

La ausencia: un concepto jurídico por redefinir ante las nuevas tecnologías de la información y la comunicación

The absence: a legal concept to redefine before the new technologies of information and communication

Cristina LAÍN CASADO*

RESUMEN: Una persona ausente, en sentido técnico, no es simplemente aquella que no está presente en su domicilio o su lugar de residencia, sino que además es necesario que se produzca una falta de noticias suyas; es entonces cuando se produce el inicio de la ausencia. El problema de la ausencia se plantea por las consecuencias que puede llegar a provocar, entre ellas, que la inacción de un sujeto ocasiona una inseguridad jurídica e incluso puede implicar un perjuicio para la persona del propio desaparecido y para sus intereses, así como para los terceros que mantienen con él cualquier tipo de relación. Por estas razones, se debe pensar en una progresiva modificación de las instituciones jurídicas y de la figura de la ausencia.

PALABRAS CLAVE: ausencia; ilocalización; nuevas tecnologías; ausencia procesal; regulación civil.

ABSTRACT: A person absent, in a technical sense, is not simply one who is not present in his home or his place of residence, but it is also necessary that there be a lack of news from him; it is then when the absence begins. The problem of absence is posed by the consequences that may result, including that the inaction of a subject causes a legal uncertainty and may even involve a loss to the person of the disappeared person and their interests, as well as to the third parties that maintain any type of relationship with him. For these reasons, one should think about a progressive modification of legal institutions and the figure of absence.

KEYWORDS: absence; ilocalization; new technologies; procedural absence; civil regulation.

* Profesora de la Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla. Cuerpo Jurídico Militar-España. Contacto: <emej@oc.mde.es>. Fecha de recepción: 26/01/2018. Fecha de aprobación: 09/04/2018.

I. LA AUSENCIA EN UN SENTIDO TÉCNICO-JURÍDICO. BASES DE LA REGULACIÓN CIVIL Y ÚLTIMAS REFORMAS

Aproximarnos a la comprensión de la importancia de las situaciones fácticas de ausencia es básico para comprender la necesidad de la intervención del Derecho en la regulación de esta realidad. Al respecto, se han ido sucediendo diversos escenarios a lo largo de la historia muy vinculados a las necesidades de cada circunstancia¹. En la actualidad tampoco son infrecuentes -ni desde luego imposibles- estos fenómenos, aunque la sociedad en la que nos desarrollamos esté marcada por la evolución de las TIC's. Como muestra la realidad, el progreso de las tecnologías ha permitido poner fin a determinadas situaciones de incertidumbre acerca del paradero o existencia de una persona, facilitando la localización de un sujeto desaparecido aun en contra de su voluntad, pero no puede evitar catástrofes, guerras o calamidades que lleven a la desaparición de personas.

Por otra parte, es un hecho objetivo que hay personas quienes, por diversas circunstancias, se desentienden de sus relaciones jurídicas, de modo voluntario o no; ello habitualmente va ligado a la circunstancia de un desconocimiento acerca de su paradero o incluso de la existencia de dichos sujetos, por más que en nuestro entorno la tecnología minimice este último problema. Ahora bien, la necesidad de una intervención legal en esos supuestos es realmente importante: cumple una función preventiva para garantizar una cierta seguridad jurídica ante la incertidumbre que surge del desgobierno de un determinado patrimonio y del resto

¹ Sin ir más lejos, el desarrollo reciente de la regulación de la figura de la ausencia tuvo su origen en la época posterior a la I Guerra Mundial, ante la gran cantidad de desaparecidos. En respuesta a ello, se promulgaron importantes medidas legislativas referentes a la materia en Alemania (1916), Austria (1918), en Francia y Alemania (1919). La institucionalización de la ausencia, sin embargo, había cristalizado ya en el *code* francés de 1804. Ver OGÁYAR Y AYLLÓN, T., *La ausencia en Derecho sustantivo y adjetivo*, Madrid, 1936, pp. 17 y ss.

de las relaciones jurídicas de un sujeto, producido por su inactividad. Es por tanto esa situación de incertidumbre descrita la que motiva que el Ordenamiento Jurídico arbitre determinadas medidas de protección y defensa de los intereses del que se encuentra en situación de ausencia, así como los de los terceros que se ven afectados por ella².

Una persona ausente, en sentido técnico, no es simplemente aquella que no está presente en su domicilio o su lugar de residencia, sino que además es necesario que se produzca una falta de noticias suyas; es entonces cuando se produce el inicio de la ausencia, si bien debemos diferenciar varias fases, que trataremos de exponer más adelante³.

En este punto procede centrarse en el concepto de domicilio, para poder comprender realmente la situación de la ausencia, ya que el primer paso para que se produzca tal escenario es, como ya hemos venido anunciando, la falta de presencia de una persona de su domicilio. El domicilio puede definirse, en un sentido civil, como el lugar que la ley considera sede jurídica de una perso-

² OGÁYAR Y AYLLÓN, T., *La ausencia...op. cit.*, pp. 8 y ss., expone las razones que justifican la intervención del legislador en materia de ausencia, entendida en sentido estricto, “el legislador, por razones de humanidad, de utilidad social, y hasta de seriedad, tiene el deber ineludible de intervenir, no sólo para favorecer los derechos e intereses del ausente, el que por estar en tal situación se encuentra en la imposibilidad de atenderlos, sino también para procurar que no sufran menoscabo ni deterioro alguno, en lo cual está interesada la sociedad en general, porque la economía social está fundada en la individual [...], tiene forzosamente que ocuparse, por razón de seriedad, de los ausentes, en los que hay incertidumbre de si viven o han muerto”. Ver PERIÑÁN GÓMEZ, B., *Absentia: del factum al ius*, en RESINA SOLA, P. (ed.), *Fvndamenta Iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería, 2012, pp. 159 ss.

³ El Código civil a lo largo de su articulado emplea en determinados supuestos el término de ausencia para referirse realmente, no a una situación de ausencia en sentido técnico, sino a la simple falta de presencia. En este sentido los artículos 1.176 en sede de extinción de las obligaciones, 1.694 en sede de sociedad -sobre obligaciones de los socios entre sí-, 1.957 y 1.958, en sede de prescripción, entre otros.

na⁴. Si bien puede ocurrir que una persona tenga fijados diversos domicilios, así uno para unos asuntos determinados y otro para otros diferentes. Se distingue entre domicilio general –sede de la persona para la generalidad de las cosas– y domicilios especiales –sedes sólo para asuntos concretos–; el ejemplo más claro de estos últimos es el domicilio a efectos fiscales⁵.

La fijación del domicilio es importante en el sentido de poder concretar un sitio para que una persona pueda actuar cuando la ley lo exija. Con el desarrollo de las TIC's se ha producido una evolución en ese concepto de domicilio, pasando de ser un lugar físico a otro de carácter electrónico, como puede ser una cuenta de correo electrónico o bien la sede electrónica de una sociedad.

Como dijimos anteriormente, para que pueda hablarse de ausencia es necesario que una persona no se encuentre en su domicilio o lugar de residencia, y además que no se tengan noticias de ella⁶. Ahora debemos distinguir entre las diversas fases de la ausencia, por otra parte conocidas en tanto las recoge nuestro Código civil.

Puede ocurrir que una persona esté desaparecida sin tenerse noticias de ella, sin más, sin exigirse un mínimo periodo de tiempo de dicha desaparición, en cuyo caso si existe algún asunto que no admita demora sin grave perjuicio es necesario que se designe a un defensor en garantía de sus propios intereses, como veremos. Pero también puede darse que la ausencia sea declarada judicialmente –hablamos entonces de ausencia en sentido técnico– o que la persona haya sido declarada fallecida, lo que se origina por el hecho de la desaparición en circunstancias de peligro para la vida,

⁴ Ver CAPILLA RONCERO, F., *Derecho civil. Parte general. Derecho de la persona*, Valencia, 2003, pp. 405 y ss.

⁵ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., *El régimen jurídico del domicilio de las personas físicas*, Valladolid, 2004, pp. 77 y ss.

⁶ ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil I*, Madrid, 2009, pp. 337 y ss., aclara que la fijación del domicilio de una persona es importante no para que siempre esté o actúe en él, sino sólo cuando la ley lo crea conveniente, ya que el Derecho promulga un principio de libertad de estar, circular y actuar donde se quiera, aun cuando el sitio no sea siempre el mismo.

tales como siniestros de aeronaves y naufragios, o bien cuando la desaparición se prolonga durante un plazo amplio que marca la ley, como examinaremos a continuación.

El problema de la ausencia se plantea por las consecuencias que puede llegar a provocar. Es decir, que la inacción de un sujeto, del que se desconoce su paradero e incluso del que se duda acerca de su propia existencia, pero del que se presume que está vivo y es capaz, ocasiona una inseguridad jurídica e incluso puede implicar un perjuicio para la persona del propio desaparecido y para sus intereses, así como para los terceros que mantienen con él cualquier tipo de relación⁷. Esto es así precisamente porque la ausencia no es la simple falta de presencia en un momento determinado, sobre lo que seguiremos tratando⁸.

Teniendo en cuenta ciertos aspectos que individualizan de manera fiel la situación de que tratamos en estas líneas, la falta de noticias así como la duda acerca de la existencia del desapare-

⁷ CAPILLA RONCERO, F., *Derecho civil. op. cit.*, pp. 411 y ss. El autor se detiene en exponer los orígenes de la regulación sobre esta materia relativa a las diferentes fases de la ausencia. En un principio el Código civil distinguía tres posibilidades. La primera, la denominada ausencia presunta, la que se caracterizaba por el hecho de que prevalecía la presunción de vida de la persona desaparecida, adoptándose frente a ello una solución provisional con la finalidad de proporcionar un cuidado a los intereses, fundamentalmente económicos, del desaparecido. La segunda es la denominada ausencia declarada, en la que se produce un equilibrio entre la presunción de vida y la presunción de muerte. En la tercera de estas fases estamos ante una situación de presunción de muerte.

⁸ Díez-PICAZO-A. GULLÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 2003, pp. 273 y ss., diferencia según se trate de ausencia en sentido material o estrictamente jurídico; en el primero de ellos, la ausencia implica la simple falta de presencia, el hecho de que una persona en un momento determinado no se encuentre en el lugar en el que ha de estar. En un sentido jurídico, la ausencia implica algo más, la incertidumbre sobre su existencia, lo que viene motivado por el tiempo transcurrido y la falta de noticias de la persona. El autor define al ausente como la persona sobre la que existe la duda de si existe y del lugar de su existencia, considerando este punto como fundamental para la intervención jurídica, a través de los preceptos que sobre la materia dispone el Código civil; siendo necesaria una declaración judicial, lo que hace que esa duda nazca “oficialmente”, de la que se deriva la “situación de ausencia declarada”.

cido y la afectación del patrimonio del ausente, es necesario traer a colación la definición de la situación de ausencia legal vertida por el profesor Federico de Castro, según el cual es “la situación interina de puesta en administración de los bienes de un desaparecido (de cuya vida se duda) para su mejor protección, abierta por el auto judicial de declaración”⁹. Esta situación de ausencia legal puede concluir por diversas razones que preceptúa la ley, así por la aparición del ausente, con lo que deja de ser necesaria la intervención del representante del ausente para la protección de los intereses del mismo¹⁰, por su muerte¹¹, o bien por su declaración de fallecimiento¹², con la que llegamos a la descripción de la que se conoce como “última fase de la ausencia”: por medio de auto judicial se acuerda la declaración de fallecimiento de un individuo, una vez transcurridos los plazos que fija la ley, cesando con ella la situación de ausencia legal, estableciendo la ley una presunción de fallecimiento, *iuris tantum*. Así, en virtud del artículo 195 del Código civil se presume que el ausente ha vivido hasta el momento en que deba reputársele fallecido, salvo prueba en contrario¹³.

Para finalizar resta por señalar las modificaciones introducidas en los artículos 181 y ss. del Código civil en aplicación de la reforma operada por aplicación de la Disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, (RCL 2015/1016) *de la Jurisdicción Voluntaria*, de la que podemos mencionar tres aspectos que nos llaman la atención.

En primer lugar, las modificaciones se centran básicamente en atribuir las tradicionales funciones judiciales en esta materia

⁹ ID., *Derecho civil* cit. pp. 511 ss.

¹⁰ Art. 187. II del Código civil.

¹¹ Art. 188. I del Código civil.

¹² Art. 195 del Código civil. Ver CORRAL TALCIANI, H., *La declaración de fallecimiento*, Madrid, 1991 pp. 17 y ss.; sobre este concepto se pronunció ya DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España* Madrid, 1984, pp. 552 y ss.

¹³ A. CARRASCO PERERA, *Derecho civil. Introducción. Derecho de la persona. Derecho subjetivo. Derecho de propiedad*, Madrid, 2011 pp. 76 y ss., concluye que es esa presunción la que motiva la solicitud de la declaración de fallecimiento, por la que se tiene oficialmente por fallecida a la persona.

al Secretario Judicial; en segundo lugar, a pesar de la realidad que nos muestran los medios de comunicación y sus facilidades para conseguir localizar a una persona en paradero desconocido, o al menos siendo más útiles en cuanto a la obtención de noticias suyas, no ha venido a reducir los plazos exigidos para la declaración judicial de ausencia; y en tercer lugar y desde una perspectiva positiva, este acortamiento de los plazos, que a nuestro juicio es necesario, tan sólo se ha materializado en sede de declaración de fallecimiento en caso de aeronave siniestrada, o nave naufragada o desaparecida por inmersión en el mar, en virtud de la nueva redacción dada al artículo 194.

II. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA AUSENCIA PROCESAL

A) CUESTIONES GENERALES

El desarrollo tecnológico ha afectado a otros ámbitos en los procedimientos judiciales. Existen medios tecnológicos que facilitan la presencia virtual de un sujeto, así como su posibilidad de actuar, en caso de que por diversas razones fundamentalmente debido a la distancia física, esté impedida para actuar.¹⁴ Esta evolución ha motivado diversas reformas, como la necesidad de modificaciones legislativas en materia procesal penal, es el caso del uso de los dispositivos de vigilancia electrónica –pulsera electrónica–, las filmaciones mediante videocámaras en orden a la obtención de pruebas de convicción judicial reguladas en la Ley Orgánica 4/1997, de 4 de agosto, *por la que se regula la utilización de las videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares*

¹⁴ MONTESINOS GARCÍA, A., *La videoconferencia como instrumento probatorio en el proceso penal*, Madrid, 2009, pp. 20 ss. Un claro ejemplo del uso de las nuevas tecnologías en un proceso penal fue el juicio llevado a cabo tras los atentados terroristas de Madrid del 11 de marzo de 2004, donde se practicaron varias pruebas testificales mediante videoconferencia.

públicos, las grabaciones tanto del atestado como de las declaraciones de los testigos y las víctimas en soporte audiovisual –novedad introducida por Ley 38/2002, de 24 de octubre, *de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, sobre el procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas-, así como el empleo de la videoconferencia u otros sistemas similares que permitan la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido para la práctica de determinadas pruebas y de otras diligencias¹⁵.

De lo anterior ha resultado la necesidad de modificación del Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, (LEG 1882,16) *aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* (en adelante, LECrim.), la cual se considera desfasada por el hecho de que en el momento de su promulgación aún no existían los mencionados adelantos tecnológicos, ello en sentido coherente con el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, Sala Primera, en sentencia STC de 18 de enero de 1993, para el que las normas jurídicas han de ser interpretadas en el contexto social del tiempo en que hayan de ser aplicadas con el apoyo que brinda el progreso tecnológico. En el

¹⁵ MONTESINOS GARCÍA, A., *La videoconferencia... op. cit.*, pp. 48 y ss. Como consecuencia del importante desarrollo de los medios de transmisión del sonido y la imagen es posible la práctica de actos procesales sin la comparecencia personal del sujeto requerido, que antes era esencial para la práctica de la prueba, como es el caso de la declaración del imputado, del testigo y la del perito, tanto en la fase del juicio oral como en la fase de la instrucción. Se trata en definitiva de facilitar la intervención en juicio del sujeto para el que dicha comparecencia pueda resultar gravosa o perjudicial; el caso más habitual es el de los testigos, peritos e incluso el propio imputado, cuando éstos residen fuera de la sede física del juzgado o el Tribunal, resultándoles gravoso o perjudicial comparecer ante él, evitándose su desplazamiento a través de este nuevo medio tecnológico. La ventaja del empleo de la videoconferencia es evidente en la práctica, ya que evita suspensiones del procedimiento por incomparecencia de personas que deban presentarse en el juicio oral. La videoconferencia es un instrumento técnico auxiliar al servicio de la Administración de Justicia, es una nueva forma de practicar pruebas mediante el empleo de los avances tecnológicos con los que contamos actualmente, con el fin de agilizar las diligencias pertinentes en un proceso penal, evitando con ello la frustración del mismo.

ámbito procesal penal, el empleo de la videoconferencia no es un recurso de uso generalizado, pero llegará un día en que sí lo sea, ya que existe un importante obstáculo en la actualidad, cual es el miedo de los juristas y profesionales del Derecho a la aplicación de las TIC's¹⁶.

En este sentido se pronunció la Ley 1/2000, de 7 de enero, (RCL 2000/34) *de Enjuiciamiento Civil* (en adelante, LEC), la cual permite la posibilidad de presentación de escritos y documentos, así como la práctica de actos de notificación por medios telemáticos, electrónicos y otros similares, los cuales facilitan por tanto la actuación de los sujetos no presentes. La LEC prevé el uso de las tecnologías en la práctica probatoria, admitiendo dos nuevos medios de prueba: los medios audiovisuales y los instrumentos de archivo¹⁷.

Asimismo se ha experimentado una modificación en el tratamiento de la rebeldía en el proceso, esto es, las consecuencias que se derivan de la falta de comparecencia del demandado en el proceso¹⁸.

¹⁶ MONTESINOS GARCÍA, A., *La videoconferencia... op. cit.*, pp. 153 y ss.

¹⁷ La documentación de las actuaciones civiles puede obtenerse a partir de medios de grabación y reproducción de la imagen y el sonido, debiéndose registrar en soporte apto las actuaciones orales en vistas y comparecencias (art. 147 LEC, según redacción dada por Ley 42/15, de 5 de octubre, (RCL 2015/1525) *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*); el envío y la recepción de escritos y documentos puede hacerse a través de actos de comunicación electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones o de semejante naturaleza; asimismo se prevé el envío y la recepción de escritos entre Tribunales y sujetos interesados por medios técnicos (artículo 135 LEC, según redacción dada por Ley 42/15, de 5 de octubre, (RCL 2015/1525) *de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil*), entre otros. Asimismo, nuestro sistema legislativo permite el empleo de otros medios similares a la videoconferencia, en virtud del artículo 306 LEC "...mediante videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido", con lo que podría admitirse el empleo de la webcam, o sea, una pequeña cámara digital conectada a un ordenador que puede capturar imágenes y transmitir las a través de Internet en directo.

¹⁸ Artículo 496.1 de la LEC, según redacción dada por Ley 13/2009 de 3 de noviembre, (RCL 2009/20290) *de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial*. MONTESINOS GARCÍA, A., *La vi-*

B) La ilocalización del demandado

Asimismo, han surgido en la práctica jurisprudencial determinados supuestos caracterizados por la complejidad en la localización del demandado por parte de los órganos jurisdiccionales. Este problema se ha visto agravado en los últimos tiempos por la falta de presencia física de las personas, sean individuos o entidades,

deoconferencia... op. cit., pp. 70 y ss. De diversos preceptos legales, tales como los arts. 687, 739 o 786.1 LECrim., resulta el deber de presencia del acusado en la vista oral, sin perjuicio de que en determinados supuestos -como juicios de faltas- sea posible juzgar a una persona en su ausencia, siempre y cuando el juez le hubiere citado previamente con las debidas formalidades, sin que sea necesaria su declaración. Sin embargo, el Derecho ampara asimismo la celebración del juicio oral sin la presencia física del acusado a través del empleo de nuevas tecnologías, debiendo actuarse en esos casos con más cautela que cuando esa intervención es protagonizada por un testigo o perito, pues tratándose del imputado pueden ponerse en tela de juicio determinados principios y derechos fundamentales. En este mismo sentido, MORENO CATENA V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal Penal*, Valencia 2011, pp. 115 y ss., se pronuncian acerca del carácter no imprescindible de la presencia del sujeto pasivo en la fase de instrucción del procedimiento; de modo que, de no ser habido el mismo, la instrucción se continuará en su ausencia -con el perjuicio que para el mismo implica, pues no puede solicitar del Instructor la práctica de diligencias oportunas para fundar su defensa en juicio-; si bien por otro lado, se trata asimismo de garantizar su comparecencia, por lo que el Instructor debe citarlo o dictar contra él una medida preventiva, limitativa de su libertad, pasando a disposición judicial. En cambio, para celebrar el juicio oral el acusado debe estar presente, de modo que sin su presencia no puede dictarse sentencia si el mismo ha sido declarado en rebeldía. Si bien esa presencia -por el desarrollo de las TIC's- se ha facilitado a través de los medios informáticos y telemáticos. Asimismo, es posible la celebración del juicio sin la presencia del acusado en los procedimientos por delitos que llevan aparejada pena de prisión no superior a dos años, o de otra naturaleza que no exceda de seis años, así como en los juicios de delitos leves (anteriores faltas), siempre que el interesado hubiere sido citado con las formalidades requeridas legalmente y que el juicio se celebre con la intervención del abogado defensor del acusado ausente (art. 786.1 LECrim.).

debido al empleo de los medios telemáticos, como forma de interrelación social y laboral de manera cada vez más habitual.

La jurisprudencia ha tratado de atajar el problema esencial de la ausencia, que no es otro que la imposibilidad o falta de voluntad de actuación del ausente, según que la situación se haya ocasionado de manera involuntaria o de modo consciente por parte del ausente respectivamente.

Señala la jurisprudencia que el domicilio del demandado –a efectos de localización y requerimiento del mismo– será el real al tiempo de la demanda en el que pueda ser hallado y requerido, aun cuando no sea el expresado en la demanda o contrato del que trae causa la acción correspondiente que se ejerce. De modo que si el domicilio del demandado ha cambiado tras la admisión de la demanda, se estará entonces a la competencia territorial, salvo que en todo caso fuere posible llevar a efecto el requerimiento.

Puede ocurrir que el demandado no fuere conocido, por lo que se deberán llevar a cabo todas las posibles gestiones de comprobación oportunas¹⁹.

¹⁹ Supone ello que si, admitida la demanda, se averigua que el domicilio del deudor no era realmente el designado en la misma, sea por error sea por cambio sobrevenido con anterioridad a la demanda habrá, por aplicación analógica del art. 48 LEC, de declararse la inhibición a favor del Juzgado territorialmente competente incluso de oficio -Auto Audiencia Provincial de Granada (Sección 5ª), núm. 72/2010 de 7 de mayo (JUR 2011, 19535)-, sin que sea óbice la previsión del art. 411 LEC que sólo rige cuando se comprueba un cambio de domicilio posterior a la admisión de la demanda que no impedía en su momento practicar el oportuno requerimiento-Auto del Tribunal Supremo (Sala de la Civil, Sección 1ª) de 22 de abril de 2014 (JUR 2014,138280); Auto del Tribunal Supremo (Sala de la Civil, Sección 1ª) de 9 de octubre de 2012 (JUR 2012, 351443); Auto del Tribunal Supremo (Sala de la Civil, Sección 1ª) de 11 de abril de 2005 (RJ 2005, 3722). Criterio también aplicable en los supuestos en que el domicilio señalado en la demanda, el deudor no sea conocido o sea erróneo. En estos casos se impone practicar las gestiones necesarias para la localización y averiguación del domicilio real que habrán de agotarse hasta su comprobación, sin perjuicio de que como resultado de esas gestiones fallidas pueda ser hallado en otro lugar para practicar el requerimiento en orden a pronunciarse sobre una competencia territorial distinta que ha de quedar previamente acreditada, y una vez agotando las gestiones oportunas para averiguar el lugar en que

Si el demandado ostenta la condición de persona jurídica y no física, a fin de determinar el órgano judicial competente para conocer del asunto han surgido dos teorías contradictorias; por un lado, la teoría general –apoyada por el Tribunal Supremo– la cual sostiene que debe estarse al domicilio social con independencia del administrador que deba ser requerido, siendo por tanto lo relevante el domicilio del deudor; y por otro, la teoría minoritaria –que ha mantenido el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía– que sigue el criterio del domicilio en que pudiere ser hallado el administrador a efectos de requerimiento²⁰.

En materia de contratos, encontrándose desaparecido de su domicilio y lugar de residencia una de las partes, en concreto la obligada al pago -el comprador-, no respondiendo al requerimiento del vendedor se origina un incumplimiento del contrato, y con ello, la posibilidad de la resolución del mismo²¹.

podría ser hallado el deudor para su requerimiento (Sentencias del Tribunal Supremo 20 de mayo de 1996 (RTC 1996, 80), de 8 de julio de 1996 (RTC 1996, 120); de 23 de junio de 1997 (RTC 1997, 116); de 22 de abril de 1997 (RTC 1997, 85); y de 11 de marzo de 1997 (RTC 1997, 46).

²⁰ El Auto de la Audiencia Provincial de Granada de 29 de septiembre de 2009 (AC 2009, 2251) hace mención a la doctrina constante del Tribunal Supremo, según la cual por domicilio del deudor demandado ha de entenderse el real al tiempo de la demanda en que puede ser hallado y requerido, aunque no sea el expresado en la demanda o en el contrato de que trae causa la acción. Tal doctrina aparece recogida en diversas sentencias del Tribunal Supremo, como las de fecha 7 de octubre de 2005 (RJ 2005, 97); de 12 de noviembre 2004 (RJ 2005, 2533); de 16 de marzo de 2005 (RJ 2005, 7031); de 16 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 2098); y de 14 de junio de 2006 (RJ 2006, 6040). Señala el Auto del Tribunal Supremo de 2 de febrero de 2004 (JUR 2004, 32268): “Toda esta doctrina se mantiene con algunas matizaciones cuando la demandada en juicio monitorio es una sociedad o persona jurídica. En este caso, para determinar el fuero legal e imperativo habrá de estarse o será suficiente para aceptar la competencia territorial, la del partido judicial del que sea domicilio social de la entidad cualquiera que sea el del administrador o representante con el que se haya de practicar el requerimiento, lo que opera, incluso, en los casos frecuentes en que la sociedad haya dejado de funcionar en esa sede social, o haya desaparecido *de facto* o quedado sin actividad.”

21 Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 19 de enero de

Señala la jurisprudencia la imposibilidad del cumplimiento del contrato con causa imputable a una de las partes, el comprador, el cual se encuentra ilocalizado e ilocalizable, lo que en definitiva implica su imposibilidad de actuar y cumplir con sus obligaciones, y por ello es por lo que la jurisprudencia ha tratado de evitar las consecuencias propias del problema de la ausencia, esto es, la inseguridad que genera la falta de noticias de una persona respecto de las relaciones jurídicas mantenidas con terceros, con el vendedor en este caso.

III. LA ILOCALIZACIÓN DE UNA PERSONA EN EL MARCO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

Las consecuencias que se originan por el hecho de que un sujeto se encuentre en situación de ausencia, entendida en el sentido técnico-jurídico moderno, o simplemente en situación de desaparecido, son muy notables desde el punto de vista del Derecho. Como sabemos, tales efectos pueden ocasionarse tanto si la desaparición ha sido voluntariamente provocada por el sujeto como si lo ha sido de manera involuntaria²². Los casos más frecuentes de desaparición son los de enfermos que pierden la orientación

2000 (AC 2000, 214). “El hecho de que se hallen los demandados en rebeldía, no implica allanamiento ni conformidad a los hechos constitutivos de la demanda, ni exime de la obligación de examinar los presupuestos de la acción. En el caso que se nos plantea se observaba el problema de la imposibilidad de comunicación con los demandados (compradores), y no por causa de la inactividad del actor, sino por la propia conducta de los mismos, quienes desde 1991 no sólo han dejado de abonar los plazos de abono del contrato de compraventa celebrado en 1989, según acredita la documental sino que además han desaparecido de su lugar de residencia, que no era otro que el inmueble objeto del contrato.”

²² CARRASCO PERERA, A., *Derecho civil... op. cit.*, pp. 161 y ss., enumera las distintas situaciones en relación con la ausencia que prevé el Código civil, la primera de las cuales es la simple desaparición de la persona que preceptúa el artículo 181, situación para la que se establece la posibilidad de adoptar una serie de medidas provisionales, dirigidas a la protección y defensa del patrimonio del desaparecido, que se van a adoptar independientemente de que

y no saben regresar a su domicilio, los de jóvenes internados en centros en régimen abierto que salen del establecimiento y no regresan, y los de adolescentes que no se atreven a entregar las calificaciones académicas a sus padres o tutores. Pero también se dan entre los menores que sufren acoso escolar, así como personas con tendencias suicidas²³. Asimismo las estadísticas de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado indican que entre los desaparecidos predominan las mujeres, los menores de edad y las personas solteras²⁴.

Sin embargo, tales estadísticas no son fiel reflejo de la realidad, ya que la policía ha declarado en varias publicaciones que el número real de desapariciones es imposible de conocer, dado que es muy frecuente que muchas familias acudan a las comisarías a presentar una denuncia y luego se olviden de retirarla, una vez que la persona es encontrada o regresa a su domicilio, aunque hayan transcurrido unas horas o varios días, o bien que se denuncie la desaparición de una persona varias veces, y los supuestos más frecuentes de fugados, como los menores que regresan a los centros de acogida sin que llegue a comunicarse dicho regreso²⁵. Existen casos en los que el desaparecido no se coloca en dicha situación de manera intencionada, el más usual en la actualidad es el de los desaparecidos por haber sufrido un accidente de tráfico. Empero, hay supuestos en los que la desaparición es absolutamente voluntaria, es decir, personas que, ajenas a la angustia que su desaparición provoca en su familia y a su entorno social, laboral, o de otra índole, desean no ser localizadas²⁶.

esa situación haya sido o no ocasionada de manera voluntaria por el mismo desaparecido.

²³ Consultado en: <www.sosdesaparecidos.es> (20 de septiembre de 2017)

²⁴ Consultado en: <www.eldia.es> (Edición del 17 de marzo de 2007) (30 de julio de 2017)

²⁵ Consultado en: <<http://sosdesaparecidos.es/estadisticas-desaparecidos-2015>> (25 de septiembre de 2017)

²⁶ Consultado en: <http://www.interior.gob.es/documentos/10180/6960463/Informe_Desaparecidos_Espa%C3%B1a_2017>

Nos planteamos cuál es el panorama actual que este problema presenta en relación con las Tecnologías de la Información y la Comunicación (en adelante, TIC's), pues los rastros que las mismas dejan respecto de nuestros datos personales en las diversas plataformas son evidentes: Diarios oficiales, Boletines oficiales²⁷, redes sociales, registros telefónicos y bancarios, etc., aun en contra de la voluntad del que pretende dejar de actuar, colocándose con ello en una situación de desaparición que podemos denominar voluntaria. Ello lleva a que nos planteemos si es posible que una persona quede totalmente al margen de las Nuevas Tecnologías a través de los diversos medios a nuestro alcance (redes sociales, telefonía, video-vigilancia, correo electrónico, aplicaciones de internet, *e-commerce*, medios de pago, etc.).

Por otra parte, el desarrollo de las TIC's ha promovido la existencia de información sobre desaparecidos en internet, a través de la creación de diversas webs que versan sobre la materia y tratan de dar apoyo a los familiares y al resto de afectados por la desaparición de un ser querido²⁸. A pesar de la evolución de la técnica, los casos

pdf/16f1015e-c91a-460a-9f55-059bb970a0cb> (16 de noviembre de 2017)

²⁷ SUBIZA PÉREZ, I., *La Protección de datos y sus mundos*, Pamplona, 2009, pp. 174 y ss., destaca la importancia de la implantación de las nuevas tecnologías en las Entidades locales, a través de la Ley 57/2006, de 16 de diciembre *de medidas de modernización del gobierno local*, que dispone en su Exposición de motivos, "En materia de participación ciudadana, se establecen unos estándares mínimos que constituyen los mecanismos necesarios para su potenciación (...) la aplicación necesaria de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación de forma interactiva, para facilitar la participación y comunicación con los vecinos, puede constituir un importante instrumento participativo".

²⁸ Consultado en: <www.abc.es> (19 de junio de 2012) publica una entrevista al Presidente de la Asociación SOS Desaparecidos, organización que sin ánimo de lucro trata de cooperar en la localización de las personas desaparecidas y de apoyar a las familias. En ella se afirma: "Nadie está preparado psicológicamente para vivir día tras día con la experiencia de tener un familiar desaparecido. Necesitamos una página final para poder continuar. Nuestro día a día consiste en aprender a sobrevivir". Son las palabras con las que Joaquín Amills describe un sentimiento común a los familiares de las entre 12.000 y 14.000 personas que están desaparecidas en nuestro país. Un sentimiento al

de desaparición de personas son más frecuentes de lo que nos pudiéremos imaginar, sin perjuicio de importantes avances en las investigaciones. Se interviene de manera casi inmediata en lo que se denominan las «desapariciones inquietantes», es decir, en casos de personas que no den indicios de que hayan provocado su desaparición de manera voluntaria. En estos supuestos no es necesario esperar el mínimo 24 horas para presentar la denuncia, siendo posible comenzar a trabajar de inmediato. El número real de desaparecidos anualmente en España es complicado de determinar, e incluso hay quien entiende que no es posible proporcionar un dato oficial²⁹. Lo cierto es que la cifra de desaparecidos sigue siendo extremadamente elevada³⁰.

que, asegura, con el paso de los días, meses y años, se le suma el de la «autoculpabilidad», que a su vez convive con las miles de preguntas que surgen en su cabeza sobre el paradero de su desaparecido, en este caso, su hijo. <http://elcorreoweb.es/espana/sobrevivir-pese-a-un-dolor-permanente-FB2267610> (Consulta 18 de octubre de 2017)

²⁹ El Presidente de la Asociación SOS Desaparecidos, en la entrevista aludida en la nota inmediatamente anterior, continúa exponiendo que no es posible hacer referencia a una cifra de desaparecidos de carácter oficial, “simplemente no la hay”, se puede dar tan solo una cifra estimada junto con otras asociaciones y gracias a la ayuda de los familiares. “Es una cifra que nosotros hemos barajado, según el Ministerio del Interior es menor aunque no se precisa cuál es. Por otro lado, también hay que tener en cuenta que actualmente en la morgue hay entre 4.000 y 5.000 cuerpos sin identificar, a los que no se les ha hecho las pruebas de ADN, que se tendrían que comparar con las bases de datos de los desaparecidos (programa Fénix)”. Esa dificultad la basa el mencionado entrevistado en una «falta de recursos» que lleva a casos extremadamente angustiosos, mencionando el de Raúl Casero quien, tras diez años desaparecido, resultó que había muerto a sólo cuatro kilómetros de su casa el mismo día que desapareció; posteriormente su familia recibió la notificación de que había sido enterrado, sin identificar, junto a otras tres personas.

³⁰ De acuerdo con la información publicada en <www.abc.es> de 19 de junio de 2012 (consulta de 28 de septiembre de 2017), desde el año 2010, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han registrado un total de 11.575 denuncias de desaparición de menores. A día de hoy, 918 siguen abiertas. Se estima también que, según cifras de SOS Desaparecidos, al año se presentan unas mil denuncias por desaparición de personas mayores de 65 años, un 4% del total.

Vivimos en la sociedad de la información, donde proporcionamos datos personales para todo tipo de actividades, tales como nuestro nombre y apellidos, la fecha de nacimiento, la dirección postal o de correo electrónico, nuestro número de teléfono o el DNI; se trata de información que permite identificar a una persona o bien hacerla susceptible de identificación. Estos datos son recogidos en ficheros automatizados, utilizados por Administraciones públicas y por empresas privadas en el desarrollo de su actividad.

Pero, como es sabido, existen límites al tratamiento de nuestros datos almacenados en ese tipo de ficheros. Como medida para garantizar que el responsable del fichero actuará de manera adecuada, se imponen al mismo las obligaciones de preservar la

En <www.larazon.es> de 21 de noviembre de 2012 (consulta de 1 de octubre de 2017) se lee que más de diez mil personas desaparecen en España cada año sin ninguna causa aparente (34 cada día), con el consiguiente sufrimiento que supone para las familias. En muchos casos, la desaparición de una persona puede afectar a toda la comunidad, sobre todo cuando se trata de una persona que es la que sostiene económicamente su hogar, por lo que los familiares quedan librados a su propia suerte. En el periodo 2007-2011, la Policía Nacional ha recibido 72.018 denuncias de desapariciones, de las que cerca de 48.000 son de españoles, según los últimos datos de los que dispone el Ministerio del Interior, a los que ha tenido acceso *La razón*. Muchas de estas desapariciones corresponden a jóvenes menores de 18 años que se ausentan de casa por una patalaya o discusión que han mantenido con sus padres, o por una locura amorosa, aunque lo normal suele ser también que vuelvan al hogar en un par de días. Cabe señalar que la eficacia policial en estos casos se sitúa en un 70% a un mes vista, en el 90% en un año, y más del 96% en más de un año. Desde 1989, fecha desde la que existe una base de datos de personas desaparecidas, el porcentaje de extranjeros entre los desaparecidos representa el 70%. Además, la gran mayoría de ellos son menores de edad y de procedencia magrebí (marroquíes y argelinos) que se han fugado de los centros de acogida. Es más, según la Policía muchas de estas denuncias de menores no se retiran pronto.

Otro dato interesante es el de las desapariciones «inquietantes», que son aquellas en las que están implicadas terceras personas y en las que la Policía estima que puede tratarse de secuestros e incluso de asesinatos, de las que se producen en España entre cinco y diez casos al año.

calidad de los datos³¹, la seguridad³² y el secreto de los mismos³³. Estos principios implican, entre otras consecuencias, que cuando los datos dejan de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la que hubiesen sido recabados deben ser cancelados.

La cuestión que debemos analizar es si efectivamente los datos se llegan a cancelar en la práctica. Lo habitual es cancelar los datos de modo automático cuando dejan de ser necesarios, pero en muchas ocasiones existe la obligación de conservarlos por razones legales de responsabilidad, o bien por el tipo de dato de que se trate y la finalidad del fichero. Por otro lado, puede ocurrir que el titular de los datos personales que se están tratando pretenda impedir dicho tratamiento mediante el ejercicio de los derechos

³¹ REBOLLO DELGADO, L., *Derechos fundamentales y protección de datos*, Madrid, 2004, pp. 146 y ss.; Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales para Corporaciones de Derecho público* (Madrid 2008) pp. 567 ss. Este principio legal tiene un contenido complejo manifestado en varios sub-principios fijados en el artículo 4 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de *Protección de Datos de Carácter Personal*: la proporcionalidad, que supone que no se pueden emplear los datos para una finalidad distinta de aquella sobre la que se informó y la exactitud de los datos personales para un adecuado tratamiento de los mismos.

³² Artículo 9 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, (RCL 1999/3058) de *Protección de Datos de Carácter Personal*. Ver Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales...* op. cit., pp. 580 y ss.; SUBIZA PÉREZ, I., *La Protección de datos*, pp. 70 y ss.

³³ El artículo 10 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, (RCL 1999/3058) de *Protección de Datos de Carácter Personal* impone a quienes intervengan en cualquiera de las fases del tratamiento de datos la obligación de guardar secreto profesional sobre esos datos, subsistiendo dicha obligación aun después de haber finalizado su relación con el responsable del fichero. REBOLLO DELGADO, L., *Derechos fundamentales...* op. cit., pp. 151 y ss. Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales...* op. cit., pp. 583 y ss.

de cancelación³⁴ y de oposición³⁵. Sobre el responsable del fichero recaen las obligaciones consistentes en garantizar el cumplimiento de los deberes de secreto y seguridad, y el ejercicio de los derechos de cancelación y oposición al tratamiento³⁶.

Como sabemos, en el caso de que el interesado ejercite debidamente estos derechos, siendo infructuosas sus solicitudes de cancelación u oposición al tratamiento de sus datos de carácter personal, se podría obtener la tutela pretendida dirigiéndose a la

³⁴ PIÑAR MAÑAS-A. CANALES GIL, J.L., *Legislación de protección de datos*, Madrid, 2008, pp. 56 y ss.; Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales* cit. pp. 601 ss.; SUBIZA PÉREZ, I., *La Protección de datos* cit. pp. 108 ss. El derecho de cancelación implica el bloqueo de tales datos, que sólo podrán emplearse para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales. Asimismo, deben suprimirse los datos de que se trate una vez transcurrido el plazo legal de prescripción de las responsabilidades legales derivadas del tratamiento. Este derecho se encuentra regulado en el artículo 16 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, (RCL 1999/3058), de *Protección de Datos de Carácter Personal*.

³⁵ PIÑAR MAÑAS-A., J.L. y CANALES GIL, *Legislación de protección... op. cit.*, pp. 67 y ss.; Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales* cit. pp. 599 ss. Por lo que toca al derecho de oposición, cuyo procedimiento aparece regulado en el artículo 17 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, (RCL 1999/3058) de *Protección de Datos de Carácter Personal*, puede ser ejercitado por el titular de los datos de carácter personal, en base a un motivo legítimo y fundado respecto de su situación personal; por ejemplo, nos referimos a quienes han sido víctimas de violencia de género, ya que por motivos de seguridad se debe preservar su intimidad de manera mucho más cautelosa. Es decir, que en estos casos no basta con la mera voluntad del interesado. El titular de los datos también puede ejercitar este derecho de oposición, sin necesidad de alegar motivo alguno, en el caso de que el tratamiento tenga la finalidad de adoptar una decisión que le afecte directamente, sobre la base de un tratamiento meramente automatizado de los datos.

³⁶ El artículo 44.3e) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, (RCL 1999/3058) de *Protección de Datos de Carácter Personal*, según redacción dada por Ley 2/2011, de 4 de marzo (RCL 2011, 384) de *Economía Sostenible*, se tipifica como una infracción grave el impedimento o la obstaculización del ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición (en adelante, derechos ARCO).

Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) o a las Agencias autonómicas existentes en las Comunidades Autónomas de Madrid, Cataluña y País Vasco, cuando se trate de ficheros de Administraciones públicas bajo su competencia³⁷.

Desde la perspectiva que venimos tratando a lo largo de nuestro trabajo, el de la falta de noticias de una persona, llegando a dudarse incluso de su propia existencia, debemos advertir que los medios de comunicación y el desarrollo de las TIC's han permitido en los últimos años obtener datos de los individuos, incluso de su localización o existencia, aun en contra de su voluntad. Es esto lo que nos hace plantearnos la cuestión, ya comentada, de si realmente pueden existir casos de ausencia en la actualidad teniendo en cuenta el avanzado estado de la tecnología para la localización de personas e identificación de restos humanos³⁸.

³⁷ Ver el artículo 18 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, (RCL 1999/3058) de *Protección de Datos de Carácter Personal* en materia de tutela de los derechos ARCO. El Tribunal Constitucional en sentencia de 30 de noviembre de 2000 (RTC 2000,290), resalta la importancia que en el sistema de protección de datos tiene la Agencia Española de Protección de Datos, respecto de la que señala literalmente que es “un Ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones”; y al que se le atribuyen determinadas facultades “para asegurar, mediante su ejercicio, que serán respetados tanto los límites al uso de la informática como la salvaguarda del derecho fundamental a la protección de datos personales en relación con todos los ficheros, ya sean de titularidad pública o privada”. Cfr. PIÑAR MAÑAS-A. CANALES GIL, J.L., *Legislación de protección...* op. cit., pp. 29 y ss.; SUBIZA PÉREZ, I., *La Protección de datos...* op. cit., pp.111 y ss.

³⁸ El avance tecnológico ha permitido que se facilite la labor de búsqueda de una persona desaparecida a través de geo- radares, como el caso de los dos menores desaparecidos en la finca cordobesa de sus abuelos paternos, “Las Quemadillas”, en cuyo procedimiento resultó investigado José Bretón, el padre de los niños, siendo finalmente condenado por diversos delitos. Ver resumen de noticias de <www.europapress.es> de 26 de junio de 2012. (Consulta de 13 de septiembre de 2017). Asimismo, debemos reseñar la posibilidad de localizar restos humanos a través del análisis del ADN. Respecto de estos avances ya se pronunciaba OGÁYAR Y AYLLÓN, T., *La ausencia...* op. cit., p. 17: “Son dema-

Pensemos en nuestra vida diaria. El simple hecho de comunicarnos a través de las redes sociales, blogs, espacios en los que compartimos fotografías y videos nuestros con otras personas, de nuestros amigos, nuestros familiares e incluso de personas con las que no mantenemos una relación directa. Es posible incluso que éstas no sean partidarias del empleo de dichas técnicas, y reacias a mostrar datos sobre su identidad o su intimidad en la llamada Web 2.0 y en las diversas redes sociales³⁹. Dichas acciones podrían ser constitutivas de alguna falta o delito, derivándose de ellas responsabilidades por daños causados a la imagen o intimidad o reputación de terceros⁴⁰.

siados estados de ausencia, y demasiado largos los plazos, para que merezca nuestro aplauso el sistema del Código, porque hoy día, con los poderosos y rapidísimos medios de comunicación de que se dispone... es muy difícil, y casi hasta imposible, que no se logre averiguar el paradero de una persona, y que ésta, si quiere, no pueda dar noticia de su existencia”.

³⁹ El problema lo encontramos en los supuestos en los que el derecho a la protección de datos de carácter personal entra en colisión con otros derechos o intereses legítimos, siendo necesaria una ponderación de tales derechos, sin que la solución óptima sea la supremacía de un derecho aboliendo de manera absoluta al otro. Puede surgir la colisión de derechos entre el que divulga dicha información, el cual podría estar ejerciendo su derecho a la libertad de expresión e información, y el titular de los datos que se divulgan, quien ve afectado su derecho a la intimidad. En todo caso, no podemos olvidar que para ejercer legítimamente el derecho de información o de libertad de expresión se deben cumplir unos requisitos, como son que los hechos o personas sobre las que recaiga la información tengan relevancia pública, y que la información sea veraz y de interés público, respetando en todo caso la dignidad de la persona afectada por la información vertida. Por su parte, ya PÉREZ LUÑO, A.E., *Manual de informática y Derecho*, Barcelona, 1996, pp. 43 y ss., identificaba un nuevo concepto, el de libertad informática, como un derecho de autotutela de la identidad informática, como el derecho de controlar, esto es, conocer, corregir, quitar o agregar, los datos personales inscritos en un programa electrónico. Sobre el particular, vide, por ejemplo, MURILLO DE LA CUEVA, L., *El Derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid, 1990, pp. 173 y ss.; ID. *Las vicisitudes del Derecho de la protección de datos personales*, en *Revista Vasca de Administración Pública* 58-2, 2000, pp. 211 y ss.

⁴⁰ Así O'CALLAGHAN, X., *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, 1991, pp. 90 y ss., afirma: “una persona privada en

Incluso lo que para nosotros puede parecer la prestación de

sí misma y en su intimidad, tiene su intimidad protegida como derecho, con todos sus problemas conceptuales y de matiz. Pero si la actividad de una persona es o puede ser pública, en el sentido de afectar a mayor o menor número de ciudadanos, tienen derecho a conocer datos de su círculo íntimo; datos que sean verdaderos; si son falsos, la persona tendrá la protección de su derecho al honor. Pero si son ciertos, su intimidad se diluye, se difumina -es decir, disminuye- en beneficio de los ciudadanos a quienes afecta su actividad pública. Y ello, porque el círculo íntimo de la persona se proyecta -por razón de su actividad pública- a un núcleo de ciudadanos que, al verse afectados, no se les puede oponer la barrera de aquel círculo, porque ya no es exclusivamente íntimo, sino que les puede afectar.” Ver también SARAZÁ JIMENA, R., *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Pamplona, 1995, pp. 36 y ss.

En la práctica uno de los supuestos más frecuentes es el de colisión del derecho de protección de datos y el de información, el cual se hace efectivo a través de la publicación de determinada información en boletines oficiales. La solución que se brinda a este caso desde la Agencia Española de Protección de Datos es la aplicación de medios técnicos reconocidos por todos los buscadores para evitar la indexación en un buscador, es lo que se conoce como “protocolos de exclusión”. Se trata por tanto de conseguir que ese dato concreto que aparece publicado en un boletín oficial se siga manteniendo como original, si bien el responsable del sitio web en el que aparece debe aplicar determinados mecanismos técnicos que impidan que el citado dato sea indexado por buscadores. Parece ésta una solución adecuada que permite la protección de los derechos en juego, siendo diferente del tratamiento que deben recibir datos que nosotros mismos publicamos en las redes sociales sobre nuestra persona, respecto de los que podemos solicitar su cancelación, en los términos anteriormente vistos. Existe diversa jurisprudencia que ha venido matizando que el derecho a la libertad de información prevalecerá sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal en aquellos casos en los que la información objeto de publicación sea veraz y además resulte de relevancia pública, en virtud de la materia de que se trate, por ser de especial relevancia, así como la de las personas a que se refiere la publicación. Ver, en este sentido, la sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de noviembre de 2005 (2006, 121842), en la que se da prevalencia al derecho del artículo 20 de la Constitución española sobre el que protege el artículo 18.4 de la misma Norma fundamental; en cambio, en la Sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 2008 (RJCA 2009, 310) la solución que brinda la Audiencia Nacional es contraria a la anterior, en virtud de las circunstancias que concurren en el caso concreto.

un servicio gratuito por parte de los proveedores implica una importante contraprestación ya que facilitamos nuestros datos personales, a través de los cuales se puede conocer nuestra localización o ubicación en cada momento y, por tanto, podría llegar a saberse que la persona ilocalizada está viva o incluso el lugar en el que reside habitualmente.⁴¹

El verdadero dilema llega en el caso de información que circula en las redes sociales y que nosotros mismos hemos proporcionado, y que en un determinado momento solicitamos que se retire de la red. Ello no obsta para que esa información haya sido descargada por otras personas y pueda reproducirse sin límite, es decir, que la información de las redes sociales escapa a nuestro control.⁴² Que nuestros datos personales circulan por la red es un hecho acreditado, lo que nos lleva a la conclusión de que tales datos circulan sin un límite territorial definido por nuestras fronteras, ya que es posible, como reconoce la ley, hablar de transferencias internacionales de los mismos.⁴³

En este punto nos planteamos si es posible que una persona pueda desarrollar su actividad ordinaria sin dejar rastro de ella, ya que es necesario que facilite sus datos de carácter personal cuando abre una cuenta en un banco, o cuando se matricula en la escuela

⁴¹ En este sentido la Agencia Española de Protección de Datos ha publicado las *Recomendaciones a los usuarios de Internet*, por las que se facilita al usuario el conocimiento sobre el modo de controlar su información en Internet y cómo tratar la información de otras personas, teniendo especialmente en cuenta la recomendación de no poner en línea imágenes o información relativa a terceras personas sin el consentimiento de las mismas.

⁴² Consultado en: <<https://www.yoseomarketing.com/blog/los-peligros-redes-sociales-en-internet/>> (2 de septiembre de 2017).

⁴³ Se considera transferencia internacional cualquier tratamiento que implique una transmisión de datos fuera del Espacio Económico Europeo. Ver artículos 33 y 34 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal; REBOLLO DELGADO, L., *Derechos fundamentales* cit. pp. 157 ss.; PIÑAR MAÑAS-A., CANALES GIL, J.L., *Legislación de protección...* op.cit., pp. 75 y ss.; Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid, *Protección de datos personales...* op.cit., pp.561 y ss.; SUBIZA PÉREZ, I., *La Protección de datos...* op.cit., pp. 97 y ss.

de idiomas o en el gimnasio, al reservar un vuelo o un hotel, al solicitar cita para el médico, buscar trabajo, efectuar un pago con tarjeta de crédito o, simplemente, al navegar por Internet, entre otras muchas actividades. A mayor abundamiento, en esta cuestión planteada acerca de la facilidad que prestan las TIC's para obtener noticias de una persona, la Agencia Española de Protección de Datos facilita el derecho de consulta de los ciudadanos permitiendo acceder a información básica relativa a todos los ficheros públicos y privados inscritos en el Registro General de Protección de Datos⁴⁴. Además pueden existir ficheros en los que se recojan datos de carácter personal, sin que sea necesario el consentimiento de su titular, en el caso de que el tratamiento sea necesario para el cumplimiento de las funciones de las Administraciones Públicas en el ámbito de sus competencias⁴⁵.

Una vez analizado el cambio en el tratamiento de protección de datos de carácter personal como consecuencia del importante desarrollo de las tecnologías en los últimos tiempos, nos planteamos si es posible hablar en puridad de lo que se ha venido denominando “derecho al olvido”, como una proyección de otros derechos que ya existen y que se regulan como tales, el de cancelación y oposición, sin que en ningún caso sea considerado un derecho absoluto⁴⁶. La Agencia Española de Protección de Datos ha con-

⁴⁴ El Registro General de Protección de Datos vela por la publicidad de la existencia de ficheros que contienen datos de carácter personal, con el objetivo de garantizar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, oposición o cancelación, regulados en los artículos 14 a 16 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, (RCL 1999/3058) *de Protección de Datos de Carácter Personal*.

⁴⁵ Es una excepción a la regla general de la necesidad del consentimiento del titular para el tratamiento de sus datos de carácter personal que recoge el artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, (RCL 1999/3058) *de Protección de Datos de Carácter Personal*.

⁴⁶ Según SUBIZA PÉREZ, I., *La Protección de datos... op. cit.*, pp. 106 ss., se puede definir el derecho al olvido como un aspecto del ya existente derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, en el sentido positivo de poder disponer de nuestros datos de tal naturaleza. Es la Constitución Española la que protege el derecho a la protección de datos de carácter personal, de modo que cada uno de nosotros puede decidir el uso que puede hacerse

siderado que el derecho al olvido es una proyección de dos de los derechos ARCO, en concreto del derecho de cancelación y del derecho de oposición.

El alcance del derecho al olvido, no siendo éste un derecho absoluto, es diferente según el modo en el que hayamos proporcionado nuestros datos. El ejemplo más significativo es el relativo a lo que ocurre con datos de carácter personal que nosotros mismos proporcionamos en las redes sociales. En esos casos nuestro poder de disposición sobre esos datos es pleno, ya que habiéndose publicado los mismos por nuestra voluntad, deberíamos gozar de igual libertad para eliminarlos. Por tanto, sobre esos datos podremos pedir su cancelación e impedir que los mismos sean tratados con posterioridad, y también su almacenamiento.

Sin embargo, dudamos si realmente quedan protegidos datos respecto de los cuales se conserva el original, ya que no se hace efectivo de manera plena el derecho de cancelación. En opinión del anterior Director de la Agencia Española de Protección de Datos, José Luis Rodríguez, con esa solución “se alcanza un equilibrio suficiente si no hay una difusión indiscriminada de dichos datos desde cualquier lugar y momento con sólo tener un ordenador y conexión a internet”⁴⁷.

Como consecuencia de lo anterior, el llamado “derecho al olvido” no puede hacerse efectivo de una manera plena, ya que se demuestra en la práctica que no podemos conseguir de manera efectiva que absolutamente todos nuestros datos desaparezcan de internet. Al menos el original quedará guardado en el correspondiente sitio web, en el caso de datos que aparecen registrados con una cobertura legal, pues los que se recogen sin estar respaldados en ninguna normativa así como los que se proporcionan por el

de sus datos personales; sólo es posible un uso consentido por el titular o bien un uso que venga amparado en una ley.

⁴⁷ Consultado en: <www.elmundo.es> (3 de septiembre de 2012), (7 de noviembre de 2017) que recoge una entrevista al anterior director de la AEPD, José Luis Rodríguez, “El olvido digital en España es una búsqueda del equilibrio”.

propio interesado con su consentimiento, pueden ser cancelados -al menos en la teoría- de manera absoluta.

Esto es lo que debería ocurrir en aplicación de la normativa reguladora del derecho a la protección de datos de carácter personal, sin embargo en la práctica es muy difícil que ese efecto se produzca. Es complejo verificar si se llegan a aplicar de manera efectiva las resoluciones dictadas por la Agencia Española de Protección de Datos, a pesar de que su incumplimiento implicaría sanciones pecuniarias elevadas, ya que ese organismo -como regla general- no desarrolla todo un procedimiento de investigación para comprobar el cumplimiento de sus resoluciones, sino en el caso concreto en el que existan indicios de incumplimiento o bien por la propia reclamación iniciada por el interesado en el efectivo cumplimiento de la resolución en concreto que fue dictada a su favor. Es imposible asegurar que exista una comprobación individual de cada una de las cancelaciones solicitadas.

Sobre si podemos hablar de un verdadero “derecho al olvido” se han pronunciado diversos juristas especializados en derecho de las nuevas tecnologías. Así Jorge Campanillas entiende que no debería existir el derecho al olvido como tal, sino que se trata simplemente de hacer efectivas ciertas herramientas que ya están reconocidas, como el derecho a oponerse a un tratamiento concreto de ciertos datos, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la normativa⁴⁸. Sin embargo, otros expertos en reputación online, como el jurista Rafael Gimeno-Bayón del Molino, entienden que sí debe existir el derecho al olvido como un derecho de desindexación⁴⁹.

⁴⁸ Ver CAMPANILLAS CIAURRIZ, J., *Los límites del derecho al olvido*, publicado en <elmundo.es> (edición del 29 de febrero de 2012) <<http://www.europapress.es/nacional/noticia-ts-pone-limites-derecho-olvido-evita-restricciones-hemerotecas-digitales-20151019164918.html>> (19 de octubre de 2015); <<https://www.ontier.net/noticias/1686/tiene-limites-el-derecho-al-olvido/es/>> (Consulta de 14 de noviembre de 2017)

⁴⁹ <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/22/navegan-te/1329915513.html>> (Edición del 3 de julio de 2012) (Consulta de 25 de octubre de 2017). Afirma GIMENO-BAYON DEL MOLINO, R., que “si en los buscado-

El problema es que en muchas ocasiones no llegamos a ser conscientes de la repercusión que puede tener cada uno de nuestros pasos en la Red, que guarda memoria casi infinita, con las consecuencias negativas que ello entraña para nuestra privacidad. Ello se acentúa cuando quien deja constancia de datos personales es un menor de edad⁵⁰.

Otra de las muestras de que la evolución de las nuevas tecnologías ha permitido dejar constancia de la existencia de una persona de la que no se han tenido noticias en un periodo de tiempo es el fenómeno de la videovigilancia, siendo especialmente relevante en materia probatoria en el proceso penal⁵¹. Esta técnica permite la captación, y en su caso grabación, de información personal en forma de imágenes⁵². La detección de una persona desaparecida

res no apareces, no existes, por lo que la información almacenada de tu persona deja de tener un valor especial”.

⁵⁰ <<http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/22/navegan-te/1329915513.html>> (3 de julio de 2012). Señala R. Martínez, Presidente de la Asociación Profesional Española de la Privacidad, que ya existe una concienciación en cuanto a la necesidad de una educación en seguridad vial o de alimentación como parte de lo que los niños deben aprender en el colegio; y que se avanzaría mucho si esa concienciación se extendiera a la necesidad de protegerse en Internet. Concluye con la idea central de que “con cada acto en las redes sociales creamos nuestra reputación”. (1 de noviembre de 2017).

⁵¹ Ver REBOLLO DELGADO, L., *Derechos fundamentales... op. cit.*, pp. 92 y ss.

⁵² La video-vigilancia puede considerarse un medio invasivo para la intimidad, siendo por ello necesaria la concurrencia de determinadas condiciones que legitimen el tratamiento, así como la determinación de los principios y las garantías que deben aplicarse. Como consecuencia de lo anterior se dictó la Instrucción 1/2006, de 8 de noviembre, de la Agencia Española de Protección de Datos, sobre el tratamiento de datos personales con fines de vigilancia a través de sistemas de cámaras o videocámaras. Ver RODRÍGUEZ LAÍN, J.L., *Las grabaciones de videocámaras de seguridad como fuente probatoria en el proceso penal*, en *Diario La Ley*, 7921, 12 de septiembre de 2012, pp. 1 y ss., expone la trascendencia de las videocámaras en materia de prueba ante la jurisdicción penal, atendiendo especialmente al respeto a los derechos fundamentales del entorno de la intimidad, la propia imagen y los datos de carácter personal. El amplio desarrollo tecnológico nos ha hecho dar un gran paso en los soportes empleados en el ámbito de la prueba en el proceso penal, pues es

por este medio interrumpiría el plazo para la declaración de ausencia legal o en su caso de fallecimiento, con las consecuencias jurídicas que ello implica.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Como consecuencia de la evolución descrita en materia de TIC's, deberíamos pensar en una progresiva modificación de otras diversas instituciones jurídicas, y entre ellas la institución objeto de nuestro análisis específico en el presente trabajo: la ausencia. Si debido a la técnica, en nuestra época, es prácticamente imposible permanecer completamente oculto, los plazos que señala nuestro Código civil para que procedan las declaraciones de ausencia y de fallecimiento, sobre los que trataremos más adelante, podrían resultar excesivos. Pensemos además que, una vez cursada la denuncia de desaparición ante las autoridades, el problema privado se convierte en una materia de interés público, por lo que el rastreo de datos sobre la persona desaparecida se hace también con los potentes medios de la Administración.

La tecnología prospera a una velocidad vertiginosa, de modo que hemos pasado de la era electrónica, de los ordenadores desde finales de la II Guerra Mundial hasta los años ochenta, a la era digital, dominada por Internet, "red de redes". Las nuevas tecnologías se han ido implantando progresivamente en nuestra vida, llegando incluso a ser imprescindible el uso de la informática y las telecomunicaciones para el desarrollo de determinadas actividades de vital importancia, proporcionando asimismo un importante servicio a la comunidad. Sin perjuicio de los avances y beneficios que han supuesto en nuestra sociedad las nuevas tecnologías, han implicado también ciertos perjuicios, pues en algunas

difícil a estas alturas encontrar sistemas de videgrabación que se sustenten en cintas magnéticas, siendo ya usuales los soportes digitales basados en sistemas de almacenamiento masivo.

ocasiones las TIC's son empleadas para perjudicar uno de los bienes titularidad de las personas protegidos constitucionalmente, como es la intimidad. Así la informática se ha convertido en uno de los medios más eficaces para atentar contra la intimidad de las personas. El legislador, consciente de la situación, ha venido a tipificar determinadas conductas constitutivas de delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y a la inviolabilidad del domicilio.

Hoy se abre paso un nuevo concepto de sociedad civil, la cual viene marcada por el fenómeno de la globalización, en el que las tecnologías tienen mucho que ver⁵³. Las consecuencias de dichos fenómenos pueden verse en muy distintos ámbitos. Si hasta ahora los más evidentes han afectado a cuestiones de contenido patrimonial, empieza a abrirse paso una nueva sensibilidad sobre el individuo. No en vano, la reflexión que acabamos de esbozar no es privativa del Derecho español, sino que afecta en general al mundo civilizado. En este sentido es patente la necesidad de construir una nueva subjetividad acorde con el nuevo escenario global, que supera y desborda las fronteras nacionales⁵⁴.

⁵³ Consultado en: <www.ieee.es> (27 de octubre de 2017) Documento opinión 57/2012, de 30 de julio de 2012. SATUÉ DE CÓRDOVA MINGUET, A., *La sociedad civil española en la nueva sociedad global*. El autor reflexiona sobre la idea de que la Humanidad necesita espacios globales de uso común, los cuales no vengán dominados por los propios Estados, esto es, no sean interestatales, con sus propias reglas del juego, lo cual es posible con las nuevas tecnologías.

⁵⁴ En este sentido, ver PERIÑÁN GÓMEZ, B., "Iusglobale 3.0: Hacia la reformulación de la capacidad jurídica individual", en *Boletín Mexicano de Derecho comparado*, núm. 149, 2017, pp. 863-902.

