

SALA PRIMERA

ÍNDICE SISTEMÁTICO

	<i>Página</i>
1. DERECHO DE FAMILIA	24
Privación a los recurrentes de la guarda y custodia de sus hijas menores con justificación en la aparición de síntomas de raquitismo, falta de higiene y retraso intelectual. Régimen de visitas de las menores a favor de los abuelos y otros parientes de la difunta madre, cuando las menores quedan bajo la guardia y custodia del padre. Posibilidad de que el nombramiento de tutor se haga en el proceso de incapacitación.	
2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	28
Responsabilidad por la fabricación de productos defectuosos. Doctrina del resultado desproporcionado en relación con la responsabilidad médica. Responsabilidad de los servicios de salud públicos por el problema de las listas de espera.	
3. PROPIEDAD INTELECTUAL.....	33
Obligación de pago de derechos de autor por la comunicación a través de los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles.	
4. DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN	36
Carácter accesorio o no de las imágenes como determinante de la vulneración de derechos fundamentales. Revisión del quantum indemnizatorio en casos de vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Incidencia de los ruidos excesivos en el derecho al honor.	
5. VARIOS	40
Requisitos para el cambio de la indicación del sexo en el Registro civil. Inexistencia de comunidad en los supuestos	

de convivencia more uxorio e indemnización con el tercio del valor del patrimonio adquirido como consecuencia de la disolución por voluntad unilateral de uno de los convivientes. Solidaridad impropia, declaración de inaplicabilidad del efecto interruptivo del art. 1947-1.º CC. Exigencia de responsabilidad al Excmo Sr. Presidente del Tribunal Constitucional por un pretendido ataque a la dignidad u honor del pueblo catalán.

La presente crónica de la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo tiene por objeto acercar al lector aquéllas sentencias que, dictadas en el año judicial 2002-2003, han resultado más interesantes, tanto desde el punto de vista de la disputa resuelta, como de la doctrina aplicada o creada ex novo. Así, se aborda el comentario de sentencias referidas a la privación a los recurrentes de la guarda y custodia de sus hijas menores con justificación en la aparición de síntomas de raquitismo, falta de higiene y retraso intelectual; al régimen de visitas de las menores a favor de los abuelos y otros parientes de la difunta madre, cuando las menores quedan bajo la guardia y custodia del padre; a la posibilidad de que el nombramiento de tutor se haga en el proceso de incapacitación; a la responsabilidad por la fabricación de productos defectuosos; a la doctrina del resultado desproporcionado en relación con la responsabilidad médica; a la responsabilidad de los servicios de salud públicos por el problema de las listas de espera; a la obligación de pago de derechos de autor por la comunicación a través de los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles; al carácter accesorio o no de las imágenes como determinante de la vulneración de derechos fundamentales; a la revisión del quantum indemnizatorio en casos de vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; a la incidencia de los ruidos excesivos en el derecho al honor; a los requisitos para el cambio de la indicación del sexo en el Registro civil; a la inexistencia de comunidad en los supuestos de convivencia more uxorio e indemnización con el tercio del valor del patrimonio adquirido como

La elaboración de la Crónica de la Sala Primera ha sido realizada por D. Fernando ORTEU CEBRIÁN, Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, bajo la coordinación del Ilmo. Sr. D. Eduardo PÉREZ LÓPEZ, Magistrado del Gabinete Técnico y la supervisión general del Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, Presidente de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

consecuencia de la disolución por voluntad unilateral de uno de los convivientes; en relación con la solidaridad impropia, gran trascendencia tiene la declaración de inaplicabilidad del efecto interruptivo del art. 1947-1.º CC; y por último, se comentará la reciente sentencia de la Sala que examinó la exigencia de responsabilidad al Excmo Sr. Presidente del Tribunal Constitucional por un pretendido ataque a la dignidad u honor del pueblo catalán.

1. Derecho de Familia

El examen de la jurisprudencia dictada por la Sala en el presente año judicial se ha de iniciar por una sentencia que examinó el acuerdo **de privación a los recurrentes de la guarda y custodia de sus hijas menores**. La STS 23-9-2002 (Rc. 631/1997), aborda un supuesto en que la decisión adoptada se justificó en la **aparición en sus hijas de síntomas de raquitismo, falta de higiene y retraso intelectual**. Solicitada por los progenitores la recuperación de la guarda y custodia sobre sus hijas, la sentencia de primera instancia desestimó la demanda, siendo modificada por la de apelación únicamente en el sentido de ampliar hasta el sábado la estancia de los menores con sus padres, que hasta el momento sólo tenía lugar los domingos. La Sala confirma la decisión de la Audiencia Provincial, ratificando su decisión a la vista del detenido análisis de las pruebas incorporadas a los autos, ponderando tanto los datos favorables a la tesis de los recurrentes (vivienda en propiedad, las pequeñas mejoras operadas en la misma, ingresos estables, abandono por la madre de la ingesta alcohólica) como los desfavorables (desestructuración familiar, desidia y negligencia en los progenitores, su apatía y tendencia al aislamiento, incapacidad de los mismos para atender debidamente a sus hijas, que determinaba que ninguna estuviese a su cargo).

Y se rechazó la alegación por los recurrentes de la infracción del artículo 14 de la Constitución, según se alegaba, al producirse discriminación, al exigírseles garantías o muestras fehacientes de poder asumir las responsabilidades inherentes a la patria potestad, cuando a los demás progenitores se les presume dicha aptitud, respondiendo la Sala que había de tenerse en cuenta que los recurrentes habían evidenciado en 1986 que no se hallaban en condiciones de atender debidamente a ninguna de sus hijas, lo que determinó que ninguna de las menores

permaneciese confiada a su cargo. Posteriormente la situación cambió en sentido favorable, pero sin llegar a convertirse todavía en la adecuada y exigible en atención a los intereses de las menores cuya custodia les había sido suspendida, concluyendo que, en atención a los datos que el Tribunal de instancia había tomado en consideración, se desprendía, lejos de cualquier posible duda, que la desestructuración familiar y las actitudes de desidia, negligencia y apatía de los recurrentes en orden al cuidado de sus hijas, así como las particulares necesidades de estimulación y control de hábitos de higiene y alimentación de las mismas fueron las razones que habían aconsejado en su momento la suspensión de la guarda paterna y la prolongación de esta medida cautelar finalmente suavizada por la resolución de apelación, en espera de una evolución todavía más positiva que la hasta aquél momento registrada.

En relación con el **régimen de visitas de las menores a favor de los abuelos y otros parientes de la difunta madre cuando las menores quedan bajo la guardia y custodia del padre**, la STS 20-9-2002 (Rc. 577/1997), declara el **derecho de los familiares de la madre a comunicarse con las menores, salvo que lo impida una justa causa, entendiendo que la causa alegada no podía impedir la comunicación solicitada por no afectar directamente a las relaciones de las menores con los parientes próximos de la madre y por depender su subsistencia de la voluntad del padre**. La cuestión nuclear del juicio era la acreditación de la existencia de esa causa, prueba que correspondía a la parte demandada, esto es, al padre que ostenta la patria potestad y que era el que se negaba al mantenimiento de las comunicaciones con los parientes. La sentencia recurrida se basó para estimar esa justa causa en dos supuestos: a) En la falta de relación del padre con los familiares de su difunta esposa desde la muerte de ésta, debida a la animadversión existente entre el padre demandado y los familiares de aquélla. b) El temor de que los parientes de la difunta esposa, influyeran de forma directa o indirecta en el ánimo de las menores en el sentido de hacer recaer en su padre la responsabilidad de la muerte de su madre.

Respecto al primer punto, declara la sentencia comentada que es indudable que esas relaciones entre el padre y los parientes de su mujer no deben influir en la concesión del régimen de visita, pues es bien sabido que los relaciones entre los padres cuando se separan, o divorcian, en muchos casos no son buenas, y sin embargo este hecho no puede afec-

tar en forma alguna al régimen de visitas, lo que si afectaría serían las relaciones de las menores con las personas que reclaman las visitas o comunicación.

Por otra parte, en los autos, la animadversión se manifestaba especialmente en el padre, que llegó a admitir que antes de la muerte de la madre de las menores despreciaba a la familia de su mujer, y que si tenía relación con ellos era para complacer a su esposa y después de la muerte de ésta detestaba al abuelo materno. Posición ésta del padre recurrido que hacía a éste árbitro de la realización de este derecho, pues bastaría que siguiera detestando a sus suegros para que éstos no pudieran comunicarse nunca con sus nietas.

Y respecto del segundo punto, esto es, sobre la perniciosa influencia que los abuelos pudieran ocasionar a las niñas, sobre las posibles versiones manipuladas que pudieran hacer llegar a éstas sobre la muerte de su madre, que hicieran al padre responsable directo de la misma, aun entendiendo que se trataba de un temor fundado, a la vista de las relaciones del demandado con los parientes de su esposa, se estimó que podía y debía obviarse este inconveniente estableciendo medios correctores, como con criterio muy ponderado se hizo en la sentencia de primera instancia, imponiendo una limitación específica, consistente en la posibilidad de la suspensión o mayor limitación del régimen de visitas, apercibiendo previamente de ello a los actores de la obligación que contraían de evitar en todo momento ante las niñas cualquier alusión que hiciera recaer ante el padre la responsabilidad de la muerte de la madre.

Finalmente y como aspecto positivo de esas visitas de las niñas y los familiares de su madre, se ponía de manifiesto el carácter siempre enriquecedor de las relaciones entre abuelos y nietas, que no pueden ni debe limitarse a los pertenecientes a una sola línea, en el supuesto examinado la paterna, y más cuando la relación de los actores —los familiares maternos— con las niñas no habían sufrido un deterioro directo, sino indirecto por motivos ajenos a su recíproca comunicación, por lo que sin duda si la comunicación se realizaba de la forma establecida por el Magistrado Juez, había de resultar beneficiosa para las menores, como lo eran ya antes del luctuoso suceso, y se decía que si se siguieran los criterios de progresividad recogidos en los informes periciales del psicólogo, bajo el control del equipo técnico adscrito al Juzgado, no había duda que el régimen de comunicación solicitado por los actores había de beneficiar en gran medida a las menores.

En materia de **incapacitación**, la **STS 28-04-2003 (Rc. 2912/1997)**, **desestimó el recurso del Ministerio fiscal, declarando expresamente la posibilidad de que se haga el nombramiento de tutor en el proceso de incapacitación**. El «*thema decidendi*» del recurso, interpuesto por el Ministerio Fiscal, tenía carácter netamente jurídico y se contrajo a determinar la licitud jurídica del nombramiento de tutor habido en el proceso de incapacitación del que traía causa la impugnación, ya que el «discernimiento» para referido cargo ha de efectuarse en procedimiento de «jurisdicción voluntaria» (Disposición Adicional de la Ley 13/1983 de reforma del Código Civil en materia de tutela) y, por ello, separadamente de la declaración previamente acordada de incapacitación en proceso de naturaleza contenciosa (artículo 199 del Código civil), en relación con la ya señalada «disposición adicional». Contra la sentencia de primera instancia recaída en el juicio de menor cuantía que declaró la incapacidad y nombró la tutora que debía representar al incapaz se alzó el Ministerio Fiscal, y frente a la dictada en apelación, que confirmó la proferida en la primera instancia, recurrió en casación el Ministerio Fiscal, que recalca, además, que era preciso que se sentara doctrina por la Sala Primera ante la realidad de numerosas sentencias, de otros órganos que siguen el criterio que motivó el recurso.

Pues bien, la Sala declara que *«la finalidad de la norma que estatuye la formalidad del proceso contencioso para obtener la declaración de incapacidad y la simplicidad del procedimiento de jurisdicción voluntaria para que el nombramiento de tutor se haga en proceso contencioso, no es la de excluir la petición del nombramiento del tutor de su ámbito, sino la de disponer de un cauce, lo más desformalizado posible, no sólo aplicable a los supuestos en los que no se provea o pueda proveerse con la celeridad debida (sin menoscabo, por tanto, de la pronta resolución sobre la capacidad) a su designación en el mismo proceso, sino también a otros prevenidos en el artículo 222 del Código civil. Lo que no cabe es objetar sobre la decisión adoptada, con todas las garantías, que comporta un juicio ordinario, en el que, por definición interviene el Ministerio Fiscal. Históricamente, además, no se puede desdeñar la fluidez de las fronteras, entre estos terrenos de la jurisdicción voluntaria y de la jurisdicción contenciosa en cuestiones como la presente. Esta diferenciación de linderos se plantea respecto de derechos no dispositivos o derechos-deberes o respecto de estados o situaciones en los que el interés privado y el interés público están equiparados. Ejemplo de estas vacilaciones de nuestra legislación, se aprecia en la incapacitación por*

causa de denuncia acreditada «sumariamente» en «antejuicio» a que se refería el antiguo artículo 1.848 de la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil, derogado por el artículo 199 del Código civil. Sin duda, que el Ministerio Fiscal velando por el principio de legalidad que constituye su norte y por la «pureza del procedimiento», como manifestación de aquél, actúa celosa y plausiblemente, dentro de sus funciones, por lo que no compartimos que estemos «en presencia de una nueva» cuestión formal, vacía de contenido por hueca. Por contra, nos hallamos ante un tema que, por las razones apuntadas, exigía un adecuado esclarecimiento, no obstante, que en sentido no coincidente con el criterio del Ministerio Fiscal, como el adoptado recientemente por la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2003: «en estos casos, esta Sala ya tiene dicho que es procedente realizar, aparte de la declaración solicitada, el nombramiento de tutor —por todas la sentencia de 22 de julio de 1993—. Y este es el criterio que ha adoptado el legislador —sin duda influenciado por tal doctrina jurisprudencial— al redactar los artículos 758 y 759 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que son perfectamente aplicables al caso controvertidos».

2. Responsabilidad civil extracontractual

Por lo que respecta a la **responsabilidad civil extracontractual**, la **STS 21-2-2003 (Rc. 2019/1997)**, analizó la denunciada **infracción del artículo 1902 del Código Civil, 5 y 6 de Ley 22/94, de Responsabilidad Civil por los daños causados por Productos Defectuosos, 27.1 c) de la Ley de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, artículo 13 del Real-Decreto 212/96, de 6 de marzo, de Etiquetado, Presentación y Publicidad de Productos Alimenticios, y artículo 4 de la Directiva de las Comunidades Europeas en materia de Responsabilidad por Productos Defectuosos**. Los hechos probados acreditaban que el demandante se encontraba en un supermercado y tomó de uno de los estantes una botella de cristal que contenía gaseosa, a fin de adquirirla, la que estalló en el momento de depositarla en la cesta, alcanzándole los cristales el rostro, causándole, entre otras lesiones, herida de iris y herida corneal en el ojo derecho que mermaron la visión en el mismo. También había probado que la causa única de las lesiones fue la mala calidad del producto destinado a la venta, ya que la botella explotó porque era defectiva. Sostuvo la recurrente que el demandante no probó el defecto del producto, conforme al artículo 5 de la Ley de 6 de

Julio de 1994, lo que se rechazó al establecer que de lo que se trataba era de la explosión de un envase de cristal que se produjo sin haber mediado manipulación alguna por parte del consumidor, ni tampoco uso abusivo o inadecuado del mismo, es decir, que la rotura fue por causa del propio producto y, conforme al artículo 3 de la referida Ley, ha de considerarse defectuoso aquél producto que no ofrezca la seguridad que cabía legítimamente esperarse del mismo, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación, concluyéndose que se entiende como producto defectuoso el que no presenta la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma línea.

Y en línea con lo expuesto, se añadía que el concepto de defecto que recoge la Ley, siguiendo la Directiva Comunitaria 85/374 CEE, de 25 de julio de 1985, que incorpora la experiencia de Estados Unidos en la materia de productos «biability», resulta flexible y amplio, y, al no concurrir factores subjetivos, la seguridad se presenta como exigencia del producto, pues se trata de un derecho que asiste a todo consumidor en cuanto que el producto puede ser utilizado sin riesgos para su integridad física o patrimonial. La existencia del defecto resulta del concepto que del mismo establece la Ley 22/1994 y ha de relacionarse necesariamente con la seguridad que el producto debe ofrecer y, si esto no sucede, impone considerar al producto defectuoso, invirtiéndose la carga de la prueba por corresponder al fabricante acreditar la idoneidad del mismo o concurrencia de otras causas que pudieran exonerarle de responsabilidades, siendo principio general que declara el artículo primero de la Ley, sin que en el supuesto examinado nada de esto resultó probado. A lo expuesto se añadía, en relación con la pretendida exculpación del recurrente como fabricante de la botella de gaseosa que, de conformidad al artículo 6 de la Ley de 6 de julio de 1994, quedó suficientemente demostrado que la recurrente fue la fabricante efectiva de dicho producto terminado, propició su puesta en el mercado, sin que concurriera presupuesto alguno que pudiera llevar a la conclusión de que no resultaba defectuoso desde el mismo momento de su incorporación al tráfico. El artículo 27-1-a) de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1994, atribuye responsabilidad directa a los fabricantes del producto, pues responden tanto de su origen, como de su identidad e idoneidad.

En segundo lugar, resulta de interés el comentario de dos sentencias relacionadas con la **responsabilidad civil médica y la doctrina del**

resultado desproporcionado. En el supuesto examinado en la STS 31-1-2003 (Rc. 1897/1997), se ejercitó **acción en reclamación de indemnización por el daño personal sufrido por la actuación médica del demandado, quien intervino quirúrgicamente al demandante de unas hemorroides sangrantes y fisura anal, que le dejó como secuela definitiva una incontinencia anal parcial.** La sentencia comentada contó con un voto particular. La responsabilidad médica del demandado se hizo derivar esencialmente de la doctrina del resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del autor, que ha sido consagrada por la jurisprudencia de la Sala en numerosas sentencias: de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 9 de diciembre de 1999 y 31 de enero de 2003, que dice ésta última que el profesional médico debe responder de un resultado desproporcionado, del que se desprende la culpabilidad del mismo, que corresponde a la regla *res ipsa liquitur* (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla *Anscheinsbeweis* (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la *faute virtuelle* (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción.

Y se precisaba que la referida doctrina no lleva a la objetivación de la responsabilidad sino a la demostración de la culpabilidad del autor del daño desproporcionado. A no ser, claro es, que tal autor, médico, pruebe que tal daño no deriva de su actuación, como dice la sentencia de 2 de diciembre de 1996, reiterada por la de 29 de noviembre de 2002: «*el deber procesal de probar recae, también, y de manera muy fundamental, sobre los facultativos demandados, que por sus propios conocimientos técnicos en la materia litigiosa y por los medios poderosos a su disposición gozan de una posición procesal mucho más ventajosa que la de la propia víctima, ajena al entorno médico y, por ello, con mucha mayor dificultad a la hora de buscar la prueba, en posesión muchas veces sus elementos de los propios médicos o de los centros hospitalarios a los que, que duda cabe, aquéllos tienen mucho más fácil acceso por su profesión.*»

A lo anterior se añadía la aplicación de la responsabilidad objetiva que respecto a los daños causados por *servicios sanitarios* establece el artículo 28 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios y que ha sido reiterada por la Sala en unas pri-

meras sentencias de 1 de julio de 1997 y 21 de julio de 1997, en la posterior de 9 de diciembre de 1998 y en la reciente de 29 de noviembre de 2002 que dice: «...demandante es consumidor (art. 1), ha utilizado unos servicios (artículo 26), entre los que se incluyen los sanitarios (artículo 28.2) y la producción de un daño genera responsabilidad objetiva que desarrolla el capítulo VIII (artículos 25 y ss). Esta responsabilidad de carácter objetivo cubre los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando «por su propia naturaleza, o estar así reglamentariamente establecido, incluyen necesariamente la garantía de niveles determinados de pureza, eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, «hasta llegar en debidas condiciones al usuario. Estos niveles se presuponen para el «servicio sanitario», entre otros. Producido y constatado el daño...se dan las circunstancias que determinan aquella responsabilidad».

Pues bien, la aplicación de la referida doctrina llevó a la estimación del recurso. Efectivamente, en el caso examinado el médico demandado realizó una intervención quirúrgica que, habiendo producido un resultado desproporcionado, no había acreditado la causa de éste, que fuera ajeno a su actuación. La Audiencia Provincial infringió, en este sentido, el artículo 1902 del Código civil y la jurisprudencia que se ha mencionado, destacándose en ella el empleo de expresiones aleatorias y condicionales («...cuyo origen podría encontrarse...», «hay ocasiones en que se producen...», «no cabe descartar la producción...» «posiblemente...la evolución del paciente hubiera tenido...») que nada expresaban sobre hechos probados que es lo que sí le corresponde hacer. Asimismo, a mayor abundamiento, se añadía que se infringía la normativa mencionada de protección de los consumidores, al pretender una prueba cumplida de la culpabilidad, pese a haberse producido un daño desproporcionado, no atribuido a causa externa.

Por su parte, el voto particular propugna la desestimación del recurso porque si la técnica quirúrgica aplicada por el demandado fue la adecuada y no la alegada en la demanda como desfasada, si la intervención no dañó el nervio del esfínter, si la lesión muscular del esfínter externo era consustancial o inherente a la técnica quirúrgica aplicada y si, en fin, los trastornos esfínterinos no son descartables tras este tipo de intervenciones, influyendo en ellos factores incluso psicológicos, la imputación del daño al cirujano demandado como «resultado desproporcionado» equivale a hacerle responsable de un riesgo típico pese a haber probado

lo correcto de su intervención; en suma, a identificar riesgo típico con resultado desproporcionado.

Y la doctrina referida en la sentencia precedente se confirmó y precisó en la **STS 8-5-2003 (Rc. 2731/1997)**, en relación con una **cojera irreversible causada por sucesivas intervenciones quirúrgicas tras un accidente de esquí**. Se decía en relación con el supuesto de hecho enjuiciado que en el caso examinado hubo una actuación médica en un dilatado período de tiempo, con repetidas intervenciones quirúrgicas, con un proceso largo y doloroso y un resultado irreversible: una cojera en persona joven. En la relación fáctica basada esencialmente en las varias pruebas periciales se afirmaba que no hubo culpa o negligencia, lo cual no es un *factum* sino una *quaestio iuris* revisable en casación; se decía que la prueba pericial decía que no existía nexo causal entre la actuación médica y el resultado dañoso; pero no dice cómo ni porqué se ha producido éste; ni dice en ningún momento que la causa fuera ajena a aquella actuación, ni que fuera causada por fuerza mayor, ni que tuviera su origen en previas condiciones de la propia perjudicada. En definitiva, una caída y una lesión que tampoco se dice que fueran especialmente graves, ni complicados, tienen un tratamiento largo y doloroso con un resultado que no puede por menos que considerarse desproporcionado: una cojera irreversible; lo cual crea una deducción de negligencia (*res ipsa loquitur*), una apariencia de prueba de ésta (*Anscheinsbeweis*), una culpa virtual (*faute virtuelle*). No se trata, pues, de una objetivación absoluta de responsabilidad sino de apreciación de culpa, deducida del resultado desproporcionado y no contradichos por hechos considerados acreditados por prueba pericial. Se produce un suceso y un daño: es claro que no consta causa del mismo imputable a la víctima (estima la sentencia comentada que no tiene sentido la aberrante frase transcrita en la sentencia impugnada: «...causa real fue el acto libre y voluntario de la parte actora»), ni se menciona el caso fortuito o la fuerza mayor; la causa fue la actuación médica, de cuyo mal resultado se desprende la culpa y, por ende, la responsabilidad.

Por último, la **STS 27-5-2003 (Rc. 2837/1997)**, reitera la doctrina de la Sala en relación con la declarada **responsabilidad de los servicios públicos de salud por las listas de espera**, insistiendo que el problema de las listas de espera es un mal que acarrea nuestra sanidad y pone de manifiesto que su funcionamiento no es el que demanda la necesidad de procurar la salud de los enfermos, a los que se les hace difícil comprender que estando diagnosticados de un padecimiento grave y perfecta-

mente establecido, y necesitado de operación, ésta no se lleve a cabo de inmediato, o en el menor tiempo posible, y máxime cuando la enfermedad no se comprobó hubiera presentado síntoma alguno de haber remitido, lo que hacía necesario intensificar los esfuerzos hospitalarios para adoptar cuanto antes la solución de intervención y con carga suficiente de poder resultar positiva y eficaz. Relegar un enfermo de estas características a un práctico olvido por haberse pospuesto la operación que necesitaba e incluirle en el trámite burocrático de lista de espera equivale prácticamente a un abandono muy grave y con carga de riesgo relevante de que el desenlace fatal pueda producirse en cualquier momento, como por desgracia sucedió. Y se concluye que la responsabilidad del Servicio de Salud demandado encontraba apoyo legal en el artículo 1902, al tratarse de mal cumplimiento de la prestación médico-sanitaria que requería el enfermo de referencia.

3. Propiedad intelectual

En materia de **propiedad intelectual** el asunto más interesante tratado ha sido el de la **obligación de pago de derechos de autor por la comunicación a través de los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles**. La STS 24-9-2002 (Rc. 862/1997), decidió la exclusión de la obligación de pago postulada y lo hizo con apoyo en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2002 que declaró inconstitucional el art. 357 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que vino a considerar las habitaciones hoteleras como domicilios a efectos constitucionales. Se decía en la sentencia comentada que *«ha de excluirse de la indemnización establecida a favor de la recurrente la que pudiese corresponder por comunicaciones practicadas en las habitaciones del hotel. A tal efecto ha de tenerse en cuenta la doctrina que el Tribunal Constitucional en sentencia de 17 de enero de 2002 ha venido a declarar inconstitucional el artículo 357 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues si bien el precepto no se refiere expresamente a los hoteles, los términos empleados son sinónimos de éste y se viene a considerar las habitaciones hoteleras como domicilios a efectos constitucionales, toda vez que conforman ámbitos donde los huéspedes despliegan toda su privacidad y por ello y respecto a difusión en dichos espacios de contenidos audiovisuales protegidos por la propiedad intelectual, tales actividades no constituyen actos de comunicación pública, estando excluidos del deber de pagar derechos de autos. En tal sentido, el*

artículo 20 de la Ley de 11 de noviembre de 1987, contempla y contrapone los conceptos de lo público y lo doméstico».

Con posterioridad a la referida Sentencia, se dictó la **STS 31-1-2003, (Rc. 2524/1997)**, en la que se acogía la tesis contraria y así se decía que *«Si bien en sentencia de esta Sala de fecha 24 de septiembre de 2002 se excluyó de la obligación del pago de derechos de autor la comunicación a través de los televisores instalados en las habitaciones de los hoteles con apoyo en la sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de enero de 2002 que declaró inconstitucional el art. 357 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que vino a considerar las habitaciones hoteleras como domicilios a efectos constitucionales, ha de tenerse en cuenta el ámbito estrictamente penal a que se contrae dicha resolución constitucional que en nada altera el carácter de servicio prestado a sus clientes por los establecimientos hoteleros al instalar en sus habitaciones aparatos televisores, servicio que lógicamente repercute en el precio de las estancias en esas habitaciones, siendo el beneficio que reporta a la empresa hotelera la prestación de ese servicio individualizado el que justifica la exigencia de los derechos que ahora se reclaman. Por ello no procede seguir manteniendo el criterio sustentado en la sentencia de 24 de septiembre de 2002».*

No obstante lo anterior, y una vez resuelto el incidente de nulidad de actuaciones suscitado en el seno del recurso de casación 862/1997 y que dio lugar a la nulidad de la sentencia de fecha 24-9-2002, la Sala, reunida en pleno, dicta nueva sentencia en el recurso indicado, cambiando el criterio contenido en la STS 31-1-2003, dictando una sentencia en el sentido contenido en la anulada de fecha 24-9-2002, pero con distinto fundamento, fundamento que, dado su interés, se transcribe a continuación:

«Si bien esta Sala tiene declarado (Sentencia de 11 de marzo de 1996, que cita la de 19-7-1993), que no cabía hacer distinción entre las dependencias de un hotel destinadas a vestíbulo y las que sirven de dormitorios, pues la ley claramente no lo viene a establecer, no ha de apartarse por completo la nota de privatividad de las habitaciones, con lo que queda abierto camino jurisprudencial para profundizar en la interpretación del artículo 20 de la Ley de Propiedad Intelectual de 11 de noviembre de 1987 —que es la aplicable— (al que corresponde el 20 de la vigente de 12 de abril de 1996) y, con ello si procede pagar derechos de autor, llevándose a cabo adecuación de la norma al tiempo his-

tórico actual de conformidad al artículo 3-1 del Código Civil, pues no hay nada peor que una jurisprudencia única y sobre todo una jurisprudencia anclada. El referido artículo 20, en su número uno —su constitucionalidad fue declarada por Auto de 9 de mayo de 1995—, declara que no se considerará pública la comunicación cuando se celebre dentro de un ámbito estrictamente doméstico. Indudablemente los dormitorios hoteleros reúnen esta condición, pues, aunque sea de forma temporal, en dichas dependencias desarrollan las personas actividades inherentes a su intimidad y personalidad, como si se tratase de sus propios domicilios, al corresponder a espacios exclusivos y excluyentes para los demás, con lo cual, si las habitaciones resultan residencias privadas, con equivalencia al domicilio en el ámbito penal, ninguna razón, ni lógica ni jurídica, impide considerarlas así a efectos civiles, hasta el punto de que son aptas para recibir actos de comunicación procesal sin dejar de lado que la privacidad de los dormitorios hoteleros no deja de tener transcendencia en la defensa de los derechos constitucionales a la intimidad y propia imagen (artículos 7-5 y 8-2 de la Ley Orgánica 1/1982). No se impone a los clientes el uso uniforme y general de las difusiones de contenido televisivo, sino que se deje a su libre elección. Distinto sería si se tratase de comunicaciones asignadas de modo forzoso, tarifadas como suele suceder con las que se transmiten en dependencias comunes especiales a tal fin y mas aún si se cobrase un suplemento por la prestación de tal servicio. Esto aquí no ocurre, pues se presenta como servicio integrado, para mayor confort del cliente, ya que no se probó el percibo de extra alguno. La condición privada de las habitaciones resulta notoria y a la misma ha de ser tenida en cuenta por su uso personal, acudiendo el legislador a la expresión ámbito doméstico, aunque parece la más adecuada la de ámbito familiar.

Teniendo en cuenta lo que se deja dicho, las actividades difusoras en las habitaciones de un hotel no constituyen actos de comunicación pública. El artículo 20 de la Ley de 11 de noviembre de 1997 contempla y contrapone los conceptos de lo público y lo doméstico. El estudio de referida norma autoriza a considerar el requisito acumulativo que contiene y que se refiere a que la comunicación practicada no esté integrada o conectada a una red de difusión de cualquier tipo. No consta dictamen pericial preciso en esta cuestión y tampoco ha de omitirse que la captación de señales vía satélite o terrestre y su distribución por cable a las distintas habitaciones de hoteles es cuestión que ha decidido el T.J.C.E. en sentencia de 3 de Febrero de 2000, habiendo declarado que si se tra-

taba de acto de comunicación al público o recepción por el público no estaba regulado en la Directiva 93/83-C.E.E. y debía ser apreciado conforme al Derecho Nacional. Respecto a lo que ha de entenderse por red de difusión, la norma no se presenta lo suficiente precisa y clara y su interpretación no conduce a una extensiva y desmesurada, pues prácticamente hay comunicaciones privadas cuando se trata del mero traslado de la señal de antena a los aparatos receptores instalados en las habitaciones hoteleras, tal como sucede con los hogares particulares y comunidades de vecinos. No hay comunicación pública cuando en la habitación de un hotel se contempla la televisión o se escucha la radio utilizando aparatos instalados en la misma para el disfrute del cliente. No se ha demostrado que la empresa hotelera hubiera llevado a cabo actuaciones de alteración o transformación de las señales captadas y la comunicación viene desarrollándose dentro de la estricta privacidad.

Siguiendo el discurso casacional en el caso de autos hay que concluir que no se ha producido efectivo acto de comunicación, generador de los derechos que reclama la Sociedad General de Autores y Editores y sólo un acto de recepción de una comunicación emitida por una entidad televisiva, que ya satisface los derechos estatales correspondientes. No se trata aquí de retransmisión utilizando cualquier medio técnico apto, que exigía la instalación de la necesaria red de difusión. No ha de dejarse de lado que tampoco ha quedado debidamente probado si se llevó a cabo efectiva utilización por el cliente, con lo que se llegaría a una situación injusta de tener que abonar derechos tanto si hay efectiva utilización o no, lo que supone ya rozar el abuso del derecho. La simple recepción no equivale a comunicación pública, que, para poder ser apreciada como tal, precisa que el hotel hubiera instalado su propia red de difusión, a efectos de poder volver a transmitir a las habitaciones privadas».

4. Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

Por lo que respecta a la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en primer lugar, la **STS 23-5-2003 (Rc. 1540/2000)**, examinó la **publicación de la imagen de una persona en un reportaje sobre accidente de tráfico**, y el carácter accesorio o no de las imágenes como determinante de la

vulneración del derecho fundamental, siendo las imágenes enjuiciadas imágenes en que aparecía el rostro del accidentado aprisionado entre el asfalto de la carretera y su vehículo destrozado. Se examinó en la sentencia como motivo primero del recurso, la infracción del art. 8.2 apartado c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, siendo el argumento central del motivo el que se dirigía a atacar la declaración de la Sala de instancia, determinante del fallo, que «.....respecto de esa información gráfica la imagen en concreto aquellos fotogramas consistentes en un primer plano de su cara no aparecen como meramente accesorios», accesoriedad que sí se daba, según la recurrente, respecto a la totalidad del reportaje.

Pues bien, declara la Sentencia comentada que si bien en el reportaje del accidente emitido por un canal de televisión autonómico podían calificarse de accesorias las imágenes del accidentado cuando éste, después de ser liberado de entre los restos del vehículo, era colocado en una camilla e introducido en una ambulancia, fotogramas sobre los cuales no se planteaba cuestión en el litigio, por el contrario, no tienen esa condición de accesoriedad las imágenes en que aparece el rostro del accidentado aprisionado entre el asfalto de la carretera y su vehículo destrozado. Se trataba de primeros planos que ocupaban todo el espacio de la pantalla al ser proyectados y en los que, además del accidentado, sólo aparecía la parte inferior de una pierna de una persona que se encontraba de pie; en esos planos no aparecía que se estuviera prestando asistencia alguna directamente al accidentado independientemente de la labor que se llevaba a cabo para liberarle de entre los restos de su automóvil, por lo que, en esos fotogramas, el accidentado adquirió total protagonismo en la noticia filmada. Que tales fotogramas eran parte importante del reportaje, no obstante su corta duración, se ponía de manifiesto por el hecho de su repetición en dos momentos distintos, lo que evidencia la importancia que a la situación del accidentado dio el autor del reportaje. No se trata, por tanto, de la reproducción de la imagen de una persona de carácter accesorio a una noticia principal, sino objeto principal de la noticia, junto con la actuación de quienes prestaban su auxilio al accidentado en aquellos momentos. Y se añadía que no podía olvidarse que tales escenas fueron grabadas en circunstancias en que la persona se hallaba imposibilitada para prestar o negar su consentimiento, no obstante la proximidad de la persona que estaba realizando la filmación.

En segundo lugar y en relación con esta materia se ha de comentar la **STS 14-11-2002 (Rc. 20/1994), relativa a la valoración pecuniaria**

de la de la responsabilidad de quien lesiona el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Casada por la Sala la sentencia de apelación que estimaba la intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la imagen del interesado, fijando una indemnización de 20.000.000. - pts, se interpuso recurso de amparo por el interesado y estimado éste, la Sala dicta nueva Sentencia sobre la premisa de la declarada intromisión ilegítima y modera el quantum indemnizatorio, precisando que si bien el quantum indemnizatorio no es objeto de casación como tal, sí lo es la base jurídica para dar lugar al mismo, lo que se revisa habida cuenta de la falta de razonamientos en las sentencias de instancia que justificaran la condena al pago de tal cantidad. Al respecto se dice que, tal como ha dicho esta Sala en la sentencia de 20 de julio de 2000, «*La valoración pecuniaria de la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, estará determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella*». Y en tal sentido se declaró que no apareciendo datos objetivos que permitieran una aplicación directa de los criterios del artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, se había de atender a la trascendencia —escasa— de unas fotos, a la capacidad económica —alta— del perjudicado, a la situación de las personas en el lugar —público— y a la obtención de las imágenes —por persona amiga— y su difusión —por persona desconocida— por lo que, en el trance de fijar una cantidad, se estableció en 200 euros a la vista de las detalladas comparaciones y meditadas consideraciones que se hicieron por la Sala en la STS 5-11-2001 (Rc. 2827/1993).

Y, en tercer lugar, especialmente interesante es la **STS 22-4-2003 (Rc. 2527/1997)**, relativa a la **incidencia de los ruidos excesivos en el derecho a la intimidad**. Discrepaba la entidad recurrente de la conclusión calificatoria a que llegó la sentencia recurrida al considerar que «*los ruidos excesivos y molestos deben ser indemnizados al amparo de la protección a la intimidad familiar y pueden incardinarse dentro de las intromisiones ilegales previstas en el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo*».

Entendía, por contra, que la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, sobre Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en su artículo 7, establece cuales son las actuaciones que tienen la consideración de intromisiones legítimas en el ámbito de pro-

tección que se consagra en el artículo 18-1 de la Constitución. Es evidente —decía la recurrente— que el supuesto de hecho examinado no se incardinaba en ninguna de las referidas actuaciones, como también era cierto que el artículo 7, según la doctrina legal, no es un «*numerus clausus*». Pero lo que no deja lugar a dudas, —sostenía— una vez interpretada conforme al artículo 3-1 del Código civil y leída su «exposición de motivos», es que la Ley 1/82, de 5 de mayo, es sólo de aplicación en las intromisiones que devienen del mal ejercicio de las libertades de expresión que se recogen en el artículo 20-4 de la Constitución española.

La referida tesis fue rechazada por la Sala con base en un examen atento del problema, a la luz de su evolución histórico-doctrinal acerca de las inmisiones nocivas, tóxicas, perjudiciales o molestas para el ser humano, producidas en el entorno de su residencia o domicilio, entre las que se hallan, sin duda, las inmisiones sonoras excesivas, que sobrepasan el dintel aceptable para la audición humana y su mantenimiento, dentro de parámetros normales, que respeten la salud y la funcionalidad de los órganos del oído, o la contaminación acústica del medio ambiente en cotas, asimismo perjudiciales, muestra que la orientación, seguida por la sentencia recurrida, respondía a los más actuales criterios jurídicos de imputación. Así, se dice que modernamente, a raíz del reconocimiento constitucional de unos derechos fundamentales, con tutela jurídica reforzada, (pues son susceptibles caso de desconocimiento o vulneración, en sede interna, de recurso de amparo y, en virtud del Convenio Europeo de Derechos humanos, del agotamiento de la instancia supranacional que representa el Tribunal Europeo de Derechos humanos) se ha abierto paso con gran empuje la tendencia doctrinal y jurisprudencial a considerar estas inmisiones gravemente nocivas, cuando afectan a la persona, en relación con su sede o domicilio, atentados o agravios inconstitucionales a su derecho a la intimidad, perturbado por estas intromisiones. En efecto, el derecho a la intimidad, reclama para su ejercicio pacífico, muy especialmente, dentro del recinto domiciliario y su entorno, un ámbito inmune frente a las agresiones perturbadoras, procedentes del exterior, que no exijan el deber específico de soportarlas, entre las que se encuentran, a no dudarlo, los ruidos desaforados y persistentes, aunque estos procedan, en principio, del desarrollo de actividades lícitas que dejan de serlo, cuando se traspasan determinados límites.

Por tanto, se validó el criterio seguido por la sentencia recurrida, al calificar el caso, como una vulneración del derecho fundamental previs-

to en el artículo 18 de la Constitución relativo a la intimidad e inviolabilidad del domicilio, con arreglo a la interpretación mantenida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el artículo 8-1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 sobre «Protección de derechos humanos y de las libertades fundamentales», que sanciona el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia; reseñándose cómo la sentencia de 9 de diciembre de 1994, en el asunto López Ostra contra España, vino a incluir, en el núcleo de la intimidad-protección del domicilio, las intromisiones sonoras por considerar que el ruido excesivo supone una violación de los derechos fundamentales protegidos en el artículo 18 de nuestra Constitución.

5. Varios

Este breve examen de aquellas sentencias dictadas en el año judicial finalizado y que pudieran resultar más interesantes, ha de concluirse con una referencia, en primer lugar, a una sentencia relativa a la exigencia, en relación con el cambio de la indicación del sexo en el Registro civil, de que el transexual que la solicita se haya sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la suspensión de sus caracteres sexuales; en segundo lugar, en relación con la convivencia more uxorio, a la inexistencia de comunidad e indemnización con el tercio del valor del patrimonio adquirido como consecuencia de la disolución por voluntad unilateral de uno de los convivientes; en tercer lugar y en relación con la solidaridad impropia, gran trascendencia tiene la declaración de inaplicabilidad del efecto interruptivo del art. 1947-1.º CC; y, por último, se comentará la sentencia dictada por la Sala en relación con la exigencia de responsabilidad al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Constitucional por un pretendido ataque a la dignidad u honor del pueblo catalán.

En primer lugar, la exigencia, en relación con el **cambio de la indicación del sexo en el Registro civil**, de que el transexual que la solicita se haya sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la suspensión de sus caracteres sexuales, fue abordada en la **STS 6-9-2002 (Rc. 247/1997)**, que examinó si las pretensiones sobre cambio de sexo habían de resolverse o no concediendo preferencia al sexo psicológico sobre el cromosómico, principio que se decía en el

recurso aceptado por las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos Von Oostewijck y Rees.

La pretensión de la recurrente no era otra que la de que con adecuado desarrollo del mencionado criterio jurisprudencial de preferencia del sexo psicológico fuera acogida su demanda al haber sufrido ya la ablación mamaria, aún cuando por motivos puramente económicos no hubiera podido llevar a cabo un tratamiento quirúrgico completo, circunstancia que no debía impedir que se admitiera el cambio de la indicación del sexo que a la misma se atribuía en el Registro Civil, —que se atenía al genético y orgánico— sustituyéndola por la correspondiente al que psíquica y emocionalmente entendía pertenecer.

Partió la Sala, ante todo, del dato de que, según se desprendía de la documentación aportada, la recurrente tras un tratamiento previo con andrógenos que se prolongó durante tres o cuatro años y debido al cual presentaba ya barba y vello corporal, había sido objeto de extirpación mamaria bilateral, con trasplante de areola y pezón. Esto significaba, que se había llevado a cabo únicamente el que puede considerarse primero de los tres pasos o gestos quirúrgicos secuenciales del proceso de reasignación sexual, mediante cirugía de cambio de sexo en transexuales del grupo «Mujer a Hombre», que se describe en el informe elaborado en Noviembre de 2001 por el panel de expertos sobre identidad de género que ha coordinado la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias del Instituto de Salud Carlos III del Ministerio de Sanidad y Consumo, respondiendo a la moción del Pleno del Senado que instaba al Gobierno a elaborar un protocolo que contemplase actuaciones homogéneas sobre intervención a personas transexuales.

Entendió la Sala que le faltaban, por tanto, a la actora, a fin de realizar el tratamiento quirúrgico completo o total, dos etapas. En primer lugar, la de resección del útero y los ovarios, y, finalmente la reconstrucción del pene, bien a través de metaidoioplastia, bien por medio del procedimiento más complejo de la faloplastia.

De acuerdo con lo expuesto se indica en la sentencia que de la lectura de las sentencias de la Sala que citaba la recurrente se llegaba a la conclusión de que en los supuestos a que las mismas se referían, los demandantes (todos ellos con sexo cromosómico masculino) habían completado el proceso quirúrgico de reasignación de sexo, en su caso indicado, logrando la adecuación del fenotipo personal al sexo al que sentían per-

tenecer, a fin de poner remedio al trastorno de identidad de género que sufrían.

Y en relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a que aludía la recurrente, había de tenerse en cuenta que en el asunto *Von Oostewijck*, no se llegó a entrar en el examen de la cuestión de fondo, por motivos formales. Posteriormente, en Sentencias de 17 de Octubre de 1986 (asunto *Rees*), 27 de Septiembre de 1990 (caso *Coosey*) y 30 de Julio de 1998 (casos *Sheffield* y *Horsham*, acumulados) el Tribunal entendió que las negativas de las autoridades inglesas a la rectificación de las menciones registrales de sexo, solicitadas por transexuales cromosómicamente mujeres que habían iniciado (en el primero de los casos) o completado el tratamiento quirúrgico para su transformación sexual física, no implicaban vulneración del artículo 8 del Convenio de Roma, ya que en Derecho Inglés el transexual podía modificar libremente su nombre, eligiendo otro que denotara su sexo psicológico y hacer constar el nuevo en sus documentos oficiales sustrayendo así al conocimiento de extraños la disociación existente entre su sexo cromosómico y aquel otro al que correspondía su nueva apariencia física y al que se atenía su comportamiento social.

No obstante, se añadía que en dos Sentencias de 11 de Julio del año 2002 (casos *I. contra el Reino Unido* y *Christine Goodwins* también contra el Reino Unido) el Tribunal Europeo había cambiado sensiblemente su anterior posición, declarando que la falta de reconocimiento general en el plano jurídico por parte del Reino Unido del cambio de sexo a que se habían sometido las promoventes constituía una vulneración del artículo 8 del Convenio de Derechos Humanos. Sin embargo, el Tribunal no considera que el factor cromosómico sea —con exclusión de cualquier otro— el decisivo a los fines de atribución jurídica de una nueva identidad sexual. En efecto, a través de los informes de *Liberty* (entidad que había intervenido en los procesos de que dichas sentencias traían causa en calidad de «*amicus curiae*») se constataba que existe un reconocimiento internacional de que la transexualidad constituye un estado médico anómalo que requiere se facilite a las personas afectadas el tratamiento encaminado a prestarles la ayuda necesaria.

Por otra parte, la mayoría de los Estados que han suscrito el Convenio de Roma se hacen cargo o al menos autorizan dicho tratamiento, el cual comprende determinadas operaciones quirúrgicas irreversibles,

cuya penosidad pone de manifiesto que las decisiones de someterse a un cambio de identidad sexual no pueden haber sido adoptadas de modo arbitrario o irreflexivo por los interesados.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos concluye que pese a las dificultades que en diversos aspectos puede presentar un cambio en la actitud de determinados Estados respecto al problema de la transexualidad, las mismas no deben considerarse insuperables si el pleno reconocimiento jurídico de la nueva identidad sexual se limita a aquellas personas que se han sometido a la totalidad de las intervenciones y tratamientos aludidos, permitiendo que las mismas vivan con dignidad conforme a la identidad sexual que han conseguido al precio de grandes sufrimientos y puedan contar con el respeto de todos.

En definitiva, si bien en los casos a que se refieren las dos sentencias de 11 de Julio de 2002 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos modifica su posición anterior, entendiendo que la normativa del Reino Unido sobre imposibilidad de alteración de las actas de nacimiento de los transexuales operados constituye una violación del artículo 8 del Convenio, es lo cierto que mantiene en lo esencial su precedente doctrina en orden a los requisitos exigibles para el acogimiento de las pretensiones de aquellos tendentes a obtener dicho cambio.

Según dicha doctrina si bien el dato cromosómico no es decisivo para el reconocimiento de la identidad sexual de una persona, tampoco pueden considerarse suficientes los factores puramente psicológicos para conceder relevancia jurídica a las demandas de admisión de cambio de sexo, resultando imprescindible que las personas transexuales que las formulan se hayan sometido a los tratamientos hormonales y quirúrgicos precisos para la supresión no sólo de sus caracteres sexuales secundarios —que es lo que únicamente había acreditado la recurrente en el caso examinado— sino, también y fundamentalmente, para la extirpación de los primarios y la dotación a los solicitantes de órganos sexuales semejantes, al menos en apariencia, a los correspondientes al sexo que emocionalmente sienten como propio.

En atención a lo expuesto, la Sala, dentro del mayor respeto al grave problema personal que constituía el trastorno de identidad de género que sufría la recurrente, agravado por la circunstancia de que sus disponibilidades económicas le impedían acceder a las soluciones quirúrgicas que pudiera entender procedentes, rechazó el recurso objeto de estudio, si-

guiendo, en lo estrictamente atinente a la cuestión controvertida, el criterio manifestado en sus sentencias anteriormente mencionadas, que en modo alguno puede considerarse infringido por la resolución impugnada. Todo ello —se añadía—, sin perjuicio de que si eventualmente llegara a someterse a las dos operaciones quirúrgicas todavía pendientes para completar su proceso de reasignación sexual a los que se ha hecho referencia, la pretensión que en el futuro pudiera la misma deducir, debiera merecer distinta acogida.

En segundo lugar, en relación con la **convivencia more uxorio**, en la STS 17-1-2003 (Rc. 1270/1998), se declaró, de un lado, la **inexistencia de comunidad y, de otro, el derecho de uno de los convivientes a una indemnización del tercio del valor del patrimonio adquirido como consecuencia de la disolución por voluntad unilateral del otro de los convivientes**. Se expone en la sentencia comentada que sobre la convivencia *more uxorio*, la *doctrina* ha elaborado numerosos estudios en la época actual por la realidad social de su proliferación y por la consideración que jurídicamente merecen, lejos de una abstención típica de tiempos pasados y que tuvo reflejo en los Códigos civiles de los anteriores siglos, incluyendo el español.

Se indica igualmente que la *legislación* ha permanecido ajena a este tema, por lo menos explícitamente y hasta muy poco, aunque es bien cierto que anteriormente sí se había regulado la unión familiar de hecho en el Fuero juzgo, Fueros municipales y Las Partidas. Pero si ha carecido de expresa consideración jurídica, ello no significa que sea contraria a la ley: es alegal, no ilegal; no está prevista, pero tampoco prohibida; es ajurídica, no antijurídica; sus indudables efectos, *inter partes* en la convivencia y por la disolución y respecto a la filiación, no son ignorados por el jurista en general, ni por el juez en particular. La Constitución española no contempla directamente la unión de hecho, pero sus normas le pueden afectar directa o indirectamente: así, el artículo 9.2 impide su discriminación en aras a los principios de libertad e igualdad, el artículo 10.1 le hace aplicable el principio de dignidad de la persona y el artículo 14 al proclamar el principio de igualdad evita un trato discriminatorio; más específicamente, el artículo 39.1 proclama la protección de la familia y ésta no sólo es la fundada en el matrimonio, sino también la que se basa en la convivencia *more uxorio*. En el ámbito legislativo, sí han sido reguladas las uniones de hecho en una serie de leyes de aplicación territorial a ciertas Comunidades Autónomas y temporal a partir de su entrada en vigor.

Ante la realidad de la doctrina y la ausencia de la legislación, ha sido la *jurisprudencia* la que se ha ocupado con detenimiento de este tema, resolviendo los casos concretos que han llegado a la jurisdicción, prácticamente siempre en relación con la disolución o ruptura de la convivencia por razón de muerte o de voluntad unilateral. Se ha referido a la misma como familia natural (sentencia de 29 de octubre de 1997), situación de hecho con trascendencia jurídica (sentencia de 10 de marzo de 1998), realidad ajurídica, con efectos jurídicos (sentencia de 27 de marzo de 2001), realidad social admitida por la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencia de 5 de julio de 2001) y, por último, ha destacado que carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (sentencias de 28 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).

Respecto a la normativa, lo que ha declarado reiteradamente la Sala es que no es aplicable a la unión de hecho la regulación del régimen económico-matrimonial (sentencias de 21 de octubre de 1992, 27 de mayo de 1994, 20 de octubre de 1994, 24 de noviembre de 1994, 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997) aplicando los principios generales del Derecho, ha declarado la atribución de vivienda familiar a la conviviente más débil (sentencia de 10 de marzo de 1998) y, recientemente, ha aplicado por analogía la norma de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código civil (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002). En definitiva, no se acepta la igualdad o asimilación al matrimonio, sino que se trata de proteger a la parte que ha quedado perjudicado por razón de la convivencia y se pretende evitar el perjuicio injusto para el más débil (sentencias de 10 de marzo de 1998, cuyo párrafo ha sido transcrito y 27 de marzo de 2001).

Con base en lo expuesto se declara que la cuestión que con más frecuencia se ha planteado a la Sala, es decir, el supuesto más conflictivo, es la disolución o ruptura de la convivencia y la reclamación del perjudicado frente a la situación injusta en que queda. Este era el caso examinado: estaba acreditada la convivencia *more uxorio*, es hecho admitido la ruptura por voluntad unilateral del varón (demandado y parte recurrida en casación), hay constancia de un acuerdo relativo a los alimentos al hijo menor de edad y al uso temporal de una vivienda y, finalmente, se ha pactado el patrimonio (que ni siquiera es un gran patrimonio) adquirido constante la convivencia, que aparece como de titularidad exclusiva del varón y la carencia de bienes de la mujer (demandante en la instancia y recurrente en casación) que incluso había obtenido el beneficio de justicia gratuita para el litigio.

Ante dicha cuestión, la jurisprudencia de la Sala ha tenido en cuenta caso por caso y a la especialidad de cada uno le ha aplicado la norma más adecuada para la solución más justa. Salvo en escasísimos supuestos en que no se ha estimado la demanda, por no ser aplicable la normativa (sentencia de 24 de noviembre de 1994) o por negar todo tipo de comunidad (sentencia de 22 de enero de 2001), la ruptura por decisión unilateral no ha sido admitida como causante de un perjuicio injusto para la parte más débil (en todos los casos, ésta era la mujer), sino que se le ha reparado acudiendo a distintas soluciones: estimando que se ha producido una responsabilidad extracontractual (sentencia de 16 de diciembre de 1996), o un enriquecimiento injusto (sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), o concediendo una pensión compensatoria (sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002) o apreciando la existencia de una comunidad de bienes (sentencias de 18 de mayo de 1992 y 29 de octubre de 1997).

En el caso examinado, se llegó a la solución referida estimando innecesario acudir a la consideración de una comunidad, cuyas cuotas se presumirían iguales (artículo 393, segundo párrafo, Código civil), pues ello sería tanto como imponer a una convivencia *more uxorio* la normativa de una comunidad de gananciales o más bien, de una comunidad incluso más amplia que la ganancial (ni tampoco es ésta la solución que han dado las leyes de las Comunidades Autónomas que se han dictado sobre este tema) y presuponer una comunidad convencional (que no incidental) que nunca las partes quisieron establecer. Lo cual no significa —siempre en relación con el caso presente— llegar al absurdo de entender que una de las partes —la mujer, en este caso y en todos los que han llegado a la Sala— deba quedar desprotegida, sino que se evita el perjuicio injusto que sufriría, acudiendo a soluciones jurídicas que, si no están expresamente recogidas en el Derecho positivo, derivan de los principios generales.

En tercer lugar, gran trascendencia tiene la declaración de **inaplicabilidad del efecto interruptivo del art. 1947.1 CC en relación con la solidaridad impropia** y que se contiene en la **STS 27-5-2003 (Rc. 2837/1997)**. La deliberación originó discrepancias entre los miembros de la Sala de Justicia que la autorizó, y se dictó previa consulta a la «Junta General de los Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo», celebrada el día 27 de marzo de 2003, que adoptó, por amplia mayoría de votos, un acuerdo según el cual «*el párrafo primero del artículo 1.974 del Código civil únicamente contempla efecto interrupti-*

vo en el supuesto de las obligaciones solidarias en sentido propio cuando tal carácter deriva de norma legal o pacto convencional, sin que pueda extenderse al ámbito de la solidaridad impropia, como es la derivada de responsabilidad extracontractual cuando son varios los condenados judicialmente», entendiendo la Sala que dicho acuerdo, ha de considerarse sin perjuicio de aquellos casos en los que por razones de conexidad o dependencia, pueda presumirse el conocimiento previo del hecho de la interrupción, siempre que el sujeto en cuestión haya sido también demandado.

En el supuesto de hecho examinado, el demandante en la instancia y parte recurrente en casación sufrió un grave accidente laboral cuando trabajaba en una obra en construcción. Formuló demanda en reclamación de indemnización por el daño sufrido, fundada en el artículo 1902 del Código civil, contra los titulares de la empresa para la que trabajaba, contra la entidad promotora de la obra y contra el arquitecto superior; recayó sentencia firme de la Audiencia Provincial de Oviedo por la que se condenó a los dos primeros absolviendo al arquitecto, a indemnizarlo en la cantidad de 36.263.865 pts. No habiendo percibido dicha cantidad por insolvencia de ambos condenados formuló la demanda rectora del proceso del que trae causa la sentencia comentada, reclamando aquella misma cantidad que había fijado la anterior sentencia, al arquitecto técnico y a dos entidades aseguradoras.

Pues bien, sobre el reconocimiento por la doctrina —junto a la denominada «solidaridad propia», regulada en nuestro Código civil (artículos 1.137 y siguientes) que viene impuesta, con carácter predeterminado, «ex voluntate» o «ex lege»— de otra modalidad de la solidaridad, llamada «impropia» u obligaciones «in solidum» que dimanen de la naturaleza del ilícito y de la pluralidad de sujetos que hayan concurrido a su producción, y que surge, cuando no resulta posible individualizar las respectivas responsabilidades, la Sala declara que a esta última especie de solidaridad no son aplicables todas las reglas prevenidas para la solidaridad propia y, en especial, no cabe que se tome en consideración el artículo 1974 del Código civil en su párrafo primero, mucho menos, cuando el hecho alegado quedó imprejuizado, por propia definición, respecto de los que no fueron traídos al proceso, basándose en una presunta responsabilidad «in solidum» (la solidaridad no se presume conforme al artículo 1.137 del Código civil), que fue declarada para unos sujetos distintos de los luego, por designio del reiteradamente actor, vinculados, a los que no puede extenderse la singularidad de un pronuncia-

miento que se establece con base en las circunstancias fácticas alegadas y probadas en el asunto previo, sin que fuera de tal condena, precisamente, por inexistencia del expresado vínculo antecedente «ex voluntate» o «ex lege», puedan formularse representaciones unilaterales de solidaridad sin causa demostrada.

Y se precisa en la sentencia comentada que si bien es verdad que otras sentencias de la Sala aparentemente dan cobijo a la tesis contraria, ésa fue la razón que obligó a dirimir los diferentes criterios ante el pleno consultivo de la Sala Primera. Sin embargo, se dice, que las dichas sentencias, analizadas en sus circunstancias fácticas, en la mayoría de los supuestos o expresan razonamientos genéricos o se refieren a problemas distintos, sin que, desde luego, conste de los casos examinados, que a ninguna persona no demandada por haber concurrido, supuestamente con su conducta, a la producción de una responsabilidad «in solidum», resuelto al tema, en el primer pleito, por sentencia firme, se la pueda, transcurrido el plazo de prescripción, demandar en un segundo pleito, arguyendo la interrupción de la prescripción, por el ejercicio judicial de la acción contra los primitivos demandados.

No obstante lo expuesto, la sentencia comentada contiene un voto particular precisamente con apoyo en aquellas sentencias de la Sala que dan cobijo a la tesis favorable a la aplicación del párrafo primero del art. 1497 CC, concluyéndose en el voto comentado, tras exponer la doctrina jurisprudencial que se abandona, que debe mantenerse la jurisprudencia que declara —como dice el artículo 1974 del Código civil— que la interrupción de la prescripción frente a un deudor solidario alcanza a los demás, sin distinguir —como no distingue dicha norma— la solidaridad impropia.

Por último, la **STS 5-6-2003 (Rc. 3/2003)**, examinó la **exigencia de responsabilidad al Excmo Sr. Presidente del Tribunal Constitucional por un pretendido ataque a la dignidad u honor del pueblo catalán**. El objeto del proceso estaba constituido por el ejercicio de una pretensión de salvaguarda del honor del pueblo catalán, que se esgrimía por el Muy Honorable Presidente de la Generalidad de Cataluña y del Gobierno de la misma, siendo dos los puntos esenciales en los que basaba la parte demandante su acción por ataque a la dignidad o al honor del pueblo de Cataluña.

El primero, se determinaba por la crítica que, al entender del demandante, realizó la parte demandada sobre el concepto de nacionalidades o

comunidades históricas, que calificaba de grave error o falacia. Y lo basaba literalmente en los párrafos de la intervención de la parte demandada en un foro informativo dedicado a política y sociedad y como consecuencia de las siguientes expresiones: *«Segundo gran tema que también quiero plantearles a ustedes es el relativo a las nacionalidades que la Constitución Española ciertamente menciona, acoge. La diferencia entre nacionalidad y nación, tema arduo, importante y sobre todo, lo que se llamó en los días primeros fundacionales del régimen de nacionalidades históricas y que luego se ha seguido llamando en eso que algunos denominan lo “políticamente correcto”, y que es, dicho sea con todos los respetos, a mi juicio, gran error. Más adelante, después de referirse a que en el lenguaje de 1977, para “limar asperezas consiguiendo el consenso”, se habló de “las nacionalidades históricas”, muestra su sorpresa y disconformidad ante el hecho de que se haya recogido el término “comunidad histórica” en un diccionario de año 1.993 que edita el ministerio de Administraciones Públicas».* Y continuaba afirmando: *«En otros lugares de España, en otras comunidades, no se podía aludir esta gran falacia, dicho sea con todos los respetos ¿o es que la historia no ha atravesado y no configura otras regiones, otros territorios, otras nacionalidades españolas?...».*

Lo cual se complementaba con lo siguiente: *«una organización de nacionalidades y regiones en un territorio de España, repleto de historia, de norte a sur, de este a oeste, con unos reinos de brillante trayectoria y que no pueden seriamente quedar reducidos a segundones frente al resto de comunidades que dicen que son distintas porque plebiscitaron afirmativamente en la República un estatuto de autonomía».*

Pues bien, sobre estas afirmaciones, la Sala considera que aunque las mismas puedan constituir un error o una falacia, según la hipótesis de la parte actora, nunca pueden significar una ofensa, sino simplemente una opinión más o menos fundamentada desde un punto de vista particular, y que desde luego puede ser rebatida en el área de la discusión científica y doctrinal, pero nunca puede ser estimada como ofensa para nadie.

Es más, la tesis sostenida por la parte demandada nunca partió de la base de negar que las tres comunidades mencionadas en la Disposición Transitoria Segunda de la Constitución Española, no tuvieron el carácter de Comunidades Históricas, sino únicamente que había que añadir a ellas aquellas Comunidades que, a través de sus estatutos de Autonomía, se habían dado en ellos la denominación de «comunidades o entidades

históricas». Todo lo cual es discutible, y por tanto con la posibilidad de ser rebatido, pero que constituye un axioma impregnado de subjetivismo y voluntarismo que nunca podrá suponer un ataque por mucho que sea el tono irónico que haya empleado en enunciarlo.

El segundo punto de controversia se refería a las referencias a ciertas conductas higiénicas que se plasmaban en concreto en la siguiente frase *«...en el año 1000, cuando los andaluces teníamos y Granada tenía, varias decenas de surtidores de agua de colores distintos y olores diversos y en alguna de esas llamadas comunidades históricas ni siguieran sabían que era asearse los fines de semana»*.

Pues bien, también sobre este punto entiende la Sala que no puede haber un componente de desprecio en él, sino únicamente una divagación histórica -costumbrista-, que, se insistía, podría ser o no tenida en cuenta, ser una ocurrencia que podía hacer o no hacer gracia, pero nunca constituir una ofensa o afrenta, sobre todo por el dato de decir algo que habría acaecido hace más de diez siglos.

Como colofón, se resaltaba que como ya tiene dicho la Sala -Sentencia número 216/1999, de 8 de marzo- la crítica que formuló la parte demandada, en los términos y expresiones enjuiciados, no está sometida a juicio del Derecho, sino al juicio o parecer de otros investigadores y ensayistas. Puesto que los criterios de interpelación histórica, sociológica o política utilizables para la definición de las Comunidades Históricas en España no pueden ser conocidos en términos judiciales, ya que forman parte del amplio campo reservado al devenir científico histórico y a la libre expresión del pensamiento. Y lo mismo se había de afirmar con relación a los juicios de valor referidos a usos, costumbre, partidas y comportamientos de pueblos y demás grupos sociales.

Y se concluía que lo dicho y afirmado por la parte demandada y en su condición de Presidente del Tribunal Constitucional podía ser tenido si acaso como ajeno a los principios de moderación y prudencia, pero nunca -ni por su contenido e intención- como atentatorio a la dignidad y honor del pueblo catalán.