e familiari, anche di avere esercitato sul medesimo una vigilanza adeguata all'età», vigilanza che «deve «necessariamente concretizzarsi, nello specifico, in una limitazione per forza di cose quantitativa e qualitativa» dell'accesso alla rete da parte dei figli minori.

Alla stessa stregua, e più recentemente, altra pronuncia ha specificato che il diritto-dovere dei genitori di educare i figli riguarda anche una educazione digitale da cui deriva che «i contenuti presenti sui telefoni cellulari dei minori andranno costantemente supervisionati da entrambi i genitori, in modo da evitare la comparsa di materiali non adatti all'età e alla formazione educativa dei minori. La stessa regola vale anche per l'utilizzo eventuale del computer, al quale andranno applicati i necessari dispositivi di filtro»⁵¹⁹.

Ed ancora altra giurisprudenza di merito ha sottolineato, sempre nel rigore interpretativo, che alla pericolosità della rete deve corrispondere una vigilanza più rigorosa e che un utilizzo improprio dei mezzi di comunicazione denota una carenza di educazione e di vigilanza da parte dei genitori⁵²⁰. Ed una attenta ed adeguata vigilanza richiede una limitazione sia quantitativa che qualitativa dell'accesso alla rete telematica cui è connessa un'estrema pericolosità, oltre che una «potenziale esondazione incontrollabile dei contenuti»⁵²¹, prospettando inoltre di fatto quasi una stretta correlazione tra durata del tempo trascorsa "on line" e la propensione a commettere illeciti.

Secondo questi orientamenti, in sostanza, nel caso di comportamenti illeciti "on line" dei minori, il rigore interpretativo della prova liberatoria sembra accentuarsi ed acuirsi soprattutto in ordine alla *culpa in vigilando*. Si tende, cioè, a sollecitare un controllo sulla vita dei minori da parte dei genitori in un'epoca in cui la concreta possibilità che questo controllo si realizzi è inversamente proporzionale alla presenza dei minori "on line". Non soltanto tale potere di controllo effettivo e reale appare anacronistico progressivamente con l'avvicinarsi per il minore del compimento della maggiore età,

⁵¹⁷ Su queste difficoltà inoltre efficacemente viene posto in evidenza come «il rapporto tra l'educazione e la vigilanza – consegnato dalla giurisprudenza dell'art. 2048 c.c. a una sorta di circolo vizioso, a una logica di correlazione, desumendo la *culpa in educando* dalla gravità del fatto, anche compiuto fuori dalla possibile sfera di controllo del genitore – va ricostruito muovendo dal *profilo funzionale dell'educazione*, il quale dall'*interno* del rapporto genitori-figli è destinato a proiettarsi verso l'*esterno*»: Senigallia, *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori*, cit., p. 1051 s. Nello stesso senso, Patti, *Famiglia e responsabilità*, cit., 271.

⁵¹⁸ Trib. Teramo, 16/01/2012, n. 18; Trib. Sulmona, 09/04/2018, n. 103.

⁵¹⁹ Trib., Parma, 05/08/2020, n. 698.

⁵²⁰ Trib., Caltanissetta, 16/07/2018. Su questa pronuncia e su quella indicata nella nota seguente, v. in particolare Scia, *Diritti dei minori*, cit., 148 ss.

⁵²¹ Trib., Caltanissetta, 10/10/2019.

ma diventa pressoché impossibile per tutta quella parte di vita del minore che si svolge in rete o sui “social”, in ogni ‘dove virtuale’, in cui non v’è spazio alcuno per i genitori e dove di fatto diventa impossibile un controllo su tempi e su contenuti, se non ricorrendo ad una limitazione all’accesso che mal si concilia con l’esercizio delle libertà di cui si è detto.

Tra l’altro osta in tal senso il dato normativo, in particolare l’art. 8, par. 1, GDPR (n. 679 del 2016), che fissa a 16 anni l’età in cui il minore può validamente dare il consenso al trattamento dei propri dati personali per quanto riguarda l’offerta diretta ai servizi della società dell’informazione⁵²². Limite di età peraltro derogabile fino 13 anni da parte di ciascun Stato membro, per espressa indicazione della stessa norma e che ha trovato deroga in Italia nel d.lgs. n. 101/2018, portando l’età del consenso a 14 anni. Dati normativi questi che contrastano fortemente con gli orientamenti appena esposti con i quali si esigono limitazioni e controlli sulle attività “on line” dei minori da parte dei genitori.

In tale prospettiva, si è opportunamente sottolineato come la lettura più rigorosa dell’art. 2048 c.c. «stride con ciò che è materialmente e giuridicamente possibile, ovvero con ciò che è richiesto dall’ordinamento ai genitori nei confronti dei figli»⁵²³, in quanto per il rapporto educativo attuale e per i principi cui si ispira ed in considerazione delle circostanze concrete occorre probabilmente interrogarsi sulla possibilità giuridica del comportamento richiesto ai genitori da gran parte della giurisprudenza, in quanto si può affermare che il genitore sia «sprovvisto del potere di interferire nella sfera di libertà del figlio per impedire il fatto»⁵²⁴.

5. Possibili itinerari alternativi: alcune riflessioni conclusive.

Se pertanto la norma di riferimento resta la medesima, occorre rivedere la sua interpretazione a fronte delle esigenze della realtà dell’informazione e della comunicazione⁵²⁵.

Le criticità insite nell’interpretazione più rigorosa dell’art. 2048 c.c. sollecitano la ricerca di percorsi e soluzioni alternativi che possano adeguatamente conciliare tutti gli interessi in gioco, da quelli di libertà, riservatezza ed autodeterminazione dei minori, a quelli dei genitori a non vedersi esposti ad una responsabilità oggettiva per il solo fatto di essere genitori, a quelli del terzo danneggiato a trovare risarcimento per il danno subito.

In sintesi, dunque, occorre definire una soluzione che consenta di superare le seguenti difficoltà:

- 1) inesistenza di una automatica connessione tra durata del tempo trascorso “on line” e propensione a commettere un illecito;
- 2) estrema difficoltà a dar prova del tempo effettivo trascorso “on line”;
- 3) impossibilità di equiparare i comportamenti di tutti i minori, senza aver riguardo all’età ed alla concreta capacità di discernimento e di autodeterminazione, senza perciò accedere ad una distinzione tra “grands enfants” e “petits enfants”⁵²⁶;
- 4) impossibilità oggettiva che i genitori possano in concreto controllare e monitorare le attività compiute in rete dai minori, nonostante le svariate app esistenti (sull’uso delle quali peraltro possono prospettarsi seri dubbi in merito alla violazione del diritto alla riservatezza del minore), e ciò soprattutto per la velocità e rapidità di accesso, di comunicazione, di uscita, di cancellazione di cui

⁵²² Sul punto, Senigallia, *L’identità personale del minore*, cit., 1601.

⁵²³ Senigallia, *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori*, cit., p. 1036.

⁵²⁴ Id., *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori*, cit., p. 1037.

⁵²⁵ Sulla difficoltà del sistema fondato sugli artt. 2046, 2047 e 2048 c.c. rispetto agli illeciti compiuti in rete, A. Thiene, *Ragazzi perduti online: illeciti dei minori e responsabilità dei genitori*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 11 (2018) 1620 ss.

⁵²⁶ Senigallia, *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori*, cit., 1043 ss. ed in particolare 1052, ove si precisa che «nell’ordine di senso della cooperazione democratica che presiede l’attuazione del rapporto di filiazione, la responsabilità genitoriale va piuttosto graduata in ragione della maturità del minore e quindi dello stadio di sviluppo della sua personalità».

sono capaci i minori⁵²⁷.

Tutto ciò impone, in primo luogo, di respingere soluzioni aprioristiche e generalizzanti: nella definizione delle responsabilità, soprattutto dei genitori, occorre infatti più che mai considerare le peculiarità del caso concreto e valutare tutti gli elementi che possono e devono aiutare l'interprete a diversificare la risposta⁵²⁸. E alcuni di questi elementi, secondo la dottrina più attenta che qui si condivide, sono l'età del minore, come più volte sottolineato, e la tipologia del comportamento illecito, essendo oltremodo incongruo equiparare azioni qualificabili in termini più o meno gravi in ordine alla violazione di diritti altrui (si pensi, ad esempio, alla violazione del diritto d'autore piuttosto che alla lesione di diritti fondamentali della persona)⁵²⁹.

In tal senso, in dottrina si è prospettato un percorso alternativo che potrebbe essere di valido ausilio distinguendo, almeno in linea di principio e mai con l'ausilio di rigorosi automatismi connessi esclusivamente al dato anagrafico⁵³⁰, gli infraquattordicenni, per i quali opererebbe l'interpretazione più rigorosa e, dunque, una presunzione di responsabilità dei genitori, salvo la difficile prova contraria di aver adeguatamente educato e vigilato; gli ultra quattordicenni, ma infrasedicenni, rispetto ai quali sarebbe opportuno valutare la gravità del fatto e configurare una responsabilità dei genitori esclusivamente per i fatti più gravi, gli unici in grado di far scattare la presunzione di carenza di adeguata educazione e controllo, salvo prova contraria e rigorosa; ed infine, gli ultrasedicenni, rispetto ai quali sarebbe da escludere la responsabilità dei genitori⁵³¹.

Tale soluzione tuttavia sarebbe ancora inadeguata, non solo a fronte dell'assenza di un intervento legislativo sul punto, ma soprattutto se non si operasse anche su altri fronti, primo fra tutti quello della prevenzione sia sul profilo della formazione e dell'educazione digitale, sia eventualmente su quello della configurabilità di una assicurazione, anche eventualmente obbligatoria⁵³².

Ma gli strumenti più utili devono essere proprio l'educazione digitale, la formazione e l'alfabetizzazione mediatica, di tutti i soggetti portatori di interessi meritevoli di tutela, non dunque soltanto dei minori, che pur essendo abilissimi utenti della rete, devono essere educati ad un uso consapevole dei mezzi di comunicazione e dei rischi connessi⁵³³, ma anche dei genitori e di tutti gli adulti che si occupano di minori e, perciò, di tutti gli educatori, i quali per poter a loro volta educare, formare e vigilare devono essere in grado di farlo conoscendo mezzi e strumenti di una realtà, quella digitale, nella quale spesso si muovono con estrema difficoltà, se non con diffidenza.

Infine, vale la pena di evidenziare che le riflessioni proposte tendono a recuperare una logica che

⁵²⁷ «L'esperienza digitale del minore può facilmente avvenire al di fuori delle concrete possibilità di controllo e di sorveglianza dei genitori. Il libero accesso al cyberspazio, in pratica, produce inevitabilmente un effetto eversivo del principio dell'esclusività educativa dei genitori, nei termini anzidetti, e istituisce un altro centro di esclusività educativa in capo ai titolari delle piattaforme del web, questa volta "oscurato", disincarnato e avvinto dall'analfabetismo emotivo. La stessa velocità di interazione e di consultazione, in uno con l'abilità tecnologica che il cybernauta minorente presto acquisisce, anche nel non lasciare tracce evidenti delle proprie visite e dei propri input, sottrae al controllo del genitore le imposizioni, gli stimoli e gli abusi identitari promananti dalla rete»: Senigallia, *L'identità personale del minore*, cit., 1580.

⁵²⁸ Sul punto, Patti, *Le nuove frontiere*, cit., 145: «L'esercizio della responsabilità genitoriale è funzionale all'interesse del minore e si evolve nel corso dello sviluppo e della formazione della personalità del figlio».

⁵²⁹ Scia, *Minori e illeciti*, cit., 581.

⁵³⁰ Senigallia, *L'identità personale del minore*, cit., 1599 s.; E. Battelli, *Minori e social network*, cit., 1276; R. Pane, *Dalla protezione alla promozione del minore*, in *Rass. dir. civ.* (2019) 84 ss.

⁵³¹ Sul punto molto efficacemente, Scia, *Diritti dei minori*, cit., 153 s.; ma anche Patti, *Famiglia e responsabilità civile*, cit., 248. Sembra esprimersi in senso critico, Agostinelli, *L'educazione della prole*, cit. 183 ss.: «Non appare auspicabile dare rilievo, ai fini dell'esonero dei genitori, nel caso concreto, all'approssimarsi della maggiore età né condivisibile l'opinione per cui non dovrebbe ammettersi la loro responsabilità "se il fatto è stato compiuto nell'ambito di quella sfera di libertà normalmente concessa al minore"».

⁵³² In tal senso anche, Toscano, *Culpa in educando*, cit., 726.

⁵³³ «Guardando all'ambiente digitale (...) occorre indirizzare l'educazione anche alla formazione del discernimento in questo ecosistema sconfinato, preoccupandosi di proteggere il figlio non *dal* digitale, ma *nel* digitale», Senigallia, *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori*, cit., 1044.

risponde adeguatamente ai fondamentali principi di ragionevolezza e proporzionalità⁵³⁴, mediante i quali è possibile dare contenuto al dovere di educazione e, soprattutto di vigilanza, dei genitori nel pieno rispetto della maturità, delle capacità e della personalità del figlio.

In conclusione, deve essere senz'altro ribadito come la tematica debba essere riletta nella proiezione assiologica costituzionale del valore persona, della sua promozione e della sua tutela, che si traduce nell'ambiente familiare con l'abbandono della logica del diritto soggettivo del genitore, a favore delle dinamiche proprie del rapporto giuridico, quindi della relazione genitori/figli quale rapporto educativo che è «correlazione, non soggezione di persone»⁵³⁵, prospettiva relazionale e di tutela ancor più irrinunciabile nel momento in cui si esplica e si realizza nel mondo digitale.

⁵³⁴ Senigallia, *L'identità personale del minore*, cit., 1594 ss.

⁵³⁵ Perlingieri, *Il diritto civile*, cit., 373 s. Sul punto, anche Senigallia, *Responsabilità genitoriale e responsabilità dei genitori*, cit., 1040.

EL SHARENTING, UN FENÓMENO IMPARABLE: CONSECUENCIAS JURÍDICAS – DERECHOS VULNERADOS Y RESPONSABILIDAD CIVIL – Y PROPUESTA DE REGULACIÓN

Carmen Pérez Dios*

SUMARIO. 1. Introducción; 2. Concepto de sharenting; 2.1. Contenido difundido; 2.2. Canal empleado; 2.3. Sujetos implicados; 2.3.1. Los menores afectados; 2.3.2. Los progenitores como emisores de la información digital; 3. Evolución del sharenting; 4. Riesgos del sharenting; 5. Tipos de sharenting; 5.1. El sharenting doméstico: los progenitores comparten imágenes de la vida del menor con un círculo reducido de familia y allegados; 5.2. El sharenting profesional: los progenitores cuya actividad principal consiste en la creación de contenido digital en el que sus hijos menores de edad son protagonistas; 5.3. El sharenting comercial: los menores como emisores del mensaje publicitario en los perfiles de sus progenitores; 6. Derechos que pueden ser vulnerados en el sharenting; 7. Regulación del sharenting; 7.1. Derecho comparado; 7.2. España: propuesta de directrices; 8. Responsabilidad civil del sharenting; 8.1. Propuesta de criterios para determinar el daño causado al menor; 8.1.1. Cantidad; 8.1.2. Canal; 8.1.3. Alcance; 8.1.4. Ámbito; 8.2. Legitimación activa para exigir la responsabilidad civil; 8.3. Vías legales para solicitar la reparación del daño; 9. Conclusiones.

1. Introducción.

¿A qué nos referimos cuando hablamos de sharenting? El sharenting es la acción de compartir de forma habitual información -videos, fotografías y noticias- de los hijos menores de edad en internet⁵³⁶. Piénsese en la pareja que, recién convertida en padres, comparte las primeras fotos de su hijo recién nacido en su cuenta personal de Instagram⁵³⁷. A partir de entonces, impulsados por los cientos de “me gusta” de tal publicación, dichos progenitores revelan ante una comunidad virtual creciente distintos episodios de la vida de su hijo: sus primeras palabras, su reacción ante el primer día en la escuela infantil, sus actividades de ocio favoritas, encuentros con sus familiares y allegados, las calificaciones recibidas por sus profesores y los sentimientos que las mismas le provocan... Podría decirse que, en este hipotético -aunque frecuente- supuesto, los usuarios que visualizan las redes sociales del progenitor o progenitores del menor son capaces de conocer sus emociones -temor, nerviosismo, enfado, alegría, etc.- ante circunstancias variadas, así como sus gustos o preferencias...; en definitiva, llegan a tener una idea bastante aproximada de la personalidad del niño que sus padres han expuesto en internet. El menor cuenta con una identidad digital consolidada mucho antes de alcanzar la edad suficiente para contar con un perfil propio en las redes sociales⁵³⁸. Por descontado, el niño carece de

* Profesora de Derecho Civil de la Universidad de A Coruña

⁵³⁶ Así es como el Diccionario Collins define la voz “sharenting”, que fue introducida por primera vez en el año 2016.

⁵³⁷ Incluso cabría retrotraerse a un momento anterior, cual es el de la primera ecografía, muchas veces compartida por los progenitores con los demás usuarios de las redes sociales. Vid. A. Brosch, *When the Child is Born into the Internet: Sharenting as a Growing Trend among Parents on Facebook*, en *The New Educational Review* 43.1 (2016) 226.

⁵³⁸ La identidad digital se define como la referencia personal que se construye a partir de la información -como imágenes, videos o texto- publicada, bien por uno mismo, o que sobre uno se encuentra en el espacio digital de modo fragmentado y disperso. A. Azurmendi, *Sharenting. Protección europea para la defensa de los derechos digitales de los menores. El caso de España*, en *El Derecho. Cuadernos jurídicos de Derecho de Familia* 102 (2022) 11 y L. Burguera, *Autodeterminación informativa de los menores*, en S. Pérez, L. Burguera, K. Paul (curr.), *Menores e Internet*, 1ª ed., Pamplona 2013, 333.

la madurez suficiente para comprender las implicaciones que derivan de esta identidad digital creada por sus progenitores.

Es chocante que un niño menor de catorce años no pueda contar con un perfil propio en una red social en el que compartir con sus amigos imágenes y videos seleccionadas por él mismo, mas sí pueda existir un perfil creado por sus padres en el que estos escojan qué datos quieren compartir sobre el menor con una comunidad virtual conformada por los usuarios escogidos, también, por dichos progenitores⁵³⁹.

Resulta que el ejemplo esbozado no dista mucho de la realidad. Al tratar el impacto cuantitativo del sharenting es común aludir a los datos arrojados por el pionero estudio efectuado en el año 2010 por la empresa AVG Technologies, especializada en software de seguridad y privacidad informática. El propósito era encuestar a varias madres de distintos países -como España, Italia, Estados Unidos o Alemania- con el fin de determinar en qué momento los bebés y los niños comenzaban a desarrollar su presencia digital. Pues bien, dicho estudio arrojó un sorprendente resultado: hacia la edad de dos años, un 81 % de los niños tiene algún tipo de huella digital⁵⁴⁰. Además, se determinó que la media de edad a la que un niño adquiere una presencia online es a los seis meses, y ello por elección de sus progenitores⁵⁴¹.

En el año 2015, un conocido estudio de la Universidad de Michigan constató que la mayoría de los padres que empleaban redes sociales (74 %) conocía a otros padres que compartían demasiada información sobre sus hijos en dichas redes, incluyendo aquellos que proporcionan datos embarazosos sobre los niños (56 %); que ofrecían información que permitía identificar la localización de los mismos (51 %) o; en fin, compartían fotos inapropiadas de los menores (27 %)⁵⁴².

A buen seguro, las cifras mencionadas serán a día de hoy bastante más elevadas, como sea que la pandemia del Covid-19 ha propiciado un aumento vertiginoso del sharenting. Esta insólita situación sanitaria provocó repetidos períodos de cuarentena, en los que las familias pasaban bastante más tiempo del usual en el recinto doméstico, lo que incrementó la realización de videos familiares y su posterior difusión en internet⁵⁴³.

Los tribunales son conscientes del auge de la práctica del sharenting durante el confinamiento, como así se recoge en la sentencia del Tribunal Supremo en sentencia 249/2023, de 14 de febrero, a propósito de unos videos y fotografías que una madre toma a sus hijos menores jugando durante el confinamiento: “en el periodo de confinamiento (...) estas prácticas -grabaciones de momentos de la vida cotidiana- se extendieron y generalizaron notablemente como uso social”.

Todos los datos precedentes conforman una realidad que torna paradójica la disposición legal del artículo 4.5 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: “Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos [al honor, a la intimidad y a la propia imagen] y los protegerán frente a posibles ataques de terceros”.

⁵³⁹ Sin perjuicio de lo que las normativas estatales establezcan, cada plataforma establece su propio requisito de edad para el acceso: por ejemplo, los términos de servicio de YouTube (de fecha 29 de noviembre de 2023) habilitan su uso a los mayores de catorce años; por su parte, los términos de servicio de TikTok (actualizados en agosto de 2023) permiten la utilización de la plataforma a los menores que cuenten con trece años o más; o, en el caso de las condiciones de uso de Instagram (fechadas el 6 de marzo de 2024), la edad que se exige para el uso de la plataforma es de al menos catorce años.

⁵⁴⁰ J. Brand y R. Renner, *Digital Birth Research, Results, and Reflections for Parents of Children Zero to Two*, en *AVG Technologies Digital Diaries* (2011) 1.

⁵⁴¹ *Id.*, *Digital* cit. 1.

⁵⁴² M.M. Davis, *Parents on Social Media: Likes and Dislikes of Sharenting*, en *National Poll on Children 'S Health, C.S. Mott Children 's Hospital* 23.2 (2015) 1.

⁵⁴³ A. Azurmendi, C. Etayo y A. Torrell, *Sharenting y derechos digitales de los niños y adolescentes*, en *Profesional de la información* 30.4 (2021) 2.

Algún autor incide en el siguiente contrasentido: de un lado, los padres se alzan como defensores de la identidad digital de los menores frente a terceros -puesto que esperan que los colegios y otras organizaciones soliciten su autorización para compartir la imagen de sus hijos- e incluso frente al propio menor -cuyo acceso y uso a internet suele ser controlado y limitado por los padres-. Mas de otro lado, esos mismos padres no tienen grandes reparos en compartir información -relevante o no- sobre sus propios hijos en internet, como así acontece a través del sharenting⁵⁴⁴.

Las razones que abocan a los progenitores a compartir la imagen de sus hijos en las redes sociales son de diversa índole. De entrada, con la exposición se puede aspirar a documentar el día a día familiar y compartirlo con los usuarios más cercanos de las redes sociales⁵⁴⁵. Hallamos en estos casos un fin meramente informativo en los progenitores que incurren en sharenting.

Para algunos autores, las intenciones primordiales de los progenitores que exponen la imagen de sus hijos no suelen ser dañinas, sino que se trata de documentar el crecimiento de los menores, documentar preocupaciones, buscar apoyo emocional o procurar información educacional o pediátrica⁵⁴⁶.

En otras ocasiones cabe identificar un fin divulgativo, como así sucede cuando el entorno de los menores presenta ciertos rasgos que lo pueden hacer característico o de interés al público. Así por ejemplo, por pertenecer a una familia numerosa o por padecer una determinada enfermedad.

En estos casos, se afirma que los motivos de los progenitores son de carácter colaborativo, especialmente cuando se trata de niños con alguna discapacidad, en cuyo caso los padres aspiran a encontrar el apoyo de la comunidad⁵⁴⁷.

Por último, el sharenting puede ser llevado a cabo con fines lucrativos, como así sucede cuando los menores son empleados por los progenitores para emitir un mensaje publicitario.

Estos propósitos no son excluyentes, sino que muchas veces concurren de forma simultánea, o van evolucionando y, a su vez, se pueden manifestar otro tipo de intereses de menor trascendencia, como es el deseo de los progenitores de obtener afirmación o apoyo, o ser vistos por la comunidad como buenos padres⁵⁴⁸.

Sea cual fuere el propósito que aboca a los progenitores a exponer a sus hijos en internet, veremos que esta conducta despliega grandes riesgos. A propósito de este extremo, quisiera recuperar ahora el ejemplo esbozado en las primeras líneas de esta introducción. Ese niño que había padecido una exposición digital constante desde los primeros instantes de su nacimiento, ahora adolescente, descubre que algunos de los momentos más reseñables de su vida -y no necesariamente merecedores de elogio- están en la red, al alcance de todos. Este joven, que se encuentra atravesando una etapa vital especialmente delicada, como es la adolescencia, padece reiteradas burlas por parte de sus compañeros de escuela, como consecuencia de esa exposición digital que sus padres siguen efectuando a día de hoy. Asimismo, las mofas acontecidas en el entorno escolar tienen una repercusión directa en las calificaciones académicas del joven. Esto es solo una pequeña parte de las

⁵⁴⁴ S.B. Steinberg, *Sharenting: Children's Privacy in the Age of Social Media*, en *Emory Law Journal* 66.839 (2017) 842-843.

⁵⁴⁵ Según los resultados de la encuesta *EU Kids Online* a padres y madres de menores de 9 a 17 años en España (2019), un 95 % de las familias que comparten contenido digital sobre los menores actúan con la motivación de mantener el contacto con sus familiares o amistades. Los resultados pueden consultarse en el siguiente informe: M. Garmendia, G. Martínez, N. Larrañaga, E. Jiménez, I. Karrera, M.A. Casado y C. Garitaonandia, *Las madres y los padres en la convergencia mediática: competencias, mediación, oportunidades y riesgos online*, Bilbao 2020, 78.

⁵⁴⁶ A. Gatto, A. Corsello y P. Ferrara, *Sharenting: hidden pitfalls of a new increasing trend— suggestions on an appropriate use of social media*, en *Italian Journal of Pediatrics* 50 (2024) 1-2.

⁵⁴⁷ Azurmendi, *Sharenting* cit. 11.

⁵⁴⁸ K. Verswijvel, M. Walrave, K. Hardies y W. Heirman, *Sharenting, is it a good or a bad thing? Understanding how adolescents think and feel about sharenting on social network sites*, en *Children and youth services review* 104 (2019) 1-2 y Brosch, *When the Child* cit. 233.

posibles consecuencias del sharenting, que van desde la afectación de la personalidad del menor como consecuencia de la merma de su privacidad hasta el empleo por parte de terceros del contenido relacionado con dicho menor con fines sexuales.

Así las cosas, emerge la siguiente incógnita: ¿cómo poner coto a estas situaciones? Vaya por delante que el fenómeno del sharenting carece de regulación directa en nuestro país, por lo que resulta de especial relevancia atender a responsabilidad civil que deriva del mismo, como mecanismo que *ex post* pueda reparar los daños que los menores hubiesen padecido como consecuencia de la actuación de sus progenitores.

Con bastante razón, sugiere algún autor que abordar el problema del sharenting desde la perspectiva del Derecho de daños resulta insuficiente, por cuanto que estamos ante un mecanismo reactivo, que no siempre puede anticiparse a la causación de un daño ya irreparable al menor⁵⁴⁹. Comparto esta opinión, toda vez que entiendo imprescindible una aproximación al fenómeno del sharenting desde el prisma (reactivo) del Derecho de daños, mas también, desde la que a mi juicio es la perspectiva (proactiva) más importante: la de una necesaria regulación.

Valga anticipar, como cierre de esta introducción, que los tribunales de nuestro país no han resuelto todavía ningún supuesto de responsabilidad civil derivada del sharenting, mas auguro que ello no tardará en suceder. Estas actuaciones no siempre despiertan sentimientos positivos en los menores, que quieren ante todo ser consultados y escuchados antes de que sus padres compartan imágenes y demás información sobre ellos en las redes sociales⁵⁵⁰.

Las primeras encuestas relativas al sharenting ponían el foco en la actuación y motivación de los progenitores, sin prestar apenas atención al otro eje de la relación: los menores. Sin embargo, poco a poco se dispone de datos relativos al parecer de los jóvenes y niños a propósito del sharenting. En particular, una encuesta realizada en el año 2020 a 652 jóvenes españoles constató que, con carácter general, los menores se sienten molestos con el sharenting practicado por sus progenitores⁵⁵¹. En particular, dicho estudio arrojó un resultado reseñable: dentro del grupo de las mujeres de entre dieciséis y dieciocho años encuestadas, un 26,1 % afirmó que se había sentido molesta muchas veces por la exposición digital a que les habían sometido sus padres⁵⁵².

2. Concepto de sharenting.

El significado del anglicismo “sharenting” es bastante revelador, toda vez que procede de dos términos: “share” y “parenting”. Compartir y paternidad. Así, como he anticipado, el sharenting es la práctica que consiste en difundir información de los hijos en las redes sociales⁵⁵³.

En los primeros momentos que siguieron a la identificación del fenómeno del sharenting existía una nítida diferencia entre este concepto y otro muy similar -para el que se reservaba una connotación negativa-, cual es el de “oversharenting”, a través del que se hace referencia al acto de compartir excesiva información de los menores en las redes sociales⁵⁵⁴. Mas, en la actualidad, estando cada vez

⁵⁴⁹ C. Yates, *Influencing 'kidfluencing': protecting children by limiting the right to profit from 'sharenting'* en *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law* 25.4 (2023) 861.

⁵⁵⁰ A. Sarkadi, A. Dahlberg, K., Fängström y G. Warner, *Children want parents to ask for permission before 'sharenting'*, en *Journal of Paediatrics and Child Health* 56.6 (2020) 982.

⁵⁵¹ Azurmendi, Etayo y Torrell, *Sharenting* cit. 6.

⁵⁵² Id., *Sharenting* cit. 6.

⁵⁵³ El término se empleó por primera vez en el diario *The Wall Street Journal*, en el artículo *The Facebook-Free baby: Are you a mom or dad who's guilty of 'oversharenting'* (S. Leckart), publicado el 12 de septiembre de 2012.

⁵⁵⁴ Vid. G. Yiseul Choi y J. Lewallen, *'Say Instagram, Kids': Examining Sharenting and Children's Digital Representations on Instagram*, en *Howard Journal of Communications* 29.2 (2018) 145.

más presentes los riesgos de estas prácticas en el subconsciente colectivo, la diferencia entre ambos términos se ha diluido y podría afirmarse que el término “oversharenting” ha caído en declive.

Considero que, en la medida en que toda difusión virtual de información de los menores es potencialmente perjudicial, no siempre necesaria y, en demasiadas ocasiones, excesiva, no tiene demasiado sentido diferenciar entre los términos “sharenting” y “oversharenting”.

2.1. Contenido difundido.

El contenido a compartir por los progenitores suele consistir en fotografías y videos, que pueden ser breves -como los “stories” de Instagram, o los “shorts” de YouTube, con una duración máxima de sesenta segundos- o de mayor duración -como los “videoblogs” de YouTube-. Sea cual fuere el modo de difusión de la imagen, lo que caracteriza al sharenting es que la información compartida está relacionada de algún modo con los hijos menores. Piénsese, en la línea de los ejemplos esbozados al inicio de este trabajo, en los padres que comparten en sus redes una instantánea del primer día de escuela de su hijo, o un video de sus primeros pasos.

Este tipo de casos son los que encajan plenamente en el término “sharenting”, mas cabría plantearse si este también puede hacer referencia al acto de compartir únicamente datos no gráficos relacionados con los menores. Ello sucede cuando los progenitores no revelan la imagen de sus hijos, pero sí difunden públicamente otra clase de información, como sus rutinas, hábitos, problemas o enfermedades, o cualquier otro dato de carácter personal. A mi juicio, este tipo de actuaciones siguen siendo constitutivas de “sharenting” aunque el público no conozca la imagen del menor, lo cual determina que los riesgos sean mucho menores. Desde una perspectiva jurídica, en la medida en que el aspecto externo de los hijos no es revelado al público, resulta más difícil apreciar una vulneración de sus derechos⁵⁵⁵.

En otro orden de cosas, se ha de tener presente que no es necesario que la información acerca del menor sea de naturaleza sensible, sino que cualquier tipo de contenido que los progenitores compartan acerca de la vida de sus hijos es constitutivo de sharenting, desde el más inocuo hasta el más delicado.

2.2. Canal empleado.

Las redes sociales suelen ser el canal más frecuentemente empleado por los progenitores para la difusión del contenido acerca de los menores⁵⁵⁶. Me refiero a plataformas como Instagram, Facebook, TikTok, Snapchat, etc.⁵⁵⁷. Es recurrente definir las redes sociales aludiendo al significado que de este término proporciona el Grupo de Trabajo sobre protección de datos del artículo 29: son “plataformas de comunicación en línea que permiten a los individuos crear redes de usuarios que comparten intereses comunes”⁵⁵⁸.

Las redes sociales permiten a los padres compartir información sobre sus hijos con una comunidad virtual, que será mayor si la cuenta del usuario está configurada en modo abierto al público y, por el

⁵⁵⁵ Vid. M. Planas, *Sharenting: Intromisiones ilegítimas del derecho a la intimidad de los menores de edad en las redes sociales por sus responsables parentales* en *Revista CEFLegal* 228 (2020) 52.

⁵⁵⁶ K. Kopecky, R. Szotkowski, I. Aznar y J.M. Romero, *The phenomenon of sharenting and its risks in the online environment. Experiences from Czech Republic and Spain*, en *Children and Youth Services Review* 110 (2020) 4.

⁵⁵⁷ Otro de los cauces más comunes por los que los padres comparten fotos de los hijos menores es Whatsapp. Mas, en la medida en que la función de esta plataforma es prestar un servicio de mensajería instantánea entre los usuarios, el alcance del contenido es mucho menor. Ello, a su vez, reduce en gran medida los riesgos derivados del sharenting.

⁵⁵⁸ Dictamen 5/2009 sobre las redes sociales en línea, adoptado el 12 de junio de 2009, p. 5.

contrario, si la cuenta constituye un perfil cerrado, el alcance de la información puede disminuir de forma considerable.

Una encuesta de respuesta múltiple efectuada en el año 2018 entre varios progenitores españoles concluyó que un 83,5 % de los padres encuestados escogía preferentemente las redes sociales en su “modo amigos” para compartir fotos sobre sus hijos, de tal forma que solo aquellos que hubiesen sido autorizados por los padres -es decir, aceptados como amigos en su perfil- podían acceder al contenido. Por su parte, un 7,25 % de los progenitores entrevistados reconocía publicar contenido de sus hijos en las redes sociales, en “modalidad pública”, por lo que cualquier persona podía acceder a las fotografías, videos y demás información que hubiesen difundido⁵⁵⁹.

2.3. Sujetos implicados.

La práctica del sharenting implica, de una parte, la intervención de los progenitores como emisores de la información digital y, de otra, a los hijos menores como sujetos sobre los que versa dicha información. A sendos intervinientes me referiré en las líneas que siguen.

2.3.1. Los menores afectados

Los afectados por el sharenting son, en todo caso, menores. Ello por cuanto que estos sujetos, por su escasa madurez, no son conscientes de la captación y difusión de su imagen; o, por su corta edad, no pueden prestar -o denegar- el consentimiento necesario para que sus progenitores los expongan en internet.

La ausencia de capacidad decisoria del menor en la creación de su identidad digital, fomentada por sus progenitores, ha abocado a que alguna autora le denomine “influencer colateral”, frente a su progenitor o progenitores, que vendrían a ser los “influencers principales”⁵⁶⁰.

2.3.2. Los progenitores como emisores de la información digital

Lo característico del sharenting es que son los progenitores del menor los que comparten en sus redes sociales cualquier tipo de información relacionada con el menor. En algunos casos, serán ambos progenitores los que difundan contenido relacionado con sus hijos; en otros, puede que solo uno de los padres sea el que emita el mensaje digital al público.

Claro que existen supuestos en los que la imagen del menor puede exponerse por emisores distintos de los propios progenitores. Piénsese en la escuela infantil que comparte imágenes de sus alumnos a través de una aplicación cuyo acceso está limitado a los padres de los mismos, o en el colegio que difunde en la web del centro las fotos de una actividad cultural en la que han participado varios estudiantes o, por último, en la academia de formación de danza que comparte videos de sus alumnos en su cuenta de Instagram con el fin de publicitar sus servicios. En todos estos supuestos la imagen del menor de edad es revelada al público con mayor o menor alcance: lógicamente, es mayor la difusión que tendrán las imágenes publicadas a través del sitio web de un centro escolar que por medio de una aplicación cuyo acceso está limitado a los progenitores de los alumnos. Los episodios narrados tienen un elemento común: la acción de compartir imágenes de los menores es realizada por terceros, sujetos que ya no es solo que sean distintos de los progenitores del menor, sino que

⁵⁵⁹ Id. *The phenomenon* cit. p. 4.

⁵⁶⁰ S. Cebrián, *Sharenting: nuevo reto para el derecho a la imagen y a la protección de datos del menor*, en *Lex Social, Revista de Derechos Sociales* 13.2 (2023) 3.

trascienden del ámbito familiar del menor cuya imagen es difundida. Terceros, eso sí, que requieren de la previa autorización por parte de los padres para tomar y compartir imágenes de los menores⁵⁶¹. La difusión de imágenes en los contextos narrados podría estar justificada por una cierta necesidad o interés divulgativo, como es el dar a conocer los servicios educativos u otras actividades de interés cultural ofrecidas por un centro escolar o de otro tipo. Ello no significa necesariamente que estas actuaciones estén exentas de peligro, mas lo cierto es que esa necesidad o interés que subyace a la difusión de imágenes sirve para evitar en cierta medida que estas no perturben la intimidad más sensible del menor.

Frente a las expuestas, encierran un mayor riesgo aquellas situaciones que son constitutivas del sharenting en sentido estricto, cual es aquel en que la imagen del menor es compartida por los propios progenitores. En la medida en que la acción de tomar y difundir elementos audiovisuales del menor se realiza desde su ámbito familiar resulta más accesible conocer y difundir los aspectos más personales de su vida, como la rabieta de un niño pequeño, o el problema psicológico que está afectando a un adolescente. Por consiguiente, hay una mayor probabilidad de que se cause un atentado contra su privacidad y de que se vean vulnerados sus derechos.

3. Evolución del sharenting.

Cuando se trata de profundizar en los orígenes del “sharenting”, cabe señalar que el hecho de captar distintos momentos cotidianos de la vida de los hijos menores es una costumbre bien arraigada desde mucho antes de la creación de las redes sociales. A nadie extraña que un padre o una madre quieran retratar y compartir con su familia y allegados el nacimiento de su hijo, sus primeros pasos, el primer día de guardería... y como estos, tantos otros episodios más o menos relevantes en la vida de los menores. Mas, en esta sociedad digitalizada y, con ello, globalizada, este tipo de prácticas han adquirido una nueva dimensión. Ahora, los progenitores no se limitan solo a captar la vida de sus hijos en forma de video o fotografía, sino que además en muchas ocasiones comparten estos archivos en diferentes tipos de plataformas. Así, con solo un clic, la imagen de un niño recién nacido puede circular rápidamente por todo el mundo gracias a una plataforma de mensajería instantánea o de cualquier otra plataforma de comunicación global.

Podría decirse que el sharenting como tal se popularizó en Estados Unidos con los canales familiares de YouTube, que incluían extensos “videoblogs” en los que se narraban con detalle las peripecias de todos los miembros de la unidad doméstica, poniendo el foco en los niños menores de edad. Esta primera fase del sharenting se ha visto superada por el auge de otro tipo de plataformas que fomentan el consumo de contenidos más ágiles, lo cual los hace más accesibles a los usuarios que disfrutan de este contenido y, a su vez, no requiere tanto esfuerzo para los progenitores emitir información acerca de la vida de sus hijos⁵⁶². Lo que en un inicio eran videos compartidos con comunidades de seguidores fieles ha sido sustituido por pequeñas “píldoras audiovisuales” que están al alcance de cualquiera. El acceso al contenido es rápido, sencillo y gratuito.

4. Riesgos del sharenting

⁵⁶¹ *Vid.* artículos 7 y 92 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁵⁶² Es mucho más sencillo para un progenitor emitir contenido diario, prácticamente en directo, de la vida de sus hijos, que elaborar extensos “videoblogs” que, por lo general, requieren de un proceso de edición previa.

En este punto quiero incidir en otro tema relevante, como es el de los riesgos que encierra el sharenting para los menores que padecen la exposición digital; riesgos muchas veces desconocidos - o deliberadamente ignorados- por los progenitores⁵⁶³.

Más adelante me detendré en la posible vulneración que el sharenting puede suponer sobre los derechos fundamentales del menor, en particular los relativos al honor, a la intimidad y la propia imagen. Sin embargo, baste ahora incidir en que la pérdida de privacidad que sufren los menores a los que afecta el sharenting puede repercutir en su integridad física y psicológica. Lo primero porque el sharenting puede afectar a la seguridad de los menores, como sea que muchas veces pueden ser geolocalizables por la simple visualización de un uniforme escolar, o con la información que se proporciona sobre sus actividades extraescolares. Asimismo, esta merma en su privacidad puede afectar al desarrollo de su personalidad, pues los menores se ven obligados a crecer frente a una cámara permanente, lo que sin duda alguna causará un importante impacto psicológico en un futuro más o menos cercano⁵⁶⁴.

Aún más, algún autor considera que el sharenting va a condicionar el modo de pensar de la generación de niños y jóvenes que lo padecen, que van a crecer con un concepto de privacidad totalmente distinto al que existía hasta ahora. Ello en el sentido de que se habrán habituado a una sociedad en la que lo que acostumbraba a ser privado se convierte en público, y en la cual compartir detalles personales será una práctica totalmente normal⁵⁶⁵.

Al hilo de lo indicado, considero que el sharenting va a tener impacto en las relaciones familiares, pues fruto de la exposición digital pueden despertarse en los hijos sentimientos de enojo, rechazo o rencor hacia sus progenitores⁵⁶⁶.

Véase el caso de la conocida actriz Gwyneth Paltrow, quien en el año 2019 compartió en Instagram con sus más de cinco millones de seguidores una instantánea con su hija Apple, en un viaje de esquí⁵⁶⁷. Más de 150.000 personas le dieron “me gusta” a la fotografía. Sin embargo, la joven, que por aquel entonces tenía catorce años, respondió a la publicación con un comentario efectuado desde su cuenta privada: “*Mom we have discussed this. You may not post anything without my consent*” (“Mamá, ya hemos discutido esto. No puedes publicar fotos mías sin mi consentimiento”). A modo de curiosidad cabe mencionar que la imagen todavía permanece en el perfil de la actriz.

También ha de tenerse en cuenta que el hecho de exponer a los menores puede provocar situaciones de acoso escolar -el denominado “bullying”- o, cuando este se efectúa a través de medios digitales, de ciberacoso. De una parte, la finalidad de estas actuaciones puede ser la mofa: las personas que acceden al contenido digital de los progenitores tienen la capacidad de conocer fácilmente datos íntimos y vulnerables con los que convertir a los menores en objeto de burla⁵⁶⁸. De otra parte, el acoso puede ser efectuado por un adulto con fines sexuales: se busca un acercamiento al menor a través de diversas artimañas. Este engaño con fines pederastas se conoce como “grooming”⁵⁶⁹.

⁵⁶³ Azurmendi, *Sharenting* cit. 11.

⁵⁶⁴ Vid.: J.A. Castillo, *Riesgos y daños del sharenting*, en V. Ivone, A. Gálvez, M. López (curr.), *Nuevos escenarios del derecho de familia en España e Italia*, 1ª ed., Barcelona 2023, 112; Yiseul Choi y Lewallen, *Say Instagram* cit. 160.

⁵⁶⁵ Brosch, *When the Child* cit. 233-234.

⁵⁶⁶ Vid. también Azurmendi, Etayo y Torrell, *Sharenting* cit. 2.

⁵⁶⁷ Vid. Kopecky, Sztokowski, Aznar y Romero, *The phenomenon* cit. 1.

⁵⁶⁸ Brosch (*When the Child* cit. 227) cita como ejemplo el conocido caso (Florida, 2013), en que un grupo privado de Facebook formado por varias madres se dedicaba a compartir fotos de niños -subidas por sus progenitores a sus cuentas personales- para mofarse de ellos.

⁵⁶⁹ Cfr. M.S. Kenneth, *The evolution of grooming: concept and term*, en *Journal of Interpersonal Violence* 33.1 (2018) 11.

En relación con lo anterior, el contenido digital que comparten los progenitores sobre los menores puede convertirlos en víctimas de pedofilia, pues dicha información es susceptible de ser empleada por terceros con propósitos sexuales.

Según el informe “Perfil del detenido por delitos relativos a la pornografía infantil”, en el 72,2 % de los casos de agresores sexuales duales penados se apreció la presencia de material incautado clasificado en el nivel 0 de gravedad en la escala CIESI⁵⁷⁰. Es decir, son imágenes que no se engloban dentro de la categoría de pornografía infantil, como “imágenes no eróticas y no sexualizadas de niños total o parcialmente vestidos o desnudos, provenientes de fuentes comerciales, álbumes familiares o fuentes legítimas”⁵⁷¹. Así las cosas, una imagen aparentemente inocente de un menor que sus progenitores comparten en las redes sociales puede ser visualizada y almacenada con fines de naturaleza sexual; *ad.ex.*: una niña columpiándose en el parque o un niño comiendo un helado.

En otro orden de cosas, el sharenting puede abocar a la alteración de la identidad del menor con fines fraudulentos, resultado que hoy en día se puede alcanzar sin grandes complicaciones merced a la Inteligencia Artificial.

PNC Bank alerta sobre el riesgo que el sharenting supone para el robo de la identidad del menor. En algunos casos, esta identidad se sustrae totalmente, empleando el nombre real, la fecha de nacimiento del menor, su número de la Seguridad Social, etc. En otros, se crea una identidad falsa, combinando datos reales del menor con otros ficticios. Estas actuaciones fraudulentas suelen obedecer al interés de aprovecharse de la ausencia de historial crediticio negativo en el menor expuesto en las redes sociales⁵⁷².

Por último, no podemos olvidar que todo el abanico de imágenes y videos que los progenitores comparten en relación con los menores vienen a conformar una huella digital que perdura por más que se eliminen estos archivos audiovisuales⁵⁷³.

A la luz de lo expuesto podemos plantearnos la siguiente pregunta: ¿existe un sharenting inocuo? No es una incógnita baladí, pues su respuesta debería servir para determinar la vara de medir de una eventual regulación del sharenting que, vaya por delante, aún no se ha producido en España. La respuesta, a mi juicio, es negativa. Considero que toda exposición digital del menor, por ínfima que sea, es potencialmente desencadenante de algún tipo de riesgo. Cosa distinta es que esa exposición, por estar amparada en los usos sociales, no sea jurídicamente reprochable. Tal es el caso del sharenting doméstico, sobre el que descenderé a continuación [*vid.* epígrafe 5.2].

5. Tipos de sharenting.

A la luz de lo expuesto en las líneas que preceden cabe hacer alusión a las distintas formas en que puede materializarse el sharenting, que clasificaré como doméstico, profesional, o comercial.

De entrada, podemos referirnos al “sharenting doméstico”, el que se desarrolla entre un círculo familiar y de amistad, siendo la exposición de los hijos una actividad accesoria de aquella principal de los progenitores. Este constituye el tipo de sharenting más frecuente⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ V. Soldino y E.J. Carbonell, *Perfil del detenido por delitos relativos a la pornografía infantil*, Madrid 2019, 24 y 26. Según este informe, los delincuentes sexuales duales son aquellos “que utilizan pornografía infantil y que también ha cometido un delito sexual de contacto con un/a menor de edad” (9).

⁵⁷¹ *Id.* *Perfil* cit. 17.

⁵⁷² *PNC Bank*, *Child Identity Theft and Sharenting* (noticia publicada en abril de 2019. Puede consultarse en el siguiente sitio web: <https://www.pnc.com/insights/personal-finance/protect/child-identify-theft-and-sharenting.html>). *Vid.* también Yates, *Influencing ‘kidfluencing’* cit. 852.

⁵⁷³ Brosch, *When the Child* cit. 234.

⁵⁷⁴ Yates, *Influencing ‘kidfluencing’* cit. 846-847.

Cabe distinguir también el “sharenting profesional”, que es el que se ejerce por los progenitores cuya actividad primordial es la creación de contenido digital. En este caso, la principal fuente de ingresos del influencer de que se trate no procede de la exposición del menor, sino de otro tipo de contratos publicitarios. Con todo, la imagen del menor es compartida en la cuenta del progenitor, el “influencer principal”⁵⁷⁵.

Finalmente, podemos hacer alusión al “sharenting comercial”, en cuyo caso el menor es empleado como emisor del mensaje publicitario⁵⁷⁶. Esta clasificación está muy ligada a la anterior, mas no deben confundirse. Un creador de contenido profesional puede incurrir en sharenting porque muestra con carácter habitual la imagen de su hijo menor, pero este sharenting profesional no se convertiría en comercial si ese hijo menor no es empleado para promocionar productos o servicios en las redes sociales del progenitor.

En las siguientes líneas se descenderá con más detalle en cada una de las tipologías expuestas. Vaya por delante que se trata de una clasificación que entiendo necesaria porque cada variación del sharenting plantea problemas de diversa índole. En el sharenting a escala doméstica y el ejercido por los creadores de contenido profesionales el primordial problema será determinar si el menor expuesto está sufriendo una vulneración de sus derechos a la intimidad y a la propia imagen o si, por el contrario, la información se comparte de un modo que no se causa un perjuicio objetivo a ese menor. Cuando se trata de sharenting comercial, considero que el riesgo es que se produzca un abuso laboral de los niños que participan de forma reiterada en videos que generan ganancias, pues tal actividad publicitaria podría llegar a equipararse a una actividad profesional.

5.1. El sharenting doméstico: los progenitores comparten imágenes de la vida del menor con un círculo reducido de familia y allegados.

Las redes sociales han venido a digitalizar los antiguos álbumes familiares y, fruto de esa digitalización, surge lo que podríamos denominar como “sharenting doméstico”. Este tiene lugar cuando los progenitores, a través de sus redes sociales configuradas en modo limitado al público, comparten momentos puntuales de la vida de sus hijos menores con su entorno más cercano: el recuerdo de unas vacaciones, el fin de una etapa educativa, un cumpleaños u otro evento familiar, etc.⁵⁷⁷. Podríamos afirmar que la información que los padres revelan del menor es aquella que su reducida comunidad virtual podría conocer de otra manera o que el menor no encontraría la necesidad de guardar para sí. Por ello, actuaciones como las expuestas no suponen una vulneración de los derechos del menor, sino que estarían amparadas en los usos sociales a los que hace referencia el artículo 2.1 Ley Orgánica 1/1982⁵⁷⁸.

Con ello no quiero decir que el sharenting doméstico no suponga riesgo alguno para el menor expuesto, porque aunque la información sea compartida en perfiles no abiertos al público, es imposible conocer a ciencia cierta el destino que se le va a dar a esa información. Una imagen o video subido a las redes sociales puede ser almacenado y

⁵⁷⁵ Expresión entrecomillada que vuelvo a recuperar de Cebrián, *Sharenting* cit. 3.

⁵⁷⁶ Vid. Yates, *Influencing 'kidfluencing'* cit. 851.

⁵⁷⁷ Si retomásemos la distinción terminológica expuesta *supra*, podríamos afirmar que las conductas expuestas son constitutivas de sharenting, pues suponen compartir con cierta habitualidad la imagen del menor en las redes sociales, mas en la medida en que esa exposición no es excesiva, no podría hablarse de “oversharenting”. Dicho de otra manera, el sharenting doméstico puede suponer compartir con frecuencia imágenes de los hijos; lo importante es que esas imágenes, visualizadas en su conjunto, no permitan a los usuarios de las redes sociales realizar un seguimiento casi diario de la vida del menor.

⁵⁷⁸ Vid. Castillo, *Riesgos* cit. 111 y J. Ammerman, *El régimen de prestación del consentimiento para la intromisión en los derechos de la personalidad de los menores, referencia al fenómeno del sharenting*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 8 bis (2018) 255.

posteriormente distribuido por los usuarios de estas, bien sea con fines lucrativos, sexuales, etc⁵⁷⁹.

Los problemas comienzan a surgir cuando se cambia alguna o varias de las notas características del sharenting doméstico. Así sucede cuando, por ejemplo, la información compartida va más allá de ciertas imágenes o videos, incluyendo datos que en su conjunto permiten a los usuarios conocer aspectos relevantes de la personalidad del menor -especialmente cuando esta ya presenta unos rasgos identificativos-, como sus emociones, sentimientos u opiniones; o de su salud física o mental. También cuando las imágenes compartidas revelan momentos embarazosos para el niño, porque reflejan escenas íntimas que no deberían ser conocidas por otros o situaciones vejatorias. En tales casos podría llegar a apreciarse una vulneración de los derechos a la intimidad y al honor del menor. Además, se incrementan las posibilidades de que este padezca algún tipo de acoso a la vista de la información sensible que se ha difundido sobre él en la red.

Como ejemplo de aquellas situaciones en las que se revela información sensible acerca del menor, piénsese, por ejemplo, en una madre que a través de un post de Facebook comunica a sus amigos el diagnóstico de trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) que acaba de recibir su hijo de siete años y que, a partir de entonces, comparte el seguimiento de dicha enfermedad con su comunidad. Por su parte, puede ser considerada como una situación vejatoria para el menor la grabación en TikTok de un reto viral que implica una humillación por parte del padre a su hijo; *ad.ex.*, el “egg crack challenge”, que consiste en romper un huevo en la cabeza del niño. Alguna autora cita como ejemplo de imágenes embarazosas aquellas que reflejan al menor desnudo o semidesnudo en la playa o en la bañera⁵⁸⁰.

También se alteran las notas características del sharenting doméstico cuando el número de imágenes o videos difundidos por los progenitores crece de forma exponencial. Lo que consistía en compartir determinados momentos entrañables con una comunidad virtual se convierte en una monitorización constante del niño. Lo mismo acontece cuando los padres del menor permiten que la información que comparten en las redes sociales sea conocida por cualquier usuario virtual, sin limitación alguna en sus perfiles. Sendas circunstancias -la ausencia de limitación cuantitativa del contenido y de los usuarios que acceden a él- determinan que el sharenting trascienda del ámbito estrictamente doméstico. Entran ahora en juego factores éticos y jurídicos, que no siempre permiten proporcionar una clara valoración de estas conductas. ¿Cuántas imágenes se consideran excesivas?, ¿cuántos seguidores o amigos son demasiados? No considero que estas cuestiones tengan una única respuesta, sino que en cada caso habrá de determinarse si el sharenting es estrictamente doméstico o si atenta contra la privacidad del menor.

5.2. El sharenting profesional: los progenitores cuya actividad principal consiste en la creación de contenido digital en el que sus hijos menores de edad son protagonistas.

El atractivo que despierta para los usuarios de las redes sociales el hecho de ser partícipes del día a día de estos niños, ha determinado que esta tendencia se profesionalice, hasta el punto de que hoy en día existen progenitores cuya actividad laboral principal consiste en ejercer de lo que se conoce como “instapadres” o “instamadres”. Como se expuso anteriormente, estos iniciaron su actividad hace casi una década, creando videoblogs en YouTube donde narraban con gran detalle la vida de los más pequeños; hoy, este tipo de contenido se comparte también en otras redes sociales, especialmente TikTok e Instagram.

⁵⁷⁹ Vid. Steinberg, *Sharenting* cit. 850.

⁵⁸⁰ Brosch, *When the Child* cit. 230-231.

La tónica común en los perfiles que los instapadres e instamadres tienen en las redes sociales es compartir sus rutinas con el público; así por ejemplo: la organización de una familia numerosa para desplazarse en su día a día, en qué consisten las dinámicas de juego cuando hay varios hermanos menores o la gestión de las compras de material escolar⁵⁸¹. Además, recientemente hemos asistido a la creación de cuentas en las redes sociales con el objetivo de visibilizar la presencia de enfermedades o afecciones en los menores de edad.

En los últimos años, el número de perfiles de padres y madres influencers ha aumentado considerablemente, encontrando en la época de pandemia un importante punto de despegue. El alcance de las cuentas de los instapadres e instamadres es tal por el relevante papel que ostentan los menores⁵⁸².

Si se contrasta el interés que despiertan las publicaciones en las que los niños aparecen con carácter primordial, frente a aquellas en las que solo figuran sus progenitores, cabe concluir que estas últimas padecen de una importante merma de interés por parte del público. Veamos el caso de una conocida influencer española, Verdeliss, conocida por ser de las primeras influencers españolas en exponer a sus hijos en las redes sociales. Esta muestra al público cómo es el día a día de su familia de ocho hijos, lo que le ha llevado a alcanzar la friolera de 1,4 millones de seguidores en Instagram y casi 300.000 en Facebook. Si analizamos sus distintas publicaciones en esta última red social, cabe comprobar que aquellas en las que solo se muestra a la influencer apenas alcanzan los 1.000 “me gusta” y, sin embargo, el contenido en el que aparece cualquiera de sus hijos duplica esta cantidad con mucha facilidad⁵⁸³.

5.3. El sharenting comercial: los menores como emisores del mensaje publicitario en los perfiles de sus progenitores.

La relación entre los menores y la publicidad a través de las redes sociales constituye un binomio delicado con dos frentes abiertos: de una parte es preciso prestar atención a la situación de los menores como receptores de la publicidad y, de otra, a los menores como emisores de esta publicidad.

Por lo que respecta al primero de estos extremos, se están observando algunos avances normativos, ya que los poderes públicos han comenzado a dar unos tímidos pasos para regular la posición de los menores como consumidores de publicidad a través de las redes sociales. Avances que eran muy necesarios, toda vez que este tipo de plataformas constituyen el principal cauce por el que se transmite el mensaje publicitario a los nativos digitales.

En abril de 2024 el Gobierno aprobó un Real Decreto con el que se pretende que ciertos creadores de contenido, coloquialmente conocidos como “influencers” -que la norma denomina “usuarios de especial relevancia”, por reunir una serie de requisitos relacionados con los ingresos y la audiencia- cumplan ciertas exigencias que hasta ahora

⁵⁸¹ Vid. Y. López, *Los derechos de la personalidad de los menores de edad y el fenómeno del sharenting*, en *Revista Derechos Humanos y Educación* 9 (2024) 76.

⁵⁸² E. Fernández y M. Ramos, *Sharenting en Instagram: abuso de la presencia del menor en publicidad*, en *Revista de Comunicación* 23.1 (2024) 183.

⁵⁸³ Pueden consultarse las diversas reacciones de la audiencia a la presencia de los menores en los perfiles de Verdeliss en el siguiente estudio: A. Elorriaga, S. Monge y E. Olabari, *La aparición de menores en contenidos comerciales y su efecto negativo en la audiencia: el sharenting y la youtuber Verdeliss*, en *Icono 14 (Revista de comunicación y tecnologías emergentes)* 20.1 (2022) 13-15.

estaban reservadas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual⁵⁸⁴. Así por ejemplo, estos usuarios de especial relevancia deben identificar claramente los contenidos publicitarios, sin poder promocionar productos como alcohol, tabaco o medicamentos [vid. artículos 121-123 Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual]. Además, las comunicaciones comerciales audiovisuales no podrán producir ningún perjuicio físico, mental o moral a los menores [ex artículo 124 Ley 13/2022].

Aunque esta norma, ya conocida como la “Ley de los Influencers”, aspira a tutelar a todos los usuarios de las redes sociales, los principales beneficiados serán los menores, especialmente sensibles al contenido comercial compartido en estas plataformas.

Por el momento, no existe regulación alguna sobre la intervención de los menores como emisores del mensaje publicitario. Este es un frente que también debería ser abordado por el ordenamiento jurídico. La actividad de los “instapadres” e “instamadres” es altamente rentable, pues las marcas se aprovechan del alcance de este tipo de cuentas para dar visibilidad a sus productos y servicios⁵⁸⁵. Los menores son empleados como instrumentos publicitarios para promocionar juguetes, moda, material escolar, servicios educativos -como clases particulares- o viajes, entre otros⁵⁸⁶. A cambio de esta labor publicitaria, los progenitores obtienen una suma de dinero, que será más elevada cuanto más relevante sea la marca a promocionar⁵⁸⁷. Así, ambos, empresas y creadores de contenido, se benefician de la poderosa eficacia de esta publicidad.

Según un reciente estudio, la presencia de menores en los posts de Instagram de las “instamadres” copa prácticamente la mayoría de sus publicaciones, pues asciende al 96,17 %⁵⁸⁸. Además, este mismo porcentaje es el que representa la cantidad de publicaciones que, compartidas por parte de dichas instamadres, constituyen vehículos de marcas comerciales. Estos datos corroboran que los menores son un más que frecuente instrumento publicitario para las madres influencers y, en última instancia, para las marcas.

El artículo 6.1 del Estatuto de los Trabajadores prohíbe la admisión al trabajo a los niños y jóvenes menores de dieciséis años. Sin embargo, el apartado 4 de dicho precepto dispone que “la intervención de los menores de dieciséis años en espectáculos públicos solo se autorizará en casos excepcionales por la autoridad laboral, siempre que no suponga peligro para su salud ni para su formación profesional y humana”. Además, apostilla el citado artículo 6.4 que “el permiso deberá constar por escrito y para actos determinados”.

Pues bien, la participación de menores de dieciséis años en espectáculos públicos se somete al Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral especial de las personas artísticas que desarrollan su actividad en las artes escénicas, audiovisuales y musicales, así como de las personas que realizan actividades técnicas o auxiliares necesarias para el desarrollo de dicha actividad. Sin embargo, el Real Decreto 1435/1985 se aplica sobre aquellas actividades artísticas que, entre otras, se destinan a la grabación para su posterior difusión entre el público, en medios que podríamos catalogar como “convencionales”: teatro, cine, radiodifusión... “y, en general, cualquier local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos, o a actuaciones de tipo artístico o de exhibición [artículo 1.3 Real Decreto 1435/1985]. Así las cosas, los niños actores en cine o

⁵⁸⁴ Se trata del Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual.

⁵⁸⁵ Vid. E. Jiménez, A. Elorriaga, S. Monge y E. Olabarri, *Exposición de menores en Instagram: instamadres, presencia de marcas y vacío legal*, en *Revista Mediterránea de Comunicación* 13.1 (2022) 60.

⁵⁸⁶ Vid. Fernández y Ramos, *Sharenting* cit. 187.

⁵⁸⁷ Sobre las distintas maneras en que los influencers pueden obtener ingresos por la creación de contenido, vid.: Yates, *Influencing 'kidfluencing'* cit. 864-866.

⁵⁸⁸ Fernández y Ramos, *Sharenting* cit. 186-187.

televisión se someten a las disposiciones de esta norma por lo que respecta a cuestiones como la jornada de trabajo o los descansos y vacaciones; ello sin perjuicio de lo que puedan contemplar además los convenios colectivos o el propio contrato.

¿*Quid* de los niños que publicitan los productos y servicios a través de las redes sociales? El citado artículo 1.3 Real Decreto 1435/1985 y, en especial, su cláusula de cierre, no permitiría brindar una respuesta clara a esta cuestión. Si se considera que la alusión al “local” se realiza en sentido amplio, incluyendo cualquier tipo de espacio que acoja una actividad artística, entonces la respuesta sería afirmativa: dicha norma ampararía la actividad artística que desarrollan los niños que, grabados por sus padres, publicitan diversas marcas en sus domicilios.

Sin embargo, aunque el apartado 3 del artículo 1 Real Decreto podría dejar lugar a ciertas dudas sobre la inclusión de la actividad desarrollada por los niños a través del sharenting, el apartado 4 es rotundo a este respecto: “Las actuaciones artísticas en un ámbito privado estarán excluidas de la presente regulación”. Entonces, la labor publicitaria que efectúan los menores en sus propios domicilios, a instancias de sus progenitores, no estaría amparada por el Real Decreto 1435/1985⁵⁸⁹. Conclusión que resulta paradójica, porque el sharenting ha convertido a muchos hogares en auténticos platós de rodaje que, pese a ser “ámbitos privados” en el sentido a que la ley se refiere, son conocidos por cientos de usuarios que acceden al contenido digital compartido por los padres.

En suma, la actividad publicitaria de los menores a través de las redes sociales carece de regulación, y este es un dato preocupante, pues en muchos casos esta constituye una genuina actividad laboral, dada la ingente suma de horas que emplean los menores en efectuarla, quienes a su vez deben compaginar la labor publicitaria con los estudios que se hallen cursando⁵⁹⁰. Pese a ello, la “jornada laboral” de estos niños no está sometida a ninguna limitación, como tampoco se establecen previsiones en orden a preservar las ganancias económicas que estos menores deberían recibir.

Así las cosas, urge una regulación del sharenting con fines publicitarios -el que he denominado “sharenting comercial”-, partiendo de determinar si se permite o no la presencia de menores en las redes sociales con propósitos comerciales y, en caso de responder afirmativamente, habrían de señalarse algunos criterios a los efectos regular dicha actividad. Retomaré esta cuestión al tiempo de proponer una serie de directrices normativas del sharenting [*vid.* epígrafe 7.2].

6. Derechos que pueden ser vulnerados en el sharenting.

De entrada, los posibles derechos que pueden verse vulnerados en los casos de sharenting son el derecho a la intimidad, a la propia imagen y el derecho al honor. Derechos fundamentales contemplados en el artículo 18.1 de la Constitución española y desarrollados en 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.

De entrada, dispone el artículo 2.1. Ley Orgánica 1/1982 que la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen estará delimitada, no solo por las leyes, sino también “por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”. Como se expone en el preámbulo de la norma, se han de valorar “las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad”, así como “el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento”. De este modo,

⁵⁸⁹ Cfr. A. García, *La protección digital del menor: el fenómeno del sharenting a examen*, en *Revista de Derecho UNED* 27 (2021) 477.

⁵⁹⁰ Incluso, hay quien califica la actividad publicitaria de los menores en las redes sociales de sus progenitores como “explotación de menores” (Fernández y Ramos, *Sharenting* cit. 183) o, similarmente, “explotación comercial” (Jiménez, Elorriaga, Monge y Olabarrí, *Exposición* cit. 54).

la capacidad enjuiciadora de los jueces puede adecuarse a la realidad social. Y la realidad social actual es la de una sociedad digitalizada y globalizada, en la que las redes sociales constituyen una manera más de comunicación. A través de estas plataformas, las personas acostumbran a compartir todo tipo de información con los usuarios con los que están conectados, que pueden conocer así datos como la profesión, el estilo de vida, o el lugar de vacaciones de aquellos que tienen un perfil en la red social. Puede afirmarse entonces que las redes sociales han sido un factor decisivo en el cambio del concepto de la intimidad de las personas, que se ve diluido en la medida en que su perfil digital es más o menos amplio. Como expuse anteriormente, los usos sociales pueden ser tenidos en cuenta a los efectos de amparar el denominado “sharenting doméstico”, siempre que este se desarrolle en las condiciones detalladas *supra*. Los problemas afloran cuando estamos ante un sharenting que trasciende de este ámbito familiar, y es precisamente sobre el que han de aplicarse las previsiones de la Ley Orgánica 1/1982.

La citada disposición contempla en su artículo 7 un elenco de supuestos en los que se vulneran estos derechos, elenco que no está considerado como “*numerus clausus*”⁵⁹¹. Por lo que aquí interesa, creo conveniente destacar el apartado 3, que hace alusión a la “divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre”. Es asimismo destacable el apartado 5 del citado artículo 7, que se refiere a 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...”.

Establece el preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982 que los derechos por ella regulados no son ilimitados, pues no puede apreciarse una intromisión ilegítima de los mismos cuando las entradas en el ámbito tutelado por la norma sean autorizadas expresamente por los titulares de los derechos. Cuando los titulares son menores, establece el artículo 3 que el consentimiento “deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil”. Así, una primera conclusión que se colige de la norma es que, si el menor de edad tiene suficiente capacidad, puede oponerse a que sus padres expongan su imagen en las redes sociales⁵⁹².

Incluso a veces, aunque el menor o sus progenitores hayan autorizado la difusión de su imagen u otro tipo de información personal podríamos entender que ha tenido lugar una vulneración de sus derechos fundamentales. Ello por cuanto que el artículo 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, dispone que “se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales”⁵⁹³. De este modo, aunque el menor -con capacidad para ello- o sus progenitores hubiesen consentido la exposición digital que supone el sharenting, este podría implicar una vulneración de derechos. El interés objetivo del menor resulta el criterio determinante de la ilegitimidad de la intromisión, que habrá de ser ponderado *ad hoc*. Volveré sobre este punto al tiempo de examinar la responsabilidad civil derivada del sharenting.

⁵⁹¹ A. Gil, *Tutela de la intimidad, honor y propia imagen del menor en Internet y (II)*, en S. Pérez, L. Burguera y K. Paul (curr.), *Menores e Internet*, 1ª ed., Pamplona 2013, 309.

⁵⁹² La remisión al concepto del “menor maduro” del artículo 3 Ley Orgánica 1/1982 despierta no pocas dudas sobre la significación que habrá de dotarse a esta expresión: ¿sobre quién pesa la decisión de concluir si el menor es maduro?, ¿el criterio de la madurez ha de ser entendido con carácter general, o referido a la autorización del acto específico para el que sea requerida dicha madurez?

⁵⁹³ El artículo 4.3 LO 1/1996 alude a los “medios de comunicación”, entendidos como instrumentos de transmisión pública de información, entre los que se incluyen las redes sociales. Conclusión que alcanzan también algunos pronunciamientos, como la SAP Navarra 116/2020, de 26 de febrero. *Vid.* también Azurmendi, *Sharenting* cit. 12 y L. Cabedo, *El sharenting y el ejercicio de la patria potestad: primeras resoluciones judiciales*, en *Actualidad Jurídica Iberoamericana* 13 (2020) 988.

También los tribunales han querido subrayar que el consentimiento del menor maduro o de sus progenitores no es eximente del carácter ilegítimo de la intromisión. Es el caso de la STS 249/2014, de 14 de febrero: “En definitiva, cuando se trata de la difusión de la imagen de menores en medios de comunicación, el consentimiento, bien del menor maduro, bien de sus representantes, es insuficiente para legitimar la intromisión si se aprecia el riesgo de daño al interés del menor”.

Aparte de una posible vulneración de los derechos señalados, hay que considerar asimismo el derecho fundamental a la protección de datos personales [artículo 18.4 de la Constitución española]. El artículo 7.1 Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, fija en catorce años la edad para que el menor preste el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales, como es la imagen. Así, a diferencia de lo que contemplaba el artículo 3 Ley Orgánica 1/1982, no se hace referencia a la madurez del menor, sino a aquel menor que reúne un determinado requisito de edad: haber cumplido catorce años.

Mas sucede que no todas las actuaciones de tratamiento de datos que el sharenting implica estarán amparadas por la Ley Orgánica 3/2018. Esta norma no se aplicará a aquellos supuestos que a su vez excluye el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). La disposición comunitaria excluye de su ámbito de aplicación el tratamiento de datos efectuado por una persona física “en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas” [artículo 2.2.c)], como “la actividad en las redes sociales” [Considerando (18)]. Por consiguiente, la Ley Orgánica 3/2018 no sería de aplicación al sharenting practicado por los progenitores que se circunscribe al ámbito estrictamente familiar⁵⁹⁴.

7. regulación del sharenting

Vistos los numerosos riesgos que entraña el sharenting, resulta indiscutible la necesidad de regular este tipo de conductas. Como se ha anticipado, España carece de una normativa que incida de forma directa en este tema, a diferencia de otros Estados, sobre cuya regulación se descenderá en las siguientes líneas. Como señalé anteriormente, aunque el Derecho de daños pueda solventar, merced a una eventual reparación, el perjuicio causado por el sharenting, estaremos ante una solución reactiva. Solución que debe complementarse con mecanismos preventivos, como es el establecimiento de una regulación que contemple una serie de límites y controles.

De entrada, dos son las distintas perspectivas que puede adoptar la regulación del sharenting. En primer lugar, la normativa podría encaminarse a la prohibición total de la presencia de los menores en las redes sociales, con la salvedad de los casos en los que estos prestasen directamente su consentimiento. Desde el punto de vista de los riesgos que el sharenting plantea, esta podría ser la solución más respetuosa para los sujetos afectados, toda vez que el sharenting inocuo es difícilmente practicable. Sin embargo, como detallaré a renglón seguido, considero que es una solución poco probable por varias razones.

Frente a esta opción se imponen intereses de tipo económico que tornan bastante dificultoso que esta sea la solución por la que se decante el poder legislativo. Además, aunque los riesgos del sharenting sean innegables, creo que, de existir una futura norma que regule esta cuestión, en ningún caso se aventuraría con la que resulta ser la opción más drástica, cual es la de la prohibición del sharenting. Auguro que una futura normativa sobre el sharenting -que, a buen seguro, llegará tarde o temprano- tendrá en consideración los problemas directos de este fenómeno -vulneración de la intimidad y la propia imagen del menor-, frente a la ponderación de unos riesgos colaterales -robo de identidad,

⁵⁹⁴ Cabedo, *El sharenting* cit. 993.

grooming o la creación de una huella digital del menor- que en el subconsciente colectivo aún se perciben como lejanos o desconocidos. Como consecuencia, creo que el legislador se decantará por articular una normativa que, entre otras cuestiones, evite la vulneración de los derechos del menor, pero sin coartar de forma íntegra los derechos que derivan del ejercicio de la patria potestad y la libertad de expresión de los progenitores.

En segundo lugar, podría procederse al establecimiento de ciertos mecanismos de control con el fin de regular la exposición de los menores en Internet. Esta es la opción legislativa que han seguido países como Italia -a cuya propuesta legislativa me referiré a continuación- y Francia.

7.1. Derecho comparado.

Algunos de nuestros Estados vecinos han iniciado su andadura en la ordenación del fenómeno del sharenting. En Europa, la pionera fue Francia, cuya Asamblea Nacional aprobó en marzo de 2023 un proyecto de ley para proteger la privacidad de los menores. Italia ha seguido la estela del país francés, presentando en marzo de 2024 una propuesta para reforzar el respeto a la privacidad de los menores. Sendas propuestas se enfocan en el sharenting comercial, y en los problemas que plantea la presencia de menores con fines publicitarios en los perfiles de sus progenitores. Mas no se aborda la cuestión de tutelar la intimidad de los menores expuestos; cuestión que, a lo que creo, se tratará con los mecanismos convencionales que el Derecho francés e italiano brinden para la protección de los derechos relacionados con la privacidad de las personas.

Dada la similitud entre la propuesta francesa y la italiana, por razones obvias me centraré en esta última. Dicho lo cual, el proyecto italiano, rubricado “Disposizioni in materia di diritto all’immagine dei minorenni”, consta de tres artículos⁵⁹⁵.

Estos preceptos determinan que los padres deben notificar previamente ante la Autoridad Reguladora de Comunicaciones Italiana (Autorità per le garanzie nelle comunicazioni, o AGCOM) la realización de alguna actividad económica con sus hijos en las redes sociales. Las propias empresas que requieran la presencia de menores de catorce años en sus campañas de marketing deberán solicitar la autorización de los progenitores e informar a la AGCOM.

Si el sharenting conlleva un beneficio directo para los progenitores, la norma propone que se transfiera el dinero a una cuenta bancaria a nombre del menor, que podrá acceder a ella al cumplir los dieciocho años. Se especifica que la autoridad judicial podrá autorizar eventuales retiradas de dinero en caso de urgencia y de forma excepcional.

Asimismo, el proyecto establece que cuando el menor alcance los catorce años podrá solicitar el olvido digital, esto es, la supresión en internet y los motores de búsqueda de aquellos datos personales que le conciernen.

7.2. España: propuesta de directrices.

Por el momento, está por ver si España sigue el compás de los países vecinos. De momento, parece que el Ministerio de Juventud e Infancia ha asumido las líneas estratégicas de su predecesor, el Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030. Una de las líneas de la estrategia estatal consiste en “velar por el derecho a la privacidad y la protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes, reforzando su protección”⁵⁹⁶.

⁵⁹⁵ Vid. *Documentazione per l’esame di Progetti di legge in materia di minori e Internet, con riferimento particolare all’accesso alle piattaforme e all’uso dell’immagine dei minori* [A.A.C. 1217, 1771, 1800 y 1863], Camera dei deputati [XIX legislatura], pp. 39-48.

⁵⁹⁶ Así consta en el siguiente documento: *Estrategia estatal de derechos de la infancia y de la adolescencia (2023-2030)*, Ministerio de Derechos Sociales y Agenda 2030, p. 61.

A mi juicio, la regulación del sharenting debería prestar atención a dos principales focos problemáticos: la posible pérdida de privacidad del menor expuesto por sus progenitores -con la consiguiente afectación de sus derechos, a los que me he referido anteriormente- y la comercialización de la actividad publicitaria de los menores en las redes sociales.

De entrada, considero oportuno incluir la regulación del sharenting en el Anteproyecto de Ley Orgánica para la protección de las personas menores de edad en los entornos digitales. Esta norma en bosquejo está ideada para tutelar a los menores como agentes activos de las redes sociales -es decir, como sujetos consumidores de Internet-, mas, por el momento, sorprendentemente no se hace ninguna referencia a los menores como agentes pasivos del sharenting. Como primera sugerencia regulatoria de este fenómeno, incluiríamos la de incorporar la tutela específica de los menores que padecen sharenting en la Ley Orgánica finalmente aprobada.

Además, como anticipé anteriormente, considero imperativa una regulación del sharenting con fines lucrativos -el denominado “sharenting comercial”-. Esta actividad debería estar incluida en el Real Decreto 1435/1985, lo que necesariamente pasaría por modificar su artículo 1.4 que excluye del ámbito de la norma las actuaciones artísticas desarrolladas en el ámbito privado. Sería primordial que la participación de los menores con fines comerciales en las redes sociales se considerase como una relación laboral a los efectos de la normativa señalada, que habría de recibir la pertinente autorización y, lo que es más importante, no podrá comprometer la formación profesional y humana del menor [vid. artículo 6.4 Estatuto de los Trabajadores]. A propósito de lo anterior, sería interesante la constitución de un organismo específico al que se le encomiende la labor de control del sharenting comercial.

Por último, creo que es primordial implementar campañas públicas para la prevención del sharenting, con el objeto de concienciar a los niños y a los progenitores -en especial a estos últimos- sobre los riesgos que pueden derivar de la exposición digital de los menores⁵⁹⁷.

8. Responsabilidad civil.

A la luz de todo lo expuesto, es evidente que el sharenting supone un claro perjuicio para los menores. La cuestión es determinar si ese perjuicio es susceptible de ser considerado una intromisión ilegítima en los derechos del menor. Vaya por delante que el análisis de la responsabilidad civil derivada del sharenting debe acometerse prácticamente desde el plano de la pura hipótesis, en tanto en cuanto aún es pronto para acreditar con exactitud las consecuencias de la exposición en las redes sociales para los nativos digitales que la han padecido, o que aún se encuentran padeciéndola.

No obstante, de forma paulatina comienzan a conocerse los primeros casos en los que esos jóvenes son conscientes de las implicaciones de esta sobreexposición y deciden tomar medidas ante los tribunales. En particular, tuvo mucha repercusión la sentencia del Tribunale di Roma de 23 de diciembre de 2017, en la que la jueza Velletti falló a favor de una joven de dieciséis años que había denunciado a su madre por publicar de forma reiterada fotos suyas en Facebook sin su consentimiento, difundiendo además detalles de la historia familiar y de las disputas judiciales en las que se veían inmersos los padres de la joven. Como se declara en la sentencia, la menor se sentía molesta por el hecho de que sus compañeros estuviesen al tanto de sus asuntos personales por las publicaciones sistemáticas que sobre ella realizaba su madre en la citada red social. Ello le abocó a solicitar la continuación de sus estudios en los Estados Unidos, alegando “¿qué esperanza tengo en Italia donde todo el mundo conoce mi historia? [Tribunal de Roma, Sección Primera de lo Civil, Auto de 23 de diciembre de 2017, procedimiento 39913/2015]”.

⁵⁹⁷ Vid. A. Doğan Keskin, N. Kaytez, M. Damar, F. Elibol, N. Aral, *Sharenting Syndrome: An Appropriate Use of Social Media?*, en *Healthcare 11* (2023), 14.

Aunque en España no se conocen todavía casos como los que arroja la jurisprudencia extranjera, considero que no hará falta esperar mucho tiempo para que los primeros casos de reclamación de responsabilidad civil por sharenting lleguen a nuestros tribunales.

Sin embargo, los foros patrios sí que tienen conocimiento de aquellos supuestos en los que uno de los progenitores se opone a la publicación de imágenes en las redes sociales que el otro progenitor efectúa del hijo común. En aquellos supuestos en que ambos padres sean titulares de la patria potestad, y existiendo una custodia compartida, la decisión de publicar la imagen y otros aspectos del menor debe ser acordada por ambos progenitores [de entre varias: SAP Málaga 12/2021, 30 abril; SAP Vizcaya 407/2020, 28 febrero; Santa Cruz de Tenerife 356/2018, 6 julio] y, en caso de discrepancia, decidirán los tribunales sobre esta cuestión [SAP Guipúzcoa 491/2020, 29 junio].

8.1. Propuesta de criterios para determinar el perjuicio causado al menor

El punto primordial en la argumentación sobre la estimación responsabilidad civil derivada del sharenting pivota sobre el artículo 4.3 Ley Orgánica 1/1996, exceptuados los casos del sharenting doméstico. Este precepto aboca a considerar como intromisión ilegítima aquella exposición digital del menor que supusiese un “menoscabo de su honra o reputación” o que sea “contraria a sus intereses”. A mi juicio, cualquiera de estas consecuencias se produce cuando el sharenting entraña situaciones vejatorias para el menor, como la grabación de un reto viral humillante; o ha sido desencadenante de la causación de un riesgo físico o psicológico, como la creación de una situación de acoso directamente motivada por el contenido digital que los padres comparten del menor. Mas hay otros casos en los que la determinación de lo que resulta contrario a los intereses del menor no resulta sencilla, porque puede suceder que del sharenting no derive un perjuicio tangible, material. A veces sucede que el menor no está conforme con la pérdida de privacidad que la exposición digital supone porque su idea de lo que debe ser privado difiere de la de sus padres. Y el concepto de intimidad que el menor hubiese querido para sí también es una circunstancia que habría de ser valorada a la hora de determinar la responsabilidad civil. No se trata de imputar a los progenitores el deber de averiguar cuál va a ser a futuro el ámbito de intimidad que su hijo va a querer proteger. Mas, cuando el niño menor tiene una edad suficiente en la que ya se visibilizan ciertos rasgos de la que será su personalidad, los padres habrán de respetar estos atributos y tomarlos como pauta a la hora de la creación de la privacidad digital del niño.

A los efectos de determinar si el menor ha padecido una intromisión ilegítima en sus derechos se proponen una serie de criterios, que no habrán de considerarse de forma autónoma, sino que unos y otros se complementan al tiempo de analizar la conducta de exposición del menor realizada por los progenitores.

8.1.1. Cantidad.

A este respecto, considero importante precisar si la exposición a la que se ve sometido el menor es constante y sistemática o, por el contrario, se produce de forma puntual. No es comparable el caso de unos progenitores que comparten en sus perfiles fotografías personales y excepcionalmente alguna de sus hijos menores, con el supuesto en que la cuenta de la red social de que se trate esté íntegramente dedicada a la exposición de la vida de los menores.

8.1.2. Canal.

Presenta gran relevancia determinar si el sharenting se realiza a través de una plataforma cerrada - como aquellas que sirven para proveer servicios de mensajería instantánea- o de comunicación global. En la primera tipología de canales de difusión se encontrarían aplicaciones como WhatsApp o

Telegram, mientras que en la segunda podríamos hacer alusión a Facebook o Instagram. Las plataformas de mensajería tienen como finalidad principal la comunicación privada entre usuarios, por lo que la información que los progenitores difunden a través de este cauce se comparte, al menos en principio, con el objetivo de que dicha información permanezca en un círculo de contactos más o menos reducido. Por consiguiente, reviste de cierta complejidad apreciar una vulneración en la privacidad del menor cuando la exposición del mismo se realiza a través de plataformas seleccionadas, precisamente, por la privacidad que las mismas permiten a sus usuarios. Distinto es el caso en que los datos que sobre los menores se difunden en medios de gran difusión, como son las redes sociales.

Así, en la SAP Málaga 39/2023, de 6 de junio, en un proceso de divorcio, uno de los progenitores solicitaba judicialmente la prohibición expresa de la publicación de imágenes de su hijo menor en las redes sociales. Pedimento que el juez denegó por entender que la “publicación puntual de alguna foto en un estado de WhatsApp de algunos familiares paternos” no perjudicaba el interés y la integridad del menor, como sí podría haber acontecido si se hubiese producido la “publicación de cualquier fotografía del menor por parte del padre o familiares del mismo a través de redes sociales u otros medios de gran difusión”.

En todo caso, el criterio que aquí se propone, el de valorar el canal de difusión de las redes sociales, debe ser matizado y complementado con aquel otro que ahora sigue, cual es el del alcance de la información compartida. Ello por cuanto que el hecho de compartir imágenes u otros datos de los hijos en una plataforma de comunicación global no será determinante, por sí solo, de la vulneración de los derechos fundamentales del menor, sino que habrá que atender asimismo a la repercusión que dicha información vaya a tener.

8.1.3. Alcance.

Cuando se trata de precisar la lesión de los intereses del menor, los tribunales habrán de considerar asimismo la repercusión de la cuenta empleada por los progenitores para la difusión de imágenes y otros datos relativos a los menores. No es lo mismo compartir información personal de los hijos en una cuenta de 130 seguidores, que hacerlo en una con 1.500.

Considero que la SAP Lugo 57/2017, 15 febrero, deja entrever en cierto modo el criterio al que ahora me refiero. Esta resolución resuelve el pedimento de una madre de retirar una serie de publicaciones -fotografías y comentarios- en Facebook sobre sus hijos. Estas publicaciones habían sido efectuadas por la abuela de los niños, quien tenía atribuida en aquel momento su guarda y custodia, mas había realizado las publicaciones sin el consentimiento expreso de la madre de los menores. El tribunal no apreció una vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen de los menores, considerando decisivo el hecho de que el perfil en las redes sociales de la abuela no fuese público, sino que estaba restringido a un círculo íntimo compuesto por familiares y amigos. Sin embargo, matiza la Audiencia Provincial de Lugo que “la conclusión podría haber sido diferente si se tuviera constancia de que tales datos estuvieran al alcance de cualquier usuario”.

También la LO 1/1982 otorga de forma indirecta relevancia al criterio expuesto, y ello cuando considera que el daño moral indemnizable a resultas de una intromisión ilegítima en los derechos regulados por la norma se valorará atendiendo “a la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido” [artículo 9.3].

8.1.4. Ámbito.

A los efectos de calibrar el perjuicio causado al menor, es determinante prestar atención a la parcela que los padres revelen de la vida de este niño. La exposición digital puede abarcar desde aquellos supuestos en los que la información compartida es inocua, como gustos o rutinas de los hijos, o eventos relevantes en la vida de los mismos; hasta otros casos en los que la exposición afecta a la esfera más íntima, como sucede cuando se comparten calificaciones, enfermedades o malos hábitos de los menores.

Así, no es lo mismo compartir imágenes de un menor que está haciendo sus deberes que de aquel que se está aseando para ir al colegio, o que está siendo castigado por sus padres. La diferencia en uno y otro caso es que en el segundo cabría apreciar invasión en la esfera íntima del menor, lesionando incluso su honra y reputación, mas en el primero la inocuidad de la imagen abocaría al enjuiciador a tener en cuenta otros factores, como es el criterio cuantitativo al que me he referido anteriormente. Quizás una sola imagen, por sí misma inofensiva, no perjudica el interés del menor, pero si lo que los padres hacen es exponer de forma sistemática la vida de sus hijos, por muy inocentes que sean, se podría estar perjudicando igualmente interés.

El Tribunal Supremo, en la sentencia 777/2021, 11 noviembre, a propósito de una fotografía tomada con ocasión de la celebración del cumpleaños de un menor de edad que soplabla las velas de su tarta acompañado de sus padres, se pronunció como sigue: "... el hecho de que la foto refleje un acto propio de la vida privada no comporta ninguna lesión ilegítima de la intimidad del niño (...) porque la fotografía reflejaba amablemente un acto familiar, de manera absolutamente inocua, por lo que la publicación ningún perjuicio causaba al interés del niño". Pronunciamiento que, a lo que creo, no es contrario a lo que aquí se propone: una sola fotografía inofensiva no lesiona el interés del niño, pero una publicación reiterada de fotografías sí puede llegar a hacerlo si el niño en cuestión ve reducida su esfera personal hasta tal punto que quedan pocas parcelas al margen del conocimiento de los usuarios de las redes sociales.

8.2. Legitimación activa para exigir la responsabilidad civil.

¿Quién puede reclamar la responsabilidad civil en los casos de sharenting? En primer lugar, si se diese el caso de que la intromisión ha sido llevada a cabo por uno solo de los progenitores, el otro que no haya participado en la vulneración de los derechos gozará de legitimación activa para reclamar en representación del menor⁵⁹⁸.

Además de lo anterior, a disposición del artículo 4.4 Ley Orgánica 1/1996, el Ministerio Fiscal puede "actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública" con el fin de tutelar los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor. Entonces, cualquier usuario que considerase que se ha producido una vulneración de los derechos del menor digitalmente expuesto por sus progenitores podrá denunciarlo ante el Ministerio Fiscal⁵⁹⁹.

En tercer lugar, también gozará de legitimación activa para reclamar el propio afectado, cuando alcance la mayoría de edad. Como comenté anteriormente, aún es pronto para que encontremos este tipo de casos en nuestra jurisprudencia, pero seguramente no tardarán en llegar conforme estos menores expuestos vayan alcanzando la mayoría de edad.

8.3. Vías legales para solicitar la reparación del daño.

⁵⁹⁸ Planas, *Sharenting* cit. 59.

⁵⁹⁹ Vid. Ammerman, *El régimen* cit. 261 y García, *La protección* cit. 488 y 491.

Si se produce una vulneración de alguno de los derechos contemplados en la Ley Orgánica 1/1982, cabe recurrir al procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad a que alude el artículo 9 de dicha disposición. Este procedimiento contempla varias medidas, entre las que se incluye la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, además del cese de la intromisión y la prevención de intromisiones futuras.

El daño resarcible es generalmente de carácter moral, mas hay quien entiende que la reparación incluiría asimismo la posibilidad de recuperar el lucro que los progenitores hubiesen obtenido a través del sharenting, como sucedería en los canales familiares protagonizados por sus hijos menores de edad⁶⁰⁰.

9. Conclusiones

A la vista de lo expuesto en las líneas anteriores, quisiera poner fin a este trabajo planteando una serie de incógnitas a modo de conclusión.

a) **¿Para hablar de un daño por sharenting es preciso acreditar la existencia de una exposición reiterada de imágenes del menor?**

No necesariamente, pues una sola imagen del menor puede llegar a vulnerar sus derechos si este sufre un menoscabo en su interés como consecuencia de que dicha imagen refleja una parcela de su vida que debería corresponder íntegramente a su esfera privada, o si afecta a su honra y reputación; por ejemplo, cuando la imagen supone una exposición a una situación vejatoria o humillante.

b) **¿Existe un daño indemnizable aunque las imágenes que se compartan de los menores sean aparentemente inocuas?**

Sí, aunque en este caso la determinación del daño indemnizable debería realizarse desde la perspectiva conjunta de dos criterios: el del ámbito y el de la cantidad. Sabiendo que la información que los progenitores comparten del menor es inofensiva, hay que valorar si esa difusión se produce de forma sistemática. En tal caso, la revelación repetida de momentos inocuos de la vida del menor podría consistir en una vulneración de sus derechos.

c) **¿Existe un daño aunque las imágenes hayan sido compartidas a través de un canal de mensajería privado?, ¿y si el perfil en la red social está cerrado?**

En la medida en que las plataformas de mensajería privadas tienen como finalidad prestar servicios de comunicación personal entre los usuarios, es complejo que la revelación de la imagen del menor a través de las mismas pueda suponer una vulneración de su intimidad. Sucede algo similar cuando el perfil del progenitor está cerrado, pero en estos casos hay que examinar si realmente la comunidad virtual que puede acceder a la imagen del menor está genuinamente limitada o si, por el contrario, no hay grandes restricciones en la aceptación de los usuarios que pueden formar parte de ella.

d) **¿Existe un daño indemnizable aunque las imágenes compartidas en las redes sociales no permitan el reconocimiento facial del menor?**

No, porque si los usuarios de las redes sociales no pueden identificar al menor, difícilmente cabe concluir que este ha sufrido un perjuicio. Cosa distinta es que la exposición de los hijos sin la revelación de su apariencia exacta -bien porque se les tapa el rostro de algún modo, bien porque salen siempre de espaldas- no esté totalmente exenta de riesgos, como podría ser la utilización de esas imágenes con fines sexuales.

e) **¿Los progenitores precisan del consentimiento del menor para compartir imágenes de él?**

Si el menor goza de las condiciones de madurez suficientes para ello, podrá negar el consentimiento para la divulgación de la información que sobre él comparten sus padres en las redes sociales. Cuando esa información consiste en imágenes y videos y la creación de contenido digital es realizada por

⁶⁰⁰ Ammerman, *El régimen* cit. 262 y Planas, *Sharenting* cit. 59-60.

profesionales –“influencers”-, la Ley Orgánica 3/2018 establece ya una edad específica para el otorgamiento del consentimiento por parte del menor: catorce años.

f) ¿Los usos sociales en relación con las redes sociales han reducido la esfera de privacidad hasta el punto de que no cabe hablar de intromisión?

No, aunque las redes sociales sean un medio muy común de expresión de información, ello no puede suponer en ningún caso que los padres tengan libertad absoluta para configurar el concepto de intimidad de sus hijos. Los usos sociales sirven para amparar el sharenting doméstico, a través del que se comparten momentos puntuales de la vida del menor con un círculo cerrado de familia y allegados. En los restantes casos, el sharenting es susceptible de constituir una intromisión ilegítima si perjudica el interés del menor.

LOS DESAFÍOS JURÍDICOS QUE PLANTEA EL OLVIDO DIGITAL DE INFORMACIÓN PERSONAL DE MENORES EN REDES SOCIALES: A PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS PROGENITORES POR CONTRIBUIR A DIFICULTAR LA SUPRESIÓN DE DATOS PERSONALES DEL MENOR EN REDES SOCIALES

Estela Brion Berdote*

SUMARIO: 1. Introducción. 2. La revelación masiva de datos personales de menores en redes sociales por sus progenitores. 3. El impacto de la revelación masiva de datos sobre el art. 18 CE y en especial, sobre la información personal del menor (art. 18.4 CE). 4. El difícil olvido digital de información personal compartida en redes sociales. 4.1. La técnica del desindexado de datos personales en los resultados de motores de búsqueda no sirve en redes sociales. 4.2. Hábitos del usuario en redes sociales como impedimento para la eficaz supresión de datos personales. 4.3. El derecho de supresión en tiempos de big data e IA. 5. ¿Hacia una posible responsabilidad civil de los progenitores por contribuir a dificultar el olvido digital de datos personales del menor? 6. Conclusiones.

1. Introducción.

La era digital pone al servicio de las personas innumerables ventajas. Comportamientos que hace escasas décadas parecían imposibles, se han convertido en algo cotidiano en el presente siglo. Efectivamente, ya no parece descabellado programar la aspiradora del hogar a través de una aplicación, realizar una transferencia bancaria a tiempo real a través de la banca “online” o, en definitiva, realizar una llamada de imagen y sonido con personas que se encuentran en países remotos. A ello se debe añadir, que las personas tienden a comunicarse a través de Internet, trasladando su entorno relacional al ámbito digital. Tanto es así, que la proliferación de redes sociales ha auspiciado una comunicación desenfadada y desinhibida entre las personas.

En este afán por comunicarse, determinadas personas protagonizan una revelación masiva y constante de información personal en sus perfiles de redes sociales, entre los que destacan aquellos que en ese deseo de compartir su día a día, muestran escenas y contenido de sus hijos e hijas menores de edad. Podemos afirmar, que muchos menores tienen presencia en estos espacios desde antes incluso de nacer a causa de las publicaciones de sus progenitores. De esta suerte, los perfiles de sus progenitores, muestran al mundo y sin límites, la vida de sus hijos e hijas con gran detalle.

Sin embargo, lo que hace escasos años podía verse exclusivamente como una ventaja, comienza a vaticinar problemas. El desarrollo de la técnica ha permitido dar a conocer que la información que se comparte en la red, queda cautiva de este espacio con carácter perpetuo. En efecto, Internet ha dificultado que la información caiga en el olvido. En este devenir, el derecho de supresión o al olvido digital, se erige como una herramienta que se propone combatir la perennidad de la información en Internet, garantizando a sus titulares una facultad con la que exigir la supresión de información personal, también en la red. Ahora bien, nos preguntamos sobre la eficacia de este derecho cuando se trata de suprimir millones de datos compartidos por los progenitores a lo largo de la vida del menor.

* Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil de la Universidad de Deusto (España)

Más aún, ¿qué ocurrirá cuando estos jóvenes, llegados a la edad adulta, no puedan desprenderse de esa información compartida por sus progenitores?

2. La revelación masiva de datos personales de menores en redes sociales por sus progenitores.

En pleno siglo XXI, cabe afirmar que vivimos en un momento de revelación masiva de datos personales en el entorno en línea y en especial, en redes sociales. Efectivamente, gran parte de los comportamientos de las personas, pueden desenvolverse ahora en la red, lo que trae consigo innumerables ventajas. Uno de los sectores que, sin lugar a dudas, ha ganado presencia en línea, es aquel que conforman las plataformas sociales. En la actualidad, resulta innegable que el ámbito relacional de las personas ha sufrido un éxodo masivo al entorno digital.

Así las cosas, esta investigación desea poner en foco en aquellos comportamientos que envuelven el ámbito relacional de las personas, pues el modo de relacionarse de las mismas, también ha sufrido cambios a causa de la aparición de las redes sociales. Ahora, personas de todas las edades acceden a estos servicios con un fin común: relacionarse. Para ello, e incitadas por estos espacios, desvelan datos personales propios y de terceras personas con carácter constante. Ciertamente, los perfiles de los usuarios de estos espacios digitales tienden a desvelar detalladamente aspectos de la vida de estas personas.

En este contexto, los menores de edad protagonizan muchas de las publicaciones que se comparten en plataformas sociales, bien se a modo de fotografía, vídeo, historia o Reel de Instagram o TikTok. En ese sentido, abundan fotografías de menores en el hospital publicadas por sus progenitores anunciando el reciente nacimiento. A las pocas horas o días, es posible que nos aventuremos a colocar al bebé una pulsera tobillera que mide sus constantes vitales, tales como la respiración, la frecuencia cardíaca, etc. Por supuesto, en este afán por publicar y compartir información, determinados progenitores no pueden resistirse a publicar fragmentos en redes sociales en los que muestran cómo a sus hijos e hijas les ha salido el primer diente, su primera palabra, la primera comunión, etc.

Antes bien, muchas publicaciones comienzan a adoptar otro matiz, pues ya no se dirigen exclusivamente a compartir determinados momentos señalados de la vida del menor, sino que tienden a revelar de manera constante la rutina de los menores de edad. En esa rutina, por supuesto, algunas de las informaciones compartidas son más sensibles e incluso empiezan a aparecer casos extremos como, por ejemplo: la retransmisión en directo a través de la plataforma YouTube del alumbramiento de su bebé⁶⁰¹, la aplicación de la loción anti-piojos a los menores, vídeos en pleno momento de rabieta o lloros y un largo etcétera.

En definitiva, la huella digital de determinados menores comienza a ser masiva, incluso antes de que se conviertan en usuarios en primera persona de las redes sociales. Si bien estos comportamientos tienden a generalizarse entre la generación “Millennial”⁶⁰², que comienzan a egresarse en la paternidad y maternidad, determinado colectivo, como constituye el de los y las “Influencer” o persona influyente en español⁶⁰³, es el que más preocupa, pues el contenido que publican arriba a un número

⁶⁰¹ Sobre este particular, véase el vídeo de la plataforma YouTube rubricado “El parto de Deva en casa” disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=YTDYvxJNSRw> (último acceso el 2 de julio de 2024).

⁶⁰² La generación Millennial se identifica con aquellas personas que ya pasan los 30 años de edad. A, Platero Alcón, *Repercusiones jurídico-civiles de la actividad de los “influencers” digitales*, Madrid 2023, 43.

⁶⁰³ En ese sentido, el Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, no define el concepto de “influencer”, a pesar de sí mencionarlo en su exposición de motivos. En adición, afirma el legislador, que los diferentes Estados Miembro de la Unión Europea (UE) se han decantado por estimar a estas personas como un tipo de prestadores de servicios de comunicación audiovisual. En busca de mayor concreción en torno a su definición, nos decantamos por la proporcionada por la Real Academia Española cuando sienta que el término “Influencer” se refiere a aquella persona

mayor de usuarios con carácter general⁶⁰⁴. En esta dicotomía, y en especial para estos casos de revelación constante de información personal de los menores de edad, cabe recapacitar sobre cómo ello puede contribuir de manera negativa a perpetuar el rastro permanente que la información personal deja en la red, contribuyendo ello a dificultar el olvido digital de datos personales de estos jóvenes desde edades verdaderamente tempranas y por aquellos que deberían proteger la misma: sus progenitores. Por ello, esta investigación trata de plantear una posible responsabilidad civil de estos progenitores cuando comparten indiscriminadamente contenido en redes sociales, pues ello coadyuva a dificultar e incluso imposibilitar el olvido digital dicha información del menor.

3. El impacto de la revelación masiva de datos sobre el art. 18 CE y en especial, sobre la información personal del menor (art. 18.4 CE).

A causa de este afán por compartir información personal, cabe preguntarse sobre el impacto que esta revelación constante e indiscriminada de datos genera en aquellos derechos relacionados con la privacidad, esto es, el derecho al honor, a la intimidad personal, familiar y propia imagen consagrado en art. 18.1 Constitución Española (en adelante, CE), así como el derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE).

No caben dudas, de que determinado contenido digital que se comparte a día de hoy, puede colisionar con señalados derechos fundamentales regulados en el apartado primero del art. 18, piénsese en esos vídeos que muestran al público el alumbramiento directo del bebé. Sin embargo, independientemente de que un vídeo pueda vulnerar el derecho a la intimidad cuando muestra esferas reservadas e íntimas de un menor, nos gustaría centrar este artículo en el derecho a la protección de datos personales regulado en el apartado cuarto de idéntico precepto de la CE. Pues a pesar de que una información o dato pueda revestir carácter sensible y vulnerar el derecho a la intimidad, también es igualmente preocupante la revelación masiva de cualquier dato personal, íntimo o no⁶⁰⁵. En especial, porque esta huella masiva está contribuyendo a que la privacidad de estos menores quede desvelada de modo constante en un medio en línea, donde la supresión u olvido de dicha información reviste mayor complejidad como quedará de manifiesto más adelante. Ciertamente, hallamos perfiles en los que su temática principal radica en exponer el día a día diario del menor, como es el caso de las “Instamamis” y los “Instapapis”.

Así las cosas, antes de avanzar, debemos preguntarnos quién debe velar por la protección de la información personal del menor en este contexto, ya que es indiscutible que el menor se considera titular del derecho fundamental a la protección de datos personales regulado en el art. 18.4 CE⁶⁰⁶; antes bien, el ejercicio autónomo de derechos fundamentales por el menor de edad ha seguido una evolución en el ordenamiento jurídico español que difiere al ejercicio de derechos en el ámbito civil. En efecto, mientras que los progenitores ejercitarán los derechos patrimoniales titularidad del menor

con capacidad de influir sobre otras, principalmente a través de redes sociales. Además, señala que el anglicismo “Influencer”, puede traducirse al español como “persona influyente”. Véase en la página de la RAE: <https://www.rae.es/observatorio-de-palabras/influencer> (último acceso el 2 de julio de 2024).

⁶⁰⁴ Sirva como ejemplo, que algunas “influencer” madres de menores suman 2,3 millones de seguidores. Véase en su perfil público disponible en: <https://www.instagram.com/mariapombo/?hl=es> (último acceso el 2 de julio de 2024).

⁶⁰⁵ Véase así, que un vídeo de un menor de edad dibujando o desayunando, puede no vulnerar el derecho a la intimidad, pero las imágenes, son un dato personal al amparo del art. 4 RGPD.

⁶⁰⁶ Si bien a principios del siglo pasado esta afirmación no gozaba de tal rotundidad, tras la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 por la ONU, se reconoce al menor como titular de derechos y se le dota, además, de una capacidad progresiva para ejercerlos. Dicho cambio de paradigma, se acoge por la Constitución Española de 1978 en el precepto 39.4 CE cuando reconoce la titularidad de derechos por parte del menor de edad y más adelante en la Ley 1/1996, de 15 de enero, sobre Protección Jurídica del Menor (LOPJM), la cual afirma que los menores de edad ostentan la titularidad de los derechos fundamentales sobre su persona, además de poseer una capacidad evolutiva para ejercerlos.

como sus representantes legales al amparo del art. 154 del Código Civil (en adelante, CC), esta solución no puede ampliarse al ejercicio de derechos fundamentales cuya titularidad recaiga sobre menores de edad.

Esta distinción se debe a que, el art. 162 CC dispone que “Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: 1.º Los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. Así, el ejercicio del derecho a protección de datos personales, como derecho fundamental y derecho de la personalidad del que el menor es titular, ha de acometerse de modo autónomo por el menor siempre que su madurez lo indique, dado que los progenitores no actúan a modo de representantes legales en este contexto. Antes bien, en caso de que el menor no demuestre madurez suficiente, los progenitores deberán ejercitar el mismo, pero como asistentes del menor, no a título de representantes legales. Ello se desprende igualmente del art. 162 CC cuando afirma que “No obstante, los responsables parentales intervendrán en estos casos en virtud de sus deberes de cuidado y asistencia”. En definitiva, los progenitores no pueden ejercitar los derechos fundamentales titularidad del menor sustituyendo su voluntad como representantes, sino que actuarán como asistentes. Consecuentemente, puede afirmarse que la representación legal se excluye en el ejercicio de derechos fundamentales del menor en nuestro ordenamiento jurídico tal y como señala Lacruz Berdejo⁶⁰⁷.

Trayéndolo a la cuestión que nos ocupa, los menores habrán de ejercitar autónomamente el derecho a la protección de datos personales, lo que se identifica con actos como consentir el tratamiento de datos personales, ejercitar los derechos de Acceso, Rectificación, Oposición, Portabilidad, Olvido y Limitación (en adelante ARCO-POL), etc., siempre que superen los 14 años de edad establecidos por la normativa sobre protección de datos personales⁶⁰⁸, concretamente los arts. 8 del Reglamento 2016/679 de protección de datos personales (en adelante, RGPD) y el art. 7 de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante, LOPDGDD)⁶⁰⁹. Sin embargo, en caso de no alcanzar la edad legalmente establecida, ¿qué ocurre?

Sus representantes legales, normalmente sus progenitores, deben ejercitar dicho derecho fundamental a modo de asistentes del menor, del mismo modo en que lo hubieran ejercitado sus descendientes y por supuesto, en interés superior del menor⁶¹⁰. Sobre este último concepto, debemos detenernos

⁶⁰⁷ J. L. Lacruz Berdejo, *Elementos de Derecho civil I. Parte general*, Madrid 2010, 119-121.

⁶⁰⁸ Sobre el establecimiento de un criterio cronológico frente al criterio de madurez seguido por el CC, la doctrina se encuentra dividida. Algunos autores como Herrán Ortiz, sostienen que este criterio no coherente con las restantes normas del ordenamiento jurídico en relación al ejercicio de derechos por parte del menor, al seguir estas un criterio de madurez. Véase A. I., Herrán Ortiz, *Las redes sociales digitales: ¿hacia una nueva configuración de los derechos fundamentales en Internet?* en *Revista R.V.A.P.* 87-88 (2010) 553. En cambio, otros como Gil Membrado, con la que nos mostramos conformes disponen que, especialmente en el caso de ejercicio de derechos fundamentales en línea, el criterio cronológico responde en mayor medida a las necesidades que se plantean. Ello se debe a que, es cierto que la falta de contacto analógico con el menor nos conduce a no poder comprobar con garantías su madurez en orden a determinar un ejercicio autónomo de los derechos de su titularidad. Así, C. Gil Membrado, *Límites a la autonomía de la voluntad en la disposición de la imagen del menor a través de las Redes Sociales* en *La Ley de Derecho de Familia* 13 (2017) 7.

⁶⁰⁹ La edad de 14 años se establece por el legislador español en el art. 7 de la LOPDGDD, al amparo de la horquilla que permite el RGPD en el art. 8 a los diferentes Estados miembro. Así, Italia se decanta por establecer también la edad de 14 años, tal y como dispone el art. 2 quinquies del Decreto Legislativo 10 de agosto 2018, n. 101 - Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 27 aprile 2016, relativo alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati e che abroga la direttiva 95/46/CE (regolamento generale sulla protezione dei dati).

⁶¹⁰ Efectivamente, el ejercicio de derechos fundamentales de menores de edad, especialmente relevantes debido a su vinculación con la dignidad de las personas, debe llevarse en todo caso en interés superior del menor, tal y como manifiesta acertadamente B. Alaez Corral, *Temas clave de la Constitución Española. Minoría de edad y Derechos Fundamentales*, Madrid 2003, 113.

especialmente, pues de su interpretación depende un acontecimiento de suma importancia como la procedencia de la emisión de un consentimiento al tratamiento de información personal por parte de los progenitores.

Así, el concepto de interés superior del menor se regula por primera vez en el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño aprobada por la ONU en el año 1989 y se acoge en nuestro ordenamiento jurídico nacional de la mano del art. 2.1 de la Ley 1/1996, de Protección Jurídica del Menor (en adelante LOPJM). No obstante, su positivización en la norma no ocurre en dicho año, pues debido a su carácter de concepto jurídico indeterminado, este se ha perfilado durante décadas por el Tribunal Supremo (en adelante TS) a través de diversos pronunciamientos⁶¹¹, hasta llegar a la norma en el año 2015 tras la reforma de la LOPJM. A mayor abundamiento, en la actualidad el precepto 2.2 de la LOPJM acoge positivizados en una norma una suerte de principios construidos por la jurisprudencia que han de servir de guía en la determinación del interés superior del menor.

Principalmente, este concepto impone priorizar en todo caso el interés superior del menor frente a cualesquiera otros intereses que puedan entrar en conflicto con este. Para ello, devendrá necesario valorar este interés superior atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto. En definitiva, cuando se trata de decisiones que han de tomar los progenitores en relación con los derechos fundamentales del menor, habrán de anteponerse los intereses del menor de edad a otros intereses que puedan condicionar la decisión de los progenitores⁶¹².

Trayéndolo a nuestro caso, el menor debería consentir el tratamiento de sus datos personales, incluso de aquellas publicaciones que comparten sus representantes legales cuando supere los 14 años de edad establecidos por la norma. En cambio, el problema se presenta cuando no alcanzan señalada edad y deben sus representantes decidir sobre la prestación del consentimiento al tratamiento ya que, a modo de reflexión, ¿consentir el tratamiento de datos de hijos e hijas con el fin de compartir datos personales de modo indiscriminado y constante, responde al interés superior del menor?

A nuestro juicio, la pregunta ha de responderse en sentido negativo, pues los progenitores contribuyen desde edades verdaderamente tempranas a que la huella digital de estos menores sea desmesurada “online”, lo que dificulta, cada vez más, el olvido digital de información personal de sus descendientes. Por tanto, este artículo se centra en mayor medida en esta fase final en la que se desea una eventual supresión de la información personal en orden a mitigar el impacto de la huella digital generada por los progenitores, más que en lo lesivo de la revelación de determinados datos personales del menor por sus progenitores. Ello se debe a que, estimamos que este comportamiento, vaticina un problema futuro que comienza a cobrar entidad: nos referimos a que este alud de información personal persiga a estos jóvenes con carácter perpetuo.

4. El difícil olvido digital de información personal compartida en redes sociales.

El miedo a que determinada información persiga con carácter perpetuo a las personas, se ha encontrado presente desde tiempos inmemorables en la sociedad. Sin embargo, el reto en la actualidad resulta mayúsculo, pues el universo de datos creado por nuestros hábitos en línea, ha llevado a la disponibilidad de infinidad de informaciones de manera ilimitada. Esta realidad ha conducido a que, paulatinamente, se articulen mecanismos en orden a combatir dicha perennidad de la información.

⁶¹¹ Destacan así pronunciamientos de ámbito nacional como la Sentencia del Tribunal Supremo, 28/09/2016, (STS 4281/2016) o Sentencia 277/2022, de 31 de marzo de 2022 (rec. 1153/2022) sobre la gestación subrogada. Pero también en el ámbito europeo como la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 14/01/2022, Asunto C-441/19 en la que el tribunal europeo ha aplicado este principio incluso en casos sobre menores migrantes no acompañados.

⁶¹² En ese sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Supremo, 12/02/2014, (STS 1129/2014) cuando el Alto Tribunal sienta que la protección de los derechos fundamentales de los niños debe realizarse de manera prioritaria al resto de derechos implicados.

Así, el derecho al olvido digital se erige como aquella facultad que pretende proporcionar a sus titulares la posibilidad de eliminar dicha huella disponible en la red.

Los antecedentes del derecho al olvido se remontan a la última década del siglo XIX, coincidiendo con el impacto que la prensa y otros medios de comunicación novedosos de la época comienzan a causar en la privacidad de las personas. Por sorprendente que pudiera parecer, debido al concepto de privacidad que en la actualidad poseen los países de “common law”⁶¹³, el concepto de privacidad nace en Estados Unidos de la mano del juez Thomas Cooley, el cual sienta que la privacidad podía definirse como “the right to be let alone”, esto es, como el derecho a ser dejado en paz. Poco después, el concepto se desarrolla por Warren y Brandeis, quienes en su conocido artículo rubricado “The Right to Privacy”, analizan el derecho de las personas a no sufrir intromisiones privadas por parte de los medios de comunicación de la época, principalmente la radio y la prensa⁶¹⁴.

Tras el transcurso de más de ciento treinta y dos años desde el primero de los artículos de Warren y Brandeis, la era digital en la que nos encontramos sumidos, genera un riesgo sin precedentes para la vida privada de las personas. En efecto, Internet vuelve a dotar de plena actualidad el debate sobre el derecho al olvido. Sin embargo, las preocupaciones actuales no se identifican con la puesta en conocimiento y difusión de noticias sobre hechos acontecidos en el pasado que vuelven a cobrar actualidad, sino en el mantenimiento de informaciones incorporadas hace años a la red, pero que a causa de las herramientas digitales, permanecen accesibles para los usuarios, inicialmente, con carácter perpetuo. Es más, ahora son las propias personas usuarias de Internet y redes sociales las que comparten informaciones que, a posteriori, se mantendrán visibles en la red. Véase que, en siglos pasados, los terceros protagonizaban las intromisiones en la vida privada de las personas, mientras que, en la actualidad, son las propias personas las que desvelan informaciones personales que quedarán cautivas en la red.

Este nuevo escenario, impulsa a la Unión Europea (en adelante, UE) a combatir la perenne disponibilidad de datos personales. Primeramente, mediante el derecho de cancelación regulado en el derogado art. 12. b) de la Directiva 95/46/CE, posteriormente, tras la integración del derecho de supresión u olvido digital en el art. 17 RGPD. Antes bien, la positivización de este derecho en el RGPD, se encontró lejos de tratarse de una cuestión pacífica. En pleno contexto digital, la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) comienza a recibir solicitudes de cancelación y oposición al tratamiento de datos personales en Internet por parte de los internautas. El punto de inflexión puede situarse en el año 2009, cuando la AEPD señala en su Memoria de dicho año que las solicitudes de la ciudadanía en relación al olvido digital aumentaron un 200%⁶¹⁵.

En tal sentido, la actividad de este organismo de control, además de poder calificarse como intensa en relación a la construcción del derecho al olvido digital, también adoptó un papel protagonista a

⁶¹³ En efecto, en estos Estados, la jurisprudencia ha terminado por asentar dos criterios que impiden en la actualidad la consagración de un derecho al olvido digital, a saber: una noticia de interés público, siempre revestirá dicho interés. Por otra parte, una persona que se convierte en personaje público, no podrá desprenderse de dicho carácter.

⁶¹⁴ El artículo de Warren y Brandeis, nace como reacción a la injerencia protagonizada por los medios de comunicación en la vida privada del primero. En ese sentido, el artículo buscaba recabar amparo legal, tanto de las intromisiones no deseadas de la prensa en cuestiones estrictamente privadas de las personas, así como de la publicación generalizada de aspectos íntimos de la vida de estas. En ese quehacer, los autores del artículo se mostraban verdaderamente preocupados ante los avances tecnológicos como la toma de fotografías o empleo de teléfono y radio, todas ellas herramientas que se empleaban con el fin de divulgar información de carácter privado. A este respecto, concluyen los autores que todo ciudadano se encuentra provisto del derecho a que la autoridad, prensa o terceros se mantengan al margen de la esfera que solamente pertenece al individuo. Samuel Warren y Louis Brandeis, *The Right to Privacy*, en *Harvard Law Review* 5 (1980) 193-220.

⁶¹⁵ Memoria de la AEPD del año 2009. Obtenido de: <https://www.aepd.es/es/documento/memoria-aepd-2009.pdf>, p. 11. (último acceso el 4 de julio de 2024).

raíz de la conocida reclamación de D. Mario Costeja frente a la empresa estadounidense Google⁶¹⁶, pues esta servirá de precedente en el reconocimiento de este derecho por parte del TJUE. Tras la resolución de la AEPD, de 30 de junio de 2010⁶¹⁷, en la que resuelve de modo favorable al olvido de determinadas informaciones referentes al Señor Costeja, la empresa Google recurre ante la Audiencia Nacional, organismo judicial que ante las dudas que el caso presenta, plantea la cuestión prejudicial al TJUE. Así las cosas, contra todo pronóstico, dado que las conclusiones generales del Abogado General Jääskinen no alumbraban un futuro esperanzador para el reconocimiento del derecho al olvido⁶¹⁸, el TJUE se decanta por reconocer el derecho al olvido digital, aunque aceptando a su vez, que este no se configura de modo absoluto⁶¹⁹.

A pesar de que las conclusiones del Abogado General Jääskinen, supusieran un paso atrás en el reconocimiento de este derecho, tal y como afirma acertadamente Simón Castellano⁶²⁰, que incluso motivó que el Proyecto de RGPD retirara la expresión derecho al olvido digital, finalmente el mismo cobra forma en el art. 17 RGPD y posteriormente en los arts. 15, 93 y 94 LOPDGDD en el ámbito nacional⁶²¹.

En otro orden de cosas, aunque la AEPD adquiere un papel protagonista en el reconocimiento del derecho al olvido digital, no puede estimarse como la única autoridad que ha participado en su reconocimiento y construcción. En efecto, el Garante per la Protezione dei Dati Personali Italiano (en adelante, Garante italiano), resolvía en el año 2004 una solicitud afirmando la existencia del derecho al olvido digital⁶²². Aunque ciertamente, la verdadera precursora en la consagración del derecho al olvido es la “Commission Nationale de l’Informatique et des Libertés” (en adelante, CNIL), que ya en su cuarto Informe de actividad referente a los años 1982 y 1983 reconocía el derecho al olvido⁶²³. Sin embargo, tras una década del reconocimiento jurisprudencial de este derecho, conviene ahora preguntarse sobre la posibilidad real y efectiva de eliminar datos compartidos en redes sociales. Indudablemente, la vertiginosidad con la que evolucionan las herramientas digitales, colocan al derecho al olvido digital en tela de juicio, pues los riesgos para la perpetuidad de la información se multiplican en un escenario liderado por técnicas de tratamiento encabezadas por sistemas de

⁶¹⁶ La reclamación presentada por el Sr. Costeja, responde a que este contacta en el año 2009 con la editorial La Vanguardia solicitando a esta la retirada de dos enlaces referentes a la subasta acontecida años atrás motivada por las deudas que el Sr. Costeja acumulaba frente a la Seguridad Social, al entender que se trataba de información carente de relevancia debido al tiempo transcurrido. La editorial rechaza la retirada al entender que la publicación la ordena el Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales con la finalidad de dotar de mayor difusión a la subasta. Ante esta negativa, el Sr. Costeja solicita la retirada de los enlaces a Google Spain, pero esta también rehúsa la retirada.

⁶¹⁷ Véase la resolución de la AEPD R/01680/2010 (TD/00650/2010). Obtenido de: <https://www.aepd.es/es/documento/td-00650-2010.pdf> (último acceso el 4 de julio de 2024).

⁶¹⁸ En efecto, el Abogado General se muestra abiertamente contrario al reconocimiento de este derecho, al entender que el deseo subjetivo del Sr. Costeja de eliminar datos personales sobre su persona, puede debilitar tanto el derecho de libertad de expresión del editor de la página web, como el derecho de libertad de información de los usuarios de dicho espacio. Apartados 131-132 de las Conclusiones del Abogado General Niilo Jääskinen, del 25 de julio de 2013. Obtenido de: <http://ep00.epimg.net/descargables/2013/06/25/56e4461f3e4296befe3a8f4a56465de4.pdf> (último acceso el 4 de julio de 2024).

⁶¹⁹ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 13/05/2014, Google Spain, S.L. y Google Inc. vs Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) y Mario Costeja González, Asunto C-131/12.

⁶²⁰ P. Simón Castellano, *El reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE. Efectos tras la sentencia del TJUE de mayo de 2014*, Barcelona 2015, 241.

⁶²¹ Para un análisis más detallado acerca de la evolución del derecho al olvido digital, véase M. T., Heredero Campo, *Evolución tecnológica y derecho al olvido digital, desde sus inicios a la actualidad*, en *En torno a la privacidad y la protección de datos en la sociedad de la información*, Granada 2015, 93.

⁶²² Decisión del Garante per la Protezione dei Dati Personali, de 10 de noviembre de 2004 sobre el recurso *Reti Telematiche e Internet- Motori di ricerca e provvedimenti di Autorità indipendenti: le misure necessarie a garantire il c.d. “diritto all’oblio.*, Obtenido de: <https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/1116068> . (último acceso el 4 de julio de 2024).

⁶²³ *Quatrième rapport d’activité de la CNIL*, París 1982-1983, 222.

Inteligencia Artificial (en adelante IA), entre otros. Tanto es así que en plena era de la Sociedad de la Información, los expertos ya afirman que, desde el punto de vista técnico, no cabe la posibilidad de eliminar eficazmente la información de Internet. Antes bien, creemos indispensable analizar aquellas razones que conducen a proferir tales afirmaciones, ya que solamente tras su análisis se podrá determinar si el derecho al olvido digital se configura de tal modo que garantice dicha salvaguarda de la información personal en redes sociales.

Concretamente, nos referimos a que, los menores que vean expuesta información personal compartida por sus progenitores en estos espacios, pronto advertirán la necesidad de ejercitar este derecho como vía “solutoria”. Ello se debe a que, en caso de una articulación con garantías de esta facultad, el alud de informaciones personales publicadas por sus progenitores, podría dejar de perseguirles con carácter perpetuo incluso alcanzada la edad adulta. Además, el art. 17 letra f) del RGPD prevé expresamente el ejercicio de este derecho por parte de menores en el contexto de servicios de la sociedad de la información. Sin embargo, reiteramos que, ¿se configura el derecho de supresión de tal modo que asegure una eficaz información personal en redes sociales?

4.1. La técnica del desindexado de datos personales en los resultados de motores de búsqueda no sirve en redes sociales.

El desarrollo del derecho al olvido digital, se ha orientado principalmente, a su ejercicio frente a motores de búsqueda en línea. Ciertamente, la doctrina, la jurisprudencia y los organismos públicos cuyo fin radica en interpretar la normativa sobre protección de datos personales, se han centrado en aclarar y completar el ejercicio del señalado derecho en el ámbito de los motores de búsqueda⁶²⁴. Incluso el TJUE se ha decantado por denominarlo como el “derecho a retirar enlaces” en alguno de sus pronunciamientos como el de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de septiembre de 2019⁶²⁵.

Sin embargo, nos sorprende dicha limitación del ejercicio del derecho al olvido frente a un tipo determinado de responsable del tratamiento. En efecto, el derecho de supresión puede solicitarse frente a diversos responsables del tratamiento dada la generalidad con la que se manifiesta el art. 17 RGPD y en especial, el art 94 LOPDGDD, que prevé el ejercicio del derecho al olvido frente a redes sociales⁶²⁶. En cambio, no encontramos criterios que delimitan las circunstancias a valorar para proceder a su ejercicio en ámbitos diferentes a los motores de búsqueda en línea, ni siquiera en la jurisprudencia más reciente⁶²⁷. Estas afirmaciones pueden hacerse extensivas a la jurisprudencia italiana, pues hasta la fecha, la Corte Suprema di Casazione, si bien se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre el derecho al olvido, ello no ha ocurrido en relación a su ejercicio frente a proveedores

⁶²⁴ Sirva como ejemplo, que el Comité Europeo de Protección de Datos (en adelante, CEPD), señala en sus Directrices 5/2019, sobre los criterios del derecho al olvido en los casos de motores de búsqueda en virtud del RGPD, de 7 de julio de 2020, que el presente documento se centra únicamente en el tratamiento de los proveedores de motores de búsqueda. En adición, determinados autores como GUICHOT, identifican el derecho al olvido como un equivalente al “derecho al desindexado”: E. Guichot., *El reconocimiento y desarrollo del derecho al olvido en el derecho europeo y español*, en *Revista de Administración Pública* 209 (2019) 88.

⁶²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 24/09/2019, Asunto C-136/17.

⁶²⁶ Conformes con esta afirmación se muestra M. Álvarez Caro., *El derecho de rectificación, cancelación, limitación del tratamiento, oposición y decisiones individuales automatizadas*, en *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo de privacidad*, Madrid 2016, 247.

⁶²⁷ En efecto, los pronunciamientos tanto del TJUE como del TS y TC en el ámbito nacional, se dirigen exclusivamente a delimitar el ejercicio de este derecho frente a motores de búsqueda en Internet, así como hemerotecas digitales. Véanse así, la Sentencia del Tribunal Supremo 210/2016, de 5/04/2016; la Sentencia del Tribunal Supremo 12/2019, de 11/01/2019; la Sentencia del Tribunal Constitucional 89/2022, de 29/07/2022; la Sentencia del Tribunal Constitucional 105/2022, de 13/09/2022 o en el ámbito europeo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8/12/2022, Asunto C-460/20.

sociales⁶²⁸. Se trata de un hecho sorprendente, pues el ejercicio de este derecho ha precisado múltiples aclaraciones jurisprudenciales desde su reconocimiento en el año 2014 sobre el modo de proceder desde el punto de vista técnico- a la supresión cuando se ejercita frente a motores de búsqueda. De hecho, el art. 93 LOPDGDD acoge el grueso de la jurisprudencia en señalado sentido con el fin de aclarar dichos aspectos prácticos.

En ese sentido, la jurisprudencia ha construido, tanto la técnica a emplear para garantizar el olvido a través del desindexado de la información personal del motor de búsqueda, como los límites a aplicar para su supresión. Con el fin de detallar en mayor medida cómo proceder al desindexado, cabe decir que el método ideado por la jurisprudencia en orden a cumplir con el olvido digital en motores de búsqueda, pasa porque el responsable del tratamiento (el buscador en este caso) desindexe informaciones sobre el interesado de los resultados que arroja su buscador tras la introducción del nombre y apellidos de este. De este modo, la información continuará disponible en la fuente original, pero los potentes buscadores no podrán arrojar los resultados a los primeros enlaces que aparecen disponibles tras la búsqueda a través de dichos criterios. De esta manera, se entiende, que la información posee más probabilidades de caer en el olvido, pues el buscador no otorgará una posición prioritaria y preferente a informaciones pasadas que pueden carecer de actualidad. Conformes con Herrán Ortiz, en estos casos la información no se oculta o suprime, sino que se limita o dificulta el acceso general a la misma⁶²⁹.

Antes bien, cuando se trata de ejercitar el derecho al olvido frente a proveedores de redes sociales, dicha técnica no sirve a modo de solución. Principalmente porque el deseo del interesado no reside en dificultar el acceso a determinadas informaciones en un buscador en línea, sino que desea la supresión de informaciones que aparecen en su perfil creado en la plataforma. Realmente, esta diferencia trae causa de las diferencias entre el funcionamiento de un servicio y otro. Por una parte, el motor de búsqueda busca archivos y los almacena en sus servidores a modo de intermediario de información previamente publicada en la red. Por otra parte, el servicio de redes sociales pone a disposición del usuario una plataforma que incita a la creación de contenidos a través de sus interacciones. En consecuencia, el ejercicio del derecho de supresión frente a un proveedor de una red social, difícilmente puede garantizarse a través de la técnica del desindexado de información⁶³⁰. Debe entonces, eliminarse la información cuya supresión se solicita⁶³¹.

Así las cosas, sorprende que esta facultad reconocida en la normativa sobre protección de datos personales quede constreñida a su ejercicio en motores de búsqueda y en hemerotecas digitales cuando el concepto de responsable del tratamiento empleado por el art. 17 RGPD permite interpretar que pueda ejercitarse frente a cualquier responsable del tratamiento. En el caso nacional, estas afirmaciones cobran mayor rotundidad, pues el Título X sobre derechos digitales prevé con carácter expreso un precepto -art. 94 LOPDGDD concretamente- que aboga por el ejercicio del derecho al olvido frente a proveedores de redes sociales, aunque sin concretar los aspectos prácticos de cómo proceder a suprimir efectivamente la información personal. Por tanto, lo que sobre la normativa

⁶²⁸ En ese sentido, la Corte Suprema di Casazione italiana se ha pronunciado sobre el derecho al olvido en sentencias como sentencia de la Corte Suprema di Cassazione, Sezione Terza Civile, 19681/2019 del 22/07/2019 y la Corte Suprema di Cassazione, Sezione Terza Civile, 3679/1998 del 09/04/1998. Sin embargo, estos pronunciamientos se refieren a cuestiones de periodismo tradicional que no tienen relación ni con los motores de búsqueda en línea, ni redes sociales.

⁶²⁹ A. I. Herrán Ortiz., *¿Nuevos tiempos, nuevos derechos?: A propósito del difícil olvido en Internet*, en *Retos del Derecho ante un mundo global*, Valencia 2020, 61.

⁶³⁰ Así lo entiende también Angulo Garzano cuando afirma que el derecho de supresión se ejercita de manera diferente en función de si la información se muestra accesible a través de motores de búsqueda o, por el contrario, la misma se expone en redes sociales o equivalentes. A. Angulo Garzano., *El derecho al olvido en los motores de búsqueda y en las redes sociales a la luz de la nueva normativa de protección de datos*, en *Actualidad Administrativa La Ley* 4 (2019) 5.

⁶³¹ M.J. Santos Morón, *Los contornos del derecho al olvido en España. La aplicación por los Tribunales españoles de la jurisprudencia europea*, en *Revista de Derecho civil IX* (abril- junio 2022) 99.

parece un gran avance, ha terminado por quedar desvirtuado ante la ausencia de criterios prácticos que arrojen claridad sobre el modo en el que proceder desde el punto de vista técnico a tal eliminación de la información en estos espacios.

4.2. Hábitos del usuario en redes sociales como impedimento para la eficaz supresión de datos personales.

La razón de ser, el funcionamiento de las redes sociales, genera importantes obstáculos en orden a garantizar la eficaz supresión de los datos compartidos en este espacio en línea. Ello se debe a que, el usuario, incitado por el diseño de la plataforma social, adopta un papel activo en estos espacios comentando y compartiendo informaciones propias, pero también de terceras personas. Piénsese así en los progenitores que comparten contenido de sus hijos e hijas en sus perfiles. Consciente de ello, tal y como se ha mencionado previamente, el legislador español se desliga de la propuesta del RGPD en torno a la regulación del derecho de supresión y acoge en la LOPDGDD un precepto dedicado al ejercicio del derecho de supresión frente a proveedores de redes sociales, concretamente el art. 94⁶³². Tras el análisis del señalado artículo, se observa que el legislador prevé determinadas particularidades cuando el derecho al olvido digital se ejercita frente a proveedores de redes sociales. En tal sentido, el apartado primero del art. 94 dispone que el interesado podrá solicitar la supresión de los datos que hubiera publicado en redes sociales y el responsable deberá proceder a su “simple solicitud”. Así, no habrán de concurrir ninguno de los presupuestos que regula el art. 17 RGPD letras a) a f). Consecuentemente, el juicio de ponderación construido por el grueso de la jurisprudencia y doctrina cuando la supresión se solicita frente a buscadores o hemerotecas digitales, no es necesario. Valoramos positivamente dicha facultad, pues facilita lograr una eliminación de la información personal en redes sociales donde la información fluye rápidamente y en elevados volúmenes.

Por otra parte, dado que en estos espacios resulta habitual compartir informaciones de terceras personas, tales como fotografías o vídeos de amistades, familiares, etc., se incluye un apartado segundo en el art. 94 LOPDGDD que sienta las bases para la supresión de la información proporcionada por terceros a la red social y que su titular desea suprimir. En cambio, la supresión no procederá a simple solicitud del interesado, sino que los datos deberán resultar inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información, y siempre que no concorra la excepción doméstica en el tratamiento del tercero. Así, el juicio de ponderación aplicable a buscadores en línea y hemerotecas digitales⁶³³, concurre en estos casos siempre que la publicación no quede amparada por la excepción doméstica.

Antes bien, sobre la concurrencia de la excepción al tratamiento de datos personales acometido por personas físicas, han de matizarse diversas cuestiones. En efecto, con carácter general, el tratamiento de datos personales practicado por personas físicas quedará exceptuado de cumplir la normativa sobre

⁶³² Sobre este particular, debemos recordar que el art. 17 del RGPD se decanta por la fórmula genérica que prevé el ejercicio del derecho de supresión frente a cualquier responsable del tratamiento, sin distinciones. En cambio, la LOPDGDD regula el derecho al olvido digital frente a motores de búsqueda en el art. 93 y el derecho al olvido digital frente a proveedores de redes sociales y servicios equivalente en el art. 94. Cabe señalar, además, que parte de la doctrina critica fuertemente dicha decisión, destacando entre ellas la de Garrote Fernández-Díez cuando afirma que llevar a cabo una regulación fragmentada del derecho al olvido digital se opone frontalmente al espíritu del RGPD que se identifica con agrupar todos los supuestos de ejercicio del derecho de supresión. I. Garrote Fernández-Díez, *La regulación del derecho al olvido en los arts. 17 y 21 del RGPD y en el art. 93 de la LOPDGDD*, en *Protección de datos personales*, Valencia 2020, 395.

⁶³³ Recuérdense sobre esta cuestión las sentencias del TS: Sentencia del Tribunal Supremo 545/2015, de 15 de octubre, Sentencia del Tribunal Supremo 12/2019, de 11 de enero de 2019 o Sentencia del Tribunal Constitucional 89/2022, de 29 de junio, citadas todas previamente.

protección de datos personales al amparo del art. 2.2. RGPD. Sin perjuicio de ello, la afirmación no ha de interpretarse con carácter absoluto, pues el papel activo que los usuarios de redes sociales desempeñan, debe conducir a necesarias interpretaciones a nuestro juicio.

Resultan de vital interés, las afirmaciones del Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea, en las que el Grupo de Trabajo del Artículo 29 alumbra una suerte de situaciones en las que los usuarios de redes sociales no pueden quedar amparados por la misma⁶³⁴. En primer lugar, cuando la cuenta de la persona física se considere profesional o empresa. En segundo lugar, aquellos casos en los que el usuario posea un elevado número de seguidores. Por último, cuando el perfil se configure de modo público, esto es, sin restricciones de acceso a la totalidad de la red. Por tanto, se precisan aclaraciones jurisprudenciales o legislativas en orden a no limitar el alcance del ejercicio del derecho de supresión en señalado contexto. En caso contrario, un gran número de tratamientos quedarán exceptuados de plegarse a la normativa sobre protección de datos personales y por ende, de garantizar una eficaz supresión de información de terceras personas.

Esta necesidad se evidencia en mayor medida en aquellos casos de progenitores con un gran número de seguidores y sus perfiles configurados sin restricciones de acceso, que comparten a diario contenido referente a sus descendientes. Realmente, salvo aclaraciones sobre la interpretación del alcance de la excepción doméstica, el tenor literal del art. 94.2 LOPDGDD, permite a estos progenitores ampararse en dicha excepción, a pesar de que los destinatarios que poseen acceso a dichos datos personales de menores, superen considerablemente aquellos que podrían consultarlo de modo analógico en aras de aplicar la excepción; y por supuesto, aunque la información haya devenido obsoleta por el transcurso del tiempo (alcanzada la mayoría de edad del menor).

Por último, el apartado tercero del art. 94 LOPDGDD, refuerza el olvido digital cuando el titular de los datos no alcanza la mayoría de edad al momento de compartirlos con el proveedor de la red social. En estos casos, el proveedor de la red social debe acceder a la supresión a simple solicitud del titular de la información personal. En cambio, ¿qué ocurre en aquellos casos en los que la información se compartió por los progenitores?

En otro orden de cosas, a pesar de las buenas intenciones del legislador al incluir este precepto (siguiendo un camino diferente al RGPD), concurren diversos obstáculos que dificultan en la práctica la eficacia del precepto en cuestión. Esto es, determinados aspectos referentes al diseño de estas plataformas, contribuyen a dificultar el olvido digital.

En primer lugar, el lapso de tiempo en el que los datos han permanecido disponibles en la red permite que la información pueda descargarse y almacenarse por terceros usuarios de la plataforma en sus dispositivos personales. En efecto, los “Smartphone”, tabletas, ordenadores, etc., permiten la generación de capturas de pantalla y vídeo que propician que las imágenes, comentarios, vídeos... de un usuario se puedan almacenar en dispositivos de uso personal de terceros. Por tanto, garantizar un olvido de esta información se antoja imposible, pues no se puede conocer cuántos usuarios han procedido a su descarga e incluso posible posterior redifusión, lo que desemboca en una pérdida de control de la información personal. En consecuencia, esta funcionalidad disponible imposibilita que los usuarios ejerzan un control efectivo sobre sus datos personales, contraviniendo el contenido esencial del derecho a la protección de datos personales, dado que de nada sirve solicitar la supresión ante el proveedor de la red social, si posteriormente los usuarios pueden volver a compartir la información objeto de supresión. Nos preguntamos así, si convendría eliminar esta función de los dispositivos o que los proveedores de redes sociales impidieran su práctica, especialmente cuando el contenido publicado atañe a menores de edad⁶³⁵.

⁶³⁴ Dictamen 5/2009, del Grupo de Trabajo del Artículo 29 sobre las redes sociales en línea, de 12 de junio de 2009, WP 163.

⁶³⁵ Desde el punto de vista técnico, resulta posible, pues plataformas de entretenimiento como Netflix o Disney + impiden la práctica de estas capturas de pantalla en orden a mitigar el riesgo de incumplir la Ley de Propiedad Intelectual. Real

En segundo lugar, la supresión de la información personal que se solicita, no alcanza a suprimir idénticos datos personales que se hayan compartido en perfiles de terceros usuarios. Desde luego, esta realidad dificulta en gran medida una supresión eficaz de la información, pues la misma continúa disponible en múltiples perfiles, aunque ya no en el propio. La supresión debería alcanzar a toda la información idéntica. Creemos interesante la propuesta del Abogado General de la UE Maciej Szpunar, cuando defiende la posibilidad de obligar a los proveedores de redes sociales a eliminar los contenidos idénticos emitidos por otros usuarios en sus Conclusiones de 4 de junio de 2019, Asunto C-18/18⁶³⁶. Conformes con el Abogado General, la tecnología fácilmente puede detectar los contenidos idénticos y proceder a su supresión.

Con todo, el comportamiento que adoptan los usuarios de redes sociales, alentados por el diseño de estos espacios, contribuye a dificultar e incluso imposibilitar un eficaz olvido de la información personal en redes sociales. Como cabe esperar, desde el punto de vista técnico, comienza a resultar complejo garantizar un olvido digital de los múltiples datos personales de menores que sacuden el espacio digital.

4.3. El derecho de supresión en tiempos de “big data” e IA.

Los proveedores de redes sociales, han diseñado sofisticadas técnicas de tratamiento de datos personales que utilizan componentes de IA con fines de publicidad y mercadotecnia directa. Efectivamente, estos responsables del tratamiento, han diseñado potentes algoritmos predictivos, cuyo fin se identifica con la obtención de patrones de comportamiento y perfiles verdaderamente detallados de las personas⁶³⁷. El objetivo final es simple, por una parte, emplear estas inferencias en orden a dirigir al usuario anuncios, publicidad y mercadotecnia directa; por otra parte, retener al usuario en la plataforma mostrándole contenido que se ajusta en mayor medida a sus gustos y preferencias averiguadas por el algoritmo. Cabe afirmar, que estos algoritmos, se proponen inferir el futuro probable a raíz de la información recabada. Ciertamente, estos sistemas buscan anticiparse a las decisiones de las personas en orden a influenciar sus decisiones.

Por supuesto que, el desarrollo e implementación de esta tecnología no hubiera devenido posible sin una disponibilidad ingente de información personal. Así las cosas, estos algoritmos se nutren y entrenan de diversas categorías de datos personales. En primer lugar, recaban lo que se denomina como datos activos, esto es, aquellas informaciones que las personas compartimos en el espacio digital, tales como, fotografías, vídeos, comentarios, etc. En segundo lugar, la información que puede recabarse para su análisis no se refiere únicamente a aquellos datos que voluntariamente se comparten en el universo en línea, sino también todos aquellos que, de manera involuntaria, se generan con el habitual empleo de estas herramientas digitales. Nos referimos pues, a lo que Llanea González califica de datos pasivos, es decir, toda aquella información que se intercambia en segundo plano por el dispositivo y las aplicaciones sin ninguna notificación obvia al usuario⁶³⁸. En esta categoría de información, se incluyen datos tales como, conexiones, señales que emite el teléfono móvil, ubicación, etc.

Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, BOE, 22 de abril de 1996, núm. 97.

⁶³⁶ Conclusiones del Abogado General de la UE, Maciej Szpunar, de 6 de junio de 2019, Asunto C-18/18. Obtenido de: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=214686&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=2122873> (último acceso 8 de julio de 2024).

⁶³⁷ M. E. Armada Villaverde, I. J. López Bustabad, *El Reglamento General de Protección de Datos ante el fenómeno del “Big Data”*, en *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* 51 (2019) 18.

⁶³⁸ P. Llanea González, *Todos los datos personales que das sin darte cuenta y todo lo que las empresas hacen con ellos*, Barcelona 2019, 75.

A través de la recopilación masiva de estas categorías de datos, los proveedores han dado con la tecnología capaz de dar sentido a este desmesurado volumen de información personal mediante el tratamiento a través de los señalados algoritmos. Así, una vez tratada la información personal señalada en el párrafo anterior, el algoritmo infiere nuevos datos a raíz de los datos primitivos recabados, lo que conduce a la creación de una nueva categoría de información: la inferida. En definitiva, en el contexto del funcionamiento de los algoritmos, debemos destacar que este se nutrirá de información de entrada (datos activos y pasivos), con el fin de conceder información de salida (datos inferidos). Sin ánimo de detenernos en exceso, pues no constituye objeto de análisis en esta investigación el funcionamiento de los algoritmos, sí cabe detenernos a valorar, que el empleo de técnicas de tratamiento encabezadas por sistemas de IA, posee un impacto sobre el alcance de un eficaz olvido de la información personal. Sin duda, lo que la industria aclama como un gran avance, ha de valorarse con cautela a nuestro juicio, pues quizás no se hayan valorado en suficiente medida las consecuencias que la aplicación de esta técnica conlleva sobre el control de la información personal que el interesado debe conservar en todo momento. En efecto, la IA puede potenciar la perpetuidad de la información en el espacio en línea, como veremos.

Procedemos en las próximas líneas, a valorar las consecuencias que esta técnica de tratamiento de datos acarrea sobre el logro exitoso de un olvido digital de la información personal.

En este orden de cosas, cuando el interesado solicita la supresión de informaciones concretas sobre su persona, está pretendiendo la eliminación de datos que, en el contexto de los algoritmos, se constituirán como datos de entrada. Ciertamente, cuando se aboga por la supresión de datos personales, como por ejemplo, una imagen compartida en redes sociales, la misma se tratará a través de estos algoritmos al fin de engrosar el perfil sobre dicho usuario. Así las cosas, nos cuestionamos si, la supresión de dicha imagen conlleva la eliminación de la misma de los servidores de la red social, pues en caso contrario, los algoritmos pueden continuar empleándola en orden a confeccionar perfiles e inferencias. Desde el punto de vista jurídico, el comportamiento señalado reviste gravedad, dado que, especialmente en los casos en los que la supresión se solicita por tratarse de datos inexactos u incluso obsoletos, las inferencias que se acometan por el algoritmo pueden ser defectuosas o inadecuadas, tal y como afirma el Grupo de Trabajo del Artículo 29⁶³⁹. Consecuentemente, los datos no gozarían de exactitud en todo el ciclo del tratamiento, tal y como exige el principio de exactitud regulado en el art. 5.1.d) RGPD.

Nuestro mayor temor, reside en que la información que delimitó un concreto perfil de un usuario, continúe empleándose por estos sistemas para la inferencia constante de nuevos datos, puesto que supondría aceptar que estos datos se vinculen con carácter perpetuo al usuario. Además, advertimos que el resigo señalado se encontrará presente en todo caso, pues estos algoritmos continuarán tratando dicha información en aquellos casos en los que permanezca disponible en perfiles de terceras personas usuarias de la plataforma, pues tal y como se ha señalado anteriormente, el olvido no alcanza a suprimir informaciones idénticas que no se encuentren disponibles en el perfil propio, sino de terceros usuarios⁶⁴⁰.

En definitiva, los datos que han motivado una solicitud de supresión en virtud del art. 17 RGPD (datos de entrada), deben suprimirse igualmente de los servidores del proveedor de la red social para que los algoritmos que los someten a tratamiento no puedan emplearlos para la inferencia de nuevas informaciones. Por todo ello, ejercitar el derecho de supresión frente a proveedores de redes sociales no equivale únicamente a eliminar la información objeto de olvido de la visibilidad del resto de

⁶³⁹ Directrices del Grupo de Trabajo sobre protección de datos del Artículo 29 sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, de 6 de febrero de 2018, WP 251, 13.

⁶⁴⁰ Efectivamente, con acierto señala Gil Membrado que los proveedores de redes sociales continuarán utilizando materiales que se encuentren publicados en perfiles de terceros, si estos terceros no proceden a su supresión: Gil Membrado, *Límites* cit. 2.

usuarios de la plataforma o la red, sino en que el proveedor de la red social se abstenga de practicar, en lo sucesivo, cualquier tratamiento que sobre la información susceptible de supresión se practique, entre los que se deben incluir, los tratamientos basados en parámetros de IA.

En otro orden de cosas, hasta la fecha, únicamente se ha planteado la posibilidad de que el derecho de supresión alcance la eliminación de informaciones, que en el contexto de tratamientos basados en parámetros de IA, se conoce como la información de entrada. Ciertamente es que, solamente se puede solicitar la supresión de datos concretos que sirven para alimentar los sistemas de IA. Sin embargo, el nuevo paradigma digital nos fuerza a interpretar el haz de facultades que el ordenamiento jurídico pone a disposición del usuario en orden a controlar su información personal. Así, ante los nuevos y sofisticados tratamientos de datos personales practicados por los proveedores de redes sociales, creemos que el olvido debe extenderse a diversas categorías de datos personales. Esto es, además de garantizar una efectiva supresión de información personal que constituye la información de entrada para el algoritmo, ha de garantizarse la posibilidad de solicitar la supresión de las inferencias y los perfiles elaborados por los proveedores de redes sociales. Esta tesis se ha sostenido incluso por el Grupo de Trabajo del Artículo 29 cuando afirma que el derecho de supresión se aplica tanto a los datos personales de entrada (los empleados para generar el perfil o las inferencias) como a los de salida (el propio perfil confeccionado o inferencia)⁶⁴¹.

Sin duda, se debe garantizar al usuario la posibilidad de solicitar la supresión de los perfiles elaborados, además de conservar la posibilidad de oponerse a la elaboración de los mismos (art. 21 RGPD). En caso contrario, a pesar de que la información puede estimarse formalmente eliminada cuando el proveedor de la red social accede a suprimir datos concretos, esta no se ha eliminado totalmente si continúa empleándose para tomar decisiones que afectan al usuario o condicionar sus pautas de consumo al formar parte del perfil confeccionado sobre su persona. Esta necesidad es esencial, porque al no informar con claridad en las políticas de privacidad sobre la elaboración de perfiles e inferencias para poder oponerse, debe articularse una garantía que asegure el control de esta información personal con carácter posterior, como permitir la supresión de estas inferencias o el perfil elaborado. Sirva como ejemplo que, de no permitir la eliminación de datos volcados en el perfil inferidos por el algoritmo, quizás unos malos resultados crediticios o que encasillan en una concreta ideología, pueden perseguir al interesado indefinidamente.

Por todo lo expuesto, creemos que el contexto que generan los tratamientos de datos actuales, unido a nuestros hábitos en Internet y redes sociales, imposibilita garantizar un eficaz olvido de la información personal. Denunciamos así, que el ejercicio del derecho de supresión frente a proveedores de redes sociales no constituya objeto de preocupación, tanto para los organismos judiciales, como para las autoridades de control, ya que, el inmovilismo por su parte coloca en una posición de indefensión los datos personales de millones de usuarios de estos servicios. En adición, los jóvenes que ven expuesta su vida por sus progenitores en este medio, parten de una situación de absoluta desventaja, puesto que a los datos que compartirán en primera persona en estos espacios cuando crezcan, han de unírsele este alud de datos compartidos a todo lujo de detalle por sus propios progenitores. Ello deviene técnicamente posible sin mayor dificultad, puesto que los algoritmos poseen la capacidad de reconocer una persona en una imagen y realizar a esta un seguimiento a medida que envejece sin perder la capacidad de continuar identificándola.

Así, el complejo olvido desde el punto de vista técnico, nos conduce a afirmar que estos jóvenes, pueden sufrir un serio agravio por este comportamiento llevado a cabo por sus progenitores. Paradójicamente, quienes deben velar porque el olvido digital de la información personal de sus descendientes no acabe por imposibilitarse, son quienes contribuyen a que el mismo se desvirtúe a medida que comparten cada vez más y más datos de menores. Lamentablemente, este

⁶⁴¹ Directrices del Grupo de Trabajo sobre protección de datos del Artículo 29 sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679, de 6 de febrero de 2018, WP 251, p. 19.

comportamiento poco meditado, puede impactar no solo sobre la privacidad de sus hijos e hijas, sino que puede llegar a condicionar decisiones futuras de sus descendientes a causa de la ingente información disponible en Internet sobre los mismos. Piénsese así en la no concesión de un crédito, o el aumento de una prima del seguro de salud a causa del contenido difundido en la red sobre el menor en el que se muestran largos períodos enfermo, etc.

5. ¿Hacia una posible responsabilidad civil de los progenitores por contribuir a dificultar el olvido digital de datos personales del menor?.

En este contexto, no resulta descabellado plantear que el menor, una vez alcanzada la mayoría de edad se plantee demandar a sus progenitores por la generación de una huella digital de la que resulta complejo desprenderse. Ya que, en este devenir, dentro de diez o veinte años, abundarán supuestos en los que personas ya adultas en ese momento han visto completamente expuesta su vida en redes sociales sin que hayan podido decidir sobre tal revelación.

Hasta la fecha, no se trata de una cuestión que se haya planteado en exceso. Sí que encontramos algunos supuestos en los que se prohíbe compartir fotografías del menor por parte de organismos judiciales, pero no por dificultar extremadamente la posibilidad de suprimir los voluminosos datos personales del menor compartidos desde su nacimiento. En tal sentido, el Tribunal del Distrito de La Haya, de 1 de octubre de 2018⁶⁴², condena a una “influencer” a retirar de forma permanente todos los contenidos de sus redes sociales en los que figuraban sus hijos menores de edad de dos y cuatro años respectivamente, prohibiéndole, además, publicar en lo sucesivo este tipo de contenido. Por otra parte, Italia también se pronunció al respecto en la Sentencia del Tribunal de Roma, de 23 de diciembre de 2016, afirmando que una madre tendrá que abonar hasta diez mil euros de a su descendiente menor de 16 años en caso de continuar compartiendo contenido referente a este, además de no proceder de modo inmediato a la supresión del contenido ya publicado⁶⁴³.

Ahora bien, salvo que se extienda una cultura más cautelosa con la privacidad en general, y de los más pequeños en especial, van a abundar supuestos en los que la revelación de datos personales ha sido indiscriminada y en un lapso de tiempo considerable (durante toda la infancia del menor). Como medida que compense este posible agravio, puede plantearse la responsabilidad civil de los progenitores cuando el menor alcance la mayoría de edad a través de diversas vías que se expondrán en el presente epígrafe.

La primera vía, que además resulta la más desarrollada por la doctrina, viene de la mano del art. 9 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. Este precepto prevé la indemnización de aquellos daños morales producidos por una intromisión ilegítima. Ahora bien, tratándose de menores, resulta indispensable traer a colación, a su vez, el apartado 2º del art. 4 de la LOPJM citada anteriormente, pues esta norma prevé la protección específica de estos derechos cuando el titular de los mismos es menor de edad. En concreto, este precepto dispone que “La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados”. Así, salta a la vista que para los casos en los que los progenitores protagonicen dichas intromisiones ilegítimas, la intervención del Ministerio Fiscal se vuelve indispensable, pues será este organismo público el

⁶⁴² Sentencia del Tribunal del Distrito de La Haya, 12/11/2018, Caso C/09/557604 / FARK 18-5598.

⁶⁴³ Sentencia Tribunal de Roma, Cass. 39913/2015, 23/12/2016. El menor demandante, planteaba a la jueza del caso la posibilidad de proseguir sus estudios en Estados Unidos, donde quizás, sus compañeros no estuvieran al tanto de su vida privada revelada por su madre abiertamente en redes sociales.

encargado de velar por la protección del honor, intimidad e imagen personal del menor, además de solicitar la indemnización pertinente. En el contexto de redes sociales, el cálculo de dicho quantum indemnizatorio vendrá determinado por el grado de difusión alcanzado por dicha revelación de imágenes. Como cabe esperar, el mismo resultará elevado para los casos de “influencers” que comparten cuantioso contenido de sus descendientes menores de edad.

Sin embargo, el contenido que de menores se comparte en estas plataformas, ya no se corresponde únicamente con imágenes. La extensa huella digital que sobre su persona han generado sus progenitores, engloba distintas categorías de datos que discurren desde imágenes a comentarios, audio, metadatos, etc. Por tanto, creemos que, al amparo de la norma sobre protección de datos personales, también cabe plantear determinada responsabilidad por vulnerar este derecho fundamental. Efectivamente, tal y como se ha expuesto en apartados precedentes, la información personal que se comparte no se corresponde únicamente con fotografías, ni ha de resultar íntima o dañosa del honor (art. 18.1 CE); basta con que se revelen datos personales del menor. Lamentablemente esta vía de responsabilidad se encuentra menos desarrollada⁶⁴⁴.

En este orden de cosas, adquiere especial protagonismo el art. 84.2 de la LOPDGDD que señala que “La utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales determinará la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor”. Entendemos que el precepto permite exigir dicha indemnización cuando esta intromisión ilegítima se produce mediante el tratamiento de datos personales. Ahora bien, a pesar de la gran utilidad de este precepto, sorprende que en la práctica posee escasa aplicabilidad. Efectivamente, la intervención del Ministerio Fiscal puede tildarse de insuficiente. Encontramos algún ejemplo aislado, como por ejemplo, la intervención del Canal de Youtube “Las Ratitas” protagonizado por dos menores de seis y siete años en el año 2019⁶⁴⁵; sin embargo, a pesar de que abundan supuestos de revelación masiva y lesiva de información personal de menores en redes sociales, no encontramos más casos en los que el Ministerio Fiscal haya procedido a la protección jurídica del menor en este contexto⁶⁴⁶.

Por otra parte, no debemos olvidar el art. 82.1 RGPD cuando afirma que “Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos”. Sobre este particular, podría pensarse que el tratamiento de datos personales que los progenitores llevan a cabo queda amparado por la excepción doméstica regulada en el art. 2 RGPD. Antes bien, no en todo caso. Recordemos que el Dictamen 5/2009 sobre redes sociales en línea anteriormente citado identifica tres supuestos en los que el

⁶⁴⁴ Efectivamente, la doctrina se encuentra enrocada en plantear la responsabilidad de los progenitores a través de la vulneración del honor, intimidad personal y familiar, así como propia imagen. Véase a tal efecto, E. Gutiérrez Mayo, *Posibles consecuencias legales para los progenitores por la publicación de fotos de sus hijos menores de edad en redes sociales*, en <https://elderecho.com/posibles-consecuencias-legales-los-progenitores-la-publicacion-fotos-hijos-menores-edad-redes-sociales> (último acceso el 16 de julio de 2024). En Italia acontece lo mismo.

⁶⁴⁵ E. Brion Berdote, *La fragilidad del derecho fundamental a la protección de datos personales del menor ante la exposición de su vida personal y familiar en la red: de la necesidad de nuevos mecanismos y garantías legales*, en *Estudios Deusto Revista de Derecho público* 70 (2022) 73.

⁶⁴⁶ Quizás pueda revestir interés, al igual que se ha procedido en países como Francia o Italia, la aprobación de una norma que ponga coto a este comportamiento en redes sociales. En Francia, se aprobó la Ley 1266/2020, de 19 de octubre de 2020, sobre la explotación comercial de la imagen de menores de dieciséis años en las plataformas en línea, aprobada por el Gobierno francés, accesible en <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGIARTI0000424440573/2021-04-20/>. Por otra parte, en Italia se ha presentado una propuesta inspirada en esta norma francesa el pasado 21 de marzo de 2024, que además, busca garantizar el olvido digital de esta información. Véase LEGGE NN. 1136, 1160 E 1166. Sin embargo, a pesar del esfuerzo normativo, la dificultad de lograr una supresión exitosa continúa patente a nuestro juicio.

tratamiento de datos acometido por una persona física puede no acogerse a esta excepción que prevé el reglamento europeo, a saber: que la cuenta en la red social sea profesional; que el perfil se configure de modo público y la totalidad de la red pueda acceder al mismo; por último, que el usuario posea un elevado número de seguidores. En el caso de padres y madres “influencers”, la probabilidad de que se cumpla alguno de estos supuestos, resulta verdaderamente elevada. Véase que, muchos “influencers” publicitan productos en sus espacios, lo que los conduce a que su cuenta pueda considerarse profesional. Con el fin de acumular el mayor número de seguidores, sus perfiles se configuran en modo público. Por último, muchos de estas personas, poseen millones de seguidores. Relacionado con esta última afirmación, el Real Decreto 444/2024, de 30 de abril, por el que se regulan los requisitos a efectos de ser considerado usuario de especial relevancia de los servicios de intercambio de vídeos a través de plataforma, en desarrollo del artículo 94 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual citado anteriormente, dispone que se considerará usuario de especial relevancia (“influencer”) con especial impacto, a aquellos usuarios que acumulen 1 millón o más de seguidores en sus cuentas (art. 4.1.a).

En consecuencia, el tratamiento de datos personales que estos usuarios realizan rebasa los límites que podría superar en un contexto analógico. Es decir, el tratamiento de datos supera los círculos de amistad y familia en orden a aplicar la excepción. Por ende, estimamos que las afirmaciones expuestas nos conducen a considerar a estas personas como responsables del tratamiento, por lo que podrá exigírseles dicha indemnización que el RGPD prevé en su articulado. Ahora quizás parezca prematuro plantear la cuestión señalada, pero la vida digital nos conduce necesariamente a reinterpretar la figura del responsable del tratamiento, dado que, normalmente nos imaginamos a una persona jurídica en dicha posición, pero el papel activo de los usuarios de redes sociales vaticina reinterpretaciones⁶⁴⁷.

Por último, queda claro que el interés superior del menor regulado en el art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 y el art. 2 LOPJM, debe erigirse como prioridad en todas las decisiones que tomen los progenitores sobre el menor. En palabras de la propia Convención, lo que a juicio de un adulto constituye el interés superior del menor, no puede primar sobre la obligación de respetar todos los derechos enunciados en la Convención. Así, el interés de los y las “influencers”, no en pocas ocasiones económico, no puede primar sobre el derecho a la privacidad de sus hijos e hijas. Seamos conscientes que, la información compartida en redes sociales queda cautiva en el espacio digital propiciando que la misma pueda perseguir a sus hijos e hijas no solo alcanzada la edad adulta, sino con carácter perpetuo⁶⁴⁸.

En definitiva, los progenitores deben ejercitar, al amparo del art. 154 CC, la patria potestad como responsabilidad parental, siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Por tanto, aquellos casos en los que la revelación de información personal resulta indiscriminada al fin de ejercer su profesión digital de

⁶⁴⁷ Sobre este particular, resultan interesantes las palabras de Troncoso Reigada cuando señala que con carácter general, las actuaciones que los usuarios desarrollan en redes sociales, reciben el amparo de la exención doméstica que la normativa dispone. No obstante, un determinado número de esos comportamientos, entre los que destacan los señalados por el Grupo de Trabajo 29, pueden no verse protegidos por dicha excepción, imponiendo al usuario las obligaciones de un responsable del tratamiento de datos personales. A. Troncoso Reigada, *Las redes sociales a la luz de la propuesta de reglamento general de protección de datos personales. Parte una*, en *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia de la UOC* 15 (2012) 68. Conforme con estas manifestaciones se muestra igualmente Pérez Díaz cuando señala que, en los casos en los que los perfiles de redes sociales posean carácter público, la exención doméstica no resulta aplicable. R. Pérez Díaz, *Los menores de edad en la nueva Ley de Protección de Datos Personales en Derecho y Nuevas Tecnologías*, Cizur Menor 2020, 161-162.

⁶⁴⁸ Sentimos el deber así de traer a colación ejemplos que ilustran las consecuencias, como por ejemplo, que Estados Unidos denegó la entrada al Estado a un psicoterapeuta canadiense de 66 años a causa de un artículo publicado en Internet 30 años atrás, en el que relataba las conclusiones alcanzadas en los experimentos realizados con la sustancia LSD. J. Rosen, *The web means the end of forgetting*, *The New York Times*, de 21 de julio de 2010, en <https://www.nytimes.com/2010/07/25/magazine/25privacy-t2.html> (último acceso el 16 de julio de 2024).

líder de opinión o “influencer”, merecen mayor reflexión por los progenitores, pues difícilmente priorizan el respeto de los derechos relacionados con la privacidad del menor.

6. Conclusiones.

La irrupción de la era digital ha puesto a disposición de las personas innumerables ventajas. Sin duda, Internet contribuye a facilitar el día a día de sus millones de usuarios. No obstante, el transcurso de varias décadas desde su invención, unido a su vertiginosa evolución, ha planteado diversos escenarios en los que los derechos fundamentales de las personas pueden verse vulnerados. Concretamente, el nuevo modo de relacionarse a través de las redes sociales, ha puesto en jaque los derechos relacionados con la privacidad de los individuos.

Así, determinada generación, se ha habituado a compartir constantemente en redes sociales aspectos personales de sus hijos e hijas menores de edad. Incluso algunos de ellos, han conseguido rédito económico de ello, como es el caso de los y las “influencer”. Antes bien, los progenitores, como principales garantes de la privacidad del menor, han de ponderar los intereses y derechos en juego a la hora de tomar decisiones que afectan a los derechos fundamentales de sus descendientes. Podemos afirmar así, que los intereses de los progenitores deben ceder ante aquello que conviene al menor de edad. Consecuentemente, una revelación constante de datos en redes sociales del menor, no respeta el interés superior de este, debiendo los progenitores abstenerse de su práctica. Especialmente, porque tal y como ha quedado evidenciado en la presente investigación, el olvido digital de un volumen considerable de información personal, deviene complejo en el contexto “online”. Lamentablemente, abundan supuestos en los que el comportamiento de los progenitores es el contrario.

En virtud de lo expuesto, los poderes públicos deben abogar por una mayor educación digital, no solo de los menores, sino también de los progenitores, pues queda en evidencia la falta de cultura digital. Comportamientos irreflexivos para con la privacidad como el que se expone en este artículo, evidencian dicha necesidad. Estimamos que, de extenderse una mayor educación digital, podrían evitarse casos extremos que ahora abundan en las redes sociales.

Por otra parte, para los casos de revelación masiva y constante de información personal que ya se practican, la intervención del Ministerio Fiscal deviene indispensable. No se comprende cómo, al amparo del art. 84.2 LOPDGDD, este organismo público no activa los mecanismos de protección del menor disponibles en la LOPJM. Véase que, los poderes públicos, intervendrán en la protección del menor cuando los progenitores no procedan de tal modo (art. 39 CE). Así, estos casos en los que los progenitores no protegen en primera instancia los derechos relacionados con la privacidad de sus descendientes, habilitan al Ministerio Fiscal a garantizar la protección de estos menores. Exigimos así a este organismo velar por la protección de los más jóvenes en el ámbito digital, especialmente cuando sus progenitores se constituyen como los responsables de vulnerar la misma.

Por último, debido a la falta de actuación por parte del Ministerio Fiscal, cabe plantear la posible responsabilidad civil de aquellos progenitores que han generado una huella digital de la que al menor le resultará imposible desprenderse en su totalidad. Desde hace una década aproximadamente, que se ha evidenciado la lesividad de la perennidad de la información en Internet. La cautividad de la información en el espacio digital, puede ocasionar graves perjuicios a estos jóvenes que ven desvelada su privacidad por sus progenitores en un espacio abierto al mundo. Aunque ahora pueda parecer prematuro plantear la misma, no tardarán en aparecer supuestos en los que tal revelación de información personal perjudique a estos jóvenes. Resultarán de verdadero interés entonces el art. 84.2 LOPDGDD y el art. 82 RGPD, debidamente reinterpretada la figura del responsable del tratamiento.