

**LOS LÍMITES DE LA AUTOFICCIÓN: UNA REFLEXIÓN SOBRE
LA LITERATURA Y LOS DERECHOS DE LA PERSONALIDAD**

**OS LIMITES DA AUTOFICÇÃO: UMA REFLEXÃO SOBRE
A LITERATURA E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE**

**THE LIMITS OF AUTOFICTION: A COMMENTARY ON
LITERATURE AND PERSONALITY RIGHTS**

ANA RODRÍGUEZ ÁLVAREZ¹

JULIA AMMERMAN YEBRA²

RESUMEN: En los últimos tiempos, la autoficción está cobrando cada vez un mayor auge en el panorama literario. A pesar de que también se ha encuadrado en la “literatura del yo”, este tipo de textos no se limitan a narrar únicamente a quien los escribe, pues contando sus experiencias, los y las autoras describen y relatan a los demás. Es ahí donde los problemas jurídicos pueden surgir. En este artículo nos adentraremos en el género líquido de la autoficción, con numerosos ejemplos de obras pasadas y recientes, para analizar las contiendas que pueden surgir entre la libertad de creación literaria y los derechos de la personalidad de los retratados en una obra. Nos apoyaremos en algunos casos llegados hasta los tribunales españoles y extranjeros para delimitar y ponderar los derechos involucrados, y veremos hasta qué punto pueden aplicarse criterios de veracidad, de originalidad creativa, o de reconocimiento por parte de los lectores de los personajes supuestamente ficticios en personas reales. También nos detendremos en las llamadas “cláusulas de ficción” insertas en algunas de las obras de autoficción, cuya eficacia ya ha sido cuestionada en algún caso por los tribunales.

PALABRAS CLAVE: autoficción; derecho a la creación literaria; derechos de la personalidad; cláusulas de ficción.

RESUMO: Nos últimos tempos, a autoficção tem ganhado cada vez mais popularidade no cenário literário. Apesar de também ter sido enquadrada no âmbito da “literatura do eu”, esse tipo de texto não se limita a narrar apenas quem os escreve, pois, ao contar suas experiências, autores e autoras também descrevem e relatam os demais. É com relação a esse aspecto que podem surgir problemas legais. Neste artigo, vamos nos aprofundar no gênero líquido da autoficção, com inúmeros exemplos de obras menos e mais recentes, para analisar os conflitos que podem surgir entre a liberdade de criação literária e os direitos de personalidade dos retratados em uma obra. Utilizaremos alguns casos que chegaram aos tribunais espanhóis e estrangeiros para delimitar e ponderar os direitos envolvidos e veremos até que ponto são aplicáveis os critérios de veracidade, de originalidade criativa ou de reconhecimento,

¹ Doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesora Ayudante de Derecho Procesal de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Ha redactado los apartados 1 y 2. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0940-5306>. E-mail: ana.rodriguez.alvarez@usc.es.

² Doctora en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela. Profesora Ayudante de Derecho Civil de la Universidad de Santiago de Compostela (España). Ha redactado los apartados 3, 4 y 5. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7858-0541>. E-mail: julia.ammerman@usc.es.

por parte dos leitores, de pessoas reais em personagens supostamente fictícias. Abordaremos, também, as chamadas “cláusulas de ficção” inseridas em algumas das obras de autoficção, cuja eficácia já foi questionada pelos tribunais, em alguns casos.

PALAVRAS-CHAVE: autoficção; direito à criação literária; direitos de personalidade; cláusulas de ficção.

ABSTRACT: In recent times, autofiction is becoming increasingly popular in the literary scene. Although it has also been framed as “literature of the self”, this type of text is not limited to narrating only the writer, because by telling their experiences, authors describe and narrate others. This is where legal problems can arise. In this article we will explore the liquid genre of autofiction, with numerous examples of past and recent works, to analyze the conflicts that can arise between the freedom of literary creation and the personality rights of those portrayed in a work. We will rely on some cases that have reached the Spanish and foreign courts to delimit and weigh the rights involved, and we will see to what extent criteria of veracity, creative originality, or recognition by the readers of the supposedly fictitious characters in real people can be applied. We will also examine the so-called “fiction clauses” inserted in some works of autofiction, whose effectiveness has already been questioned in some cases by the courts.

KEYWORDS: autofiction; right to literary creation; personality rights; fiction clauses.

1 DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE AUTOFICCIÓN: BREVE CARTOGRAFÍA DE UN GÉNERO LÍQUIDO

En los últimos años, pocas palabras han resonado tanto en los círculos literarios como autoficción. Odiada y querida a partes iguales, este nuevo –o quizás no tanto– género³ copa un espacio cada vez mayor en las estanterías de las librerías y de los lectores. Pero ¿de qué hablamos cuando hablamos de autoficción? La pregunta no es baladí, ni mucho menos retórica. Existe una enorme confusión e indefinición acerca de lo que es – y no es – la autoficción. Por tanto, si queremos trazar los límites de esta forma literaria desde un punto de vista jurídico, necesitamos delimitar el ámbito en que nos movemos.

La tarea no resulta, desde luego, sencilla. Y ello porque la autoficción, al igual que nuestra modernidad, es líquida. Sus fronteras son lábiles y, en consecuencia, las disputas académicas en torno a este género están lejos de terminarse. Pese a todo, partiendo desde nuestra modesta visión de juristas –que no filólogas– y de lectoras aficionadas, trataremos de señalar algunas de sus características, ofreciendo un mapa –borroso, desgastado, pero mapa a fin de cuentas– que nos permita conocer el territorio. Por el contrario, hay quien sostiene que esa frontera es inexistente. Véase, por ejemplo, Cruz (2019, p. 91):

Voy a hablarles de aquello que existe en el mundo y puede dar pie a una ficción: de la autobiografía, de la prensa, de la historia, de los textos de los demás. Insisto en que las barreras entre la crónica, las memorias, la autoficción y la ficción son inexistentes porque escribir es recordar y recordar es siempre un acto imaginativo.

³ Su eventual categorización como género literario es objeto de reflexión. A este respecto, véase Alberca (2007, p. 159 y ss.) y Arroyo Redondo (2011, p. 62 y ss.).

El término “autoficción” surgió en 1977 de la mano del profesor y escritor galo Serge Doubrovsky (2012, p. 53), quien lo utilizó para definir su novela *Fils* como “ficción de acontecimientos y de hechos estrictamente reales; si se quiere, autoficción”. Así las cosas, aunque Doubrovsky no es el padre del género, a él le corresponde el mérito de haberlo bautizado.

Bajo el nombre de autoficción se agrupan un conjunto de obras que, dentro de las denominadas “narrativas del yo”⁴, se caracterizan por mezclar entre sus páginas autobiografía, realidad y ficción en proporciones variables. Más allá de ello, y ante las dificultades que entraña definir lo que la autoficción es⁵, empezaremos abordando lo que no es: ni autobiografía, ni novela.

La autobiografía es un género literario cuyos textos consisten en el relato de la vida de una persona escrito por ella misma. En ella rige, para con el lector, el denominado pacto autobiográfico, según el cual existe una presunción – *iuris tantum* – de veracidad: partimos de que la voz narradora – que, a su vez, es la persona que escribe y protagoniza el relato – nos está contando algo que es verdad, aun con todas las limitaciones que el propio concepto de verdad conlleva.

Es obvio que ello no implica que todo lo que se exponga en una autobiografía necesariamente haya de ser cierto: ya sea porque el narrador ha mentado a propósito – de ahí que digamos que la presunción es *iuris tantum* –; ya porque, involuntariamente, ha incurrido en una equivocación; o ya por las propias dificultades que la aprehensión de la verdad conlleva (recordemos, como decía Oscar Wilde, que la verdad rara vez es pura y nunca es simple).

Lo importante, en todo caso, es que cuando un lector se aproxima a una autobiografía supone que lo que se le describe es cierto.

Por su parte, la novela es el género de ficción por excelencia. En ella rige el denominado pacto novelesco o de ficción, según el cual, no sólo el relato, sino también la voz narradora, son fruto de la imaginación del autor que les ha dado vida. Cuando un lector se sumerge en un texto de este tipo, parte de la base de que lo que leerá, aunque en ocasiones sea verosímil, no ha sucedido en la realidad.

No sostendremos aquí que toda novela es autobiográfica, porque consideramos que no lo es; sin perjuicio de que, evidentemente, las vivencias y el pensamiento de quienes las escriben dejen su impronta en ellas. Sobre el eventual carácter autobiográfico de toda novela, Cercas, 2016, p. 85, sostiene: “todas las novelas lo son [autobiográficas], al menos en la medida en que en ellas el novelista reelabora literariamente su experiencia – lo que ha vivido pero también lo que no ha vivido: sus sueños, sus lecturas, sus obsesiones – para dotarla de una significación universal”.

⁴ “Narrativas del yo” cuyos orígenes se remontan a las *Confesiones*, de San Agustín (398 d. C.)

⁵ A fecha de hoy, el Diccionario de la Real Academia no recoge una definición del término.

Frente a estos dos escenarios, en la autoficción regiría lo que Alberca (2007) denomina el pacto ambiguo, dado su carácter híbrido. Un lector de autoficción sabe que parte de lo que está leyendo se corresponde con la realidad, pero otra no. Sin embargo, desconoce qué es cada cosa y en qué proporción.

Para Alberca, únicamente deberían calificarse como autoficción aquellas narraciones “que se presentan inequívocamente como “novelas”, es decir, como ficción, y al mismo tiempo alegan textualmente una apariencia autobiográfica, ratificada por la identidad de autor, narrador y personaje. [...] es una novela o relato que se presenta como ficticio, cuyo narrador y protagonista tienen el mismo nombre que el autor” (Alberca, 2007, p. 158).

De esta definición se desprende, en primer lugar, que este tipo de textos revisten la forma de ficción, pero se presentan como autobiográficos y relatan las experiencias de quienes los escriben. Cuando ello suceda, nos encontraremos sin duda ante una autoficción. Con todo, en nuestra opinión, no necesariamente el autor-narrador-personaje debe ser el protagonista de la obra.

También Casas considera que el autor no necesariamente tiene que ser el protagonista de la obra:

“encuentran acomodo [bajo el término autoficción] textos de muy diversa índole, que tienen en común la presencia del autor proyectado ficcionalmente en la obra (ya sea como personaje de la diégesis, protagonista o no, o como figura de la ficción que irrumpe en la historia a través de la metalepsis o la *mise en abyme*), así como la conjunción de elementos factuales y ficcionales, refrendados por el paratexto” (Casas, 2012, p. 11).

Pensemos por ejemplo en *El impostor*, de Javier Cercas. Aunque el verdadero protagonista del libro sea Enric Marco y su rocambolesca historia, la autoficcionalidad del texto es evidente: el propio Cercas se nos muestra como narrador-personaje y de este modo nos cuenta, por ejemplo, su periplo durante el proceso de escritura de la obra. Lo mismo podría decirse de todas aquellas autoficciones en las que los autores, contando la historia de otros – por ejemplo, la de sus familiares – intercalan episodios donde se narran a sí mismos. Y es que, a pesar de encuadrarse en las narrativas del yo, la autoficción es, con frecuencia, una narrativa del nosotros, pues contamos a los demás para contarnos a nosotros mismos – de ahí que puedan surgir problemas legales como los que mencionaremos *infra* –.

En segundo lugar, en la definición de Alberca se sostiene que debe existir una identidad nominal entre autor, narrador y personaje. Sin embargo, no creemos que tenga que ser así siempre y en todo caso. Existen obras en las que, a pesar de que los nombres sean distintos, la identidad entre ambos es tal que resulta muy difícil no calificar ese texto como autoficcional. Un ejemplo de ello lo encontramos en Penny, protagonista y narradora de *El cielo se cae*, Con

⁶ En la misma línea que Alberca, *inter alia*, Pozo García (2017, p. 17).

rabia y ¿Puede prestarme su pistola, por favor? y trasunto de Lorenza Mazzetti, quien narró su infancia y adolescencia a través de ella.

Sea como fuere, lo que está claro es que la autoficción combina la realidad con la ficción. No obstante, la ficción en este género no siempre proviene de una verdadera voluntad de inventar, sino que a veces es consecuencia de la fragilidad de la memoria.

En el incipit de *La extranjera*, Claudia Durastanti nos cuenta que su padre y su madre

se conocieron el día en que él había decidido tirarse desde el puente Sixto en el Trastévere. [...] Se le acercó [mi madre] para ponerle una mano en el hombro y echarlo hacia atrás, quizá hubo un breve forcejeo. Logró calmarlo y que respirase despacio, después pasearon por la ciudad, se emborracharon y terminaron en un hotel con sábanas ásperas que apestaban a amoníaco (Durastanti, 2020, p. 9).

Apenas una página después, la autora relata:

Mi padre y mi madre se conocieron el día en que él trató de salvarla de una agresión frente a la estación del Trastévere. Se había parado a comprar cigarrillos y estaba a punto de subirse al coche cuando le llamaron la atención los movimientos descompuestos y bruscos de un par de sinvergüenzas que la habían emprendido a patadas con una chica para robarle un bolso. Después de haberse enfrentado a ellos hasta que se fueron, se detuvo a ayudar a mi madre y la convenció de que fuera a su casa a lavarse (Durastanti, 2020, p. 10).

Al contrario de lo que pudiera parecer, Durastanti no está jugando con el lector mediante estas dos historias contrapuestas. Lo que sucede es que sus padres “comenzaban la historia diciendo que le habían salvado la vida al otro” (Durastanti, 2020, p. 11). Está claro que, al menos, uno de ellos miente. El problema es determinar quién.

Lo mismo le sucede al guatemalteco Eduardo Halfon – uno de los mayores y mejores exponentes de la autoficción en el continente americano – con la historia de su abuelo, que se salvó en Auschwitz gracias a un boxeador polaco. Las referencias a su pariente van jalonando los relatos del libro *El boxeador polaco* y, en el texto que da título a la obra, cuenta cómo una noche, estando preso y a la espera de juicio en el campo de concentración, un boxeador polaco le explicó qué era lo que tenía que decir y lo que no ante la persona que lo juzgaría al día siguiente: “Usé sus palabras y sus palabras me salvaron la vida y yo jamás supe el nombre del boxeador polaco ni le conocí el rostro. A lo mejor murió fusilado” (Halfon, 2008, p. 94).

En el relato siguiente, titulado “Discurso de Póvoa”, Halfon narra cómo, para su sorpresa, ese mismo abuelo declaró en una entrevista que se había salvado de morir en Auschwitz gracias a sus habilidades como carpintero:

¿Qué? ¿Carpintero? ¿Qué habilidades de carpintero? ¿Y entonces? ¿Qué pasó con aquel boxeador polaco tan bien disfrazado de Sherazade?
Y allí está.

La literatura no es más que un buen truco, como el de un mago o un brujo, que hace a la realidad parecer entera, que crea la ilusión de que la realidad es una.

O tal vez la literatura necesita construir una realidad destruyendo otra – algo que, de un modo muy intuitivo, ya sabía mi abuelo –, es decir, destruyéndose a sí misma y luego construyéndose de nuevo a partir de sus propios escombros (Halfon, 2008, p. 102-103).

En otros casos, sin embargo, la ficción es absolutamente pretendida. Un ejemplo de ello lo encontramos en *La loca de la casa*, de Rosa Montero. En este libro, que intercala reflexiones de la autora sobre el oficio de escribir y vivencias personales, nos topamos, a medida que avanza el texto, con tres versiones de una aventura romántica de juventud incompatibles entre sí. Al igual que las historias de los padres de Durastanti, sólo una – en el mejor de los casos –, puede ser verdadera. O acaso ninguna lo es.

Lo que sí sabemos es que no se trata de un fallo de *raccord* en la narrativa de Montero, sino de una decisión intencionada. Basta con leer el *post scriptum* con el que finaliza el libro:

Todo lo que cuento en este libro sobre otros libros u otras personas es cierto, es decir, responde a una verdad oficial documentalmente verificable. Pero me temo que no puedo asegurar lo mismo sobre aquello que roza mi propia vida. Y es que toda autobiografía es ficcional y toda ficción autobiográfica, como decía Barthes (Montero, 2015, p. 249).

De todos modos, existe un punto en el que discrepamos de Montero. En la medida en que los relatos sobre su vida implican en mayor o menor medida a otras personas (tanto a sus acciones como a sus palabras), creemos que difícilmente se puede aseverar que todo lo que se cuenta sobre otras personas es verdad. A no ser que esta afirmación tan categórica venga circunscrita a todas aquellas anécdotas, historias y relatos en las que los terceros, y no la autora, son los verdaderos protagonistas.

Otro ejemplo en el que hay una pretendida ficcionalización sería en los conocidos como “diarios literarios”, siendo el mejor exponente los de Andrés Trapiello. En ellos, el autor comienza escribiendo verdaderos diarios, pero a la hora de publicarlos (seis o siete años después de los hechos narrados), los modifica tratando de buscar en la ficción lo que en la realidad resultaba insuficiente (el conjunto de diarios de Trapiello se publican cada pocos años bajo el título *Salón de los pasos perdidos*).

Como ha podido comprobarse en estas breves líneas, si bien la autoficción suele caracterizarse por algunos rasgos, no existe consenso que delimite netamente esta forma literaria. Nosotras hemos procurado apuntar algunas claves. Pero quizás la autoficción sólo sea, ni más, ni menos, una mezcla de realidad, memoria, fantasía y olvido.

2 EL ESCRITOR DE AUTOFICCIÓN ANTE EL RELATO DEL OTRO: ALGUNAS REFLEXIONES Y OTRAS TANTAS PRECAUCIONES INÚTILES

Los escritores de autoficción son plenamente conscientes de que sus relatos son también los relatos de los otros: los de todas aquellas personas que, sea como protagonistas, como actores secundarios o como meras estrellas invitadas, entran y salen de los márgenes temporales y espaciales de la historia que quieren narrar.

Eso ha llevado a algunos de ellos a reflexionar acerca de la pertinencia de su propia obra y de la eventual existencia de un derecho a contar algo que implique la vida y la intimidad de otras personas. Tal es el caso de la escritora francesa Delphine de Vigan, quien, en su monumental *Nada se opone a la noche*, se pregunta:

¿Tengo derecho a escribir que mi madre y sus hermanos fueron todos, en un momento u otro de sus vidas (o durante toda su vida), heridos, dañados, desequilibrados, que todos conocieron, en un momento u otro de sus vidas (o durante toda su vida), una gran pesadumbre, y que llevaron su infancia, su historia, sus padres, su familia, como marcada a fuego? [...] No lo sé (Vigan, 2012, p. 154).

También Xacobe Pato reflexiona muy lúcidamente sobre las implicaciones de escribir acerca de los demás, así como también acerca de la mezcla entre realidad y ficción:

Escribir un diario tiene sus cosas. Hay personas que se enfadan si no las saco. Alguien pasa un rato conmigo durante la semana y el domingo viene al diario solo para ver si sale lo suyo. Y entonces me piden cuentas, como si fueran actores que yo hubiera contratado para un día de rodaje y al ver la película descubrieran que he suprimido su escena. Escribir un diario tiene algo de rodar, de editar y montar tu propia vida y hasta los extras van de estrellitas. Nadie está contento: también hay personas que se enfadan cuando las saco. Suele ocurrir que no se sienten identificadas con su papel o su personaje, y yo con esto ya empatizo. A nadie le gusta que le digan lo que es y menos aún lo que parece. [...] A mí lo del diario me está afectando ya en el día a día, lo confieso, me empieza a pesar. A veces, inmerso en cualquier situación, me pregunto si no me dará para diario [...]. Entonces mi mente se va desdoblado en dos direcciones: la realidad y la proyección de la realidad en mis notas, lo que vivo y lo que imagino (la periferia de lo que vivo) (Pato, 2020, p. 296-297).

Lo cierto es que los autores sí pueden escribir sobre otras personas, aunque – como veremos más adelante – con ciertos límites. Conscientes de que no todo vale, algunos llegan a incluir advertencias en sus propias obras, quién sabe si como inocente explicación, como justificación de sus actos, o para conjurar los posibles problemas legales que la publicación del texto les pudiera ocasionar.

Algunas declaraciones son, al igual que la propia autoficción, ciertamente ambiguas. Por ejemplo, Natalia Ginzburg, tras sostener que todo lo que se cuenta en su *Léxico familiar* es real, indica al lector que su libro debe leerse como una novela. ¿Significa entonces que la lectura del texto debe hacerse en clave de pacto novelesco? ¿Que el tratamiento que hemos de darle es el propio de un relato de ficción?

Señala la autora:

Todos los lugares, hechos y personas que aparecen en este libro son reales. Nada es ficticio. Siempre que, debido a mi costumbre de novelista, inventaba algo, me sentía obligada a destruirlo.

Hasta los nombres son reales. Al escribir, sentía tan profunda intolerancia por cualquier invención, que no he podido cambiar los nombres verdaderos. Me han parecido inseparables de las personas que los llevan. Puede que a alguien no le guste encontrarse aquí con nombre y apellido. Pero a esto no puedo responder nada.

Sólo he escrito lo que recordaba. Por eso, quien intente leerlo como si fuera una crónica, encontrará grandes lagunas. Y es que este libro, aunque haya sido extraído de la realidad, debe leerse como se lee una novela, es decir, sin pedir más, ni menos tampoco, de lo que una novela puede ofrecer.

También he omitido muchas de las cosas que recordaba, sobre todo las que me atañían directamente.

No deseaba hablar de mí. Ésta no es mi historia, sino (incluso con vacíos y lagunas) la de mi familia. Debo añadir que ya en la infancia y en la adolescencia me propuse escribir un libro sobre las personas que entonces me rodeaban. En parte puedo decir que éste es el libro. Pero sólo en parte, porque la memoria es débil, y los libros que se basan en la realidad con frecuencia son sólo pequeños atisbos y fragmentos de cuanto vivimos y oímos (Ginzburg, 2016, p. 13-14).

En este pasaje podemos apreciar cómo Ginzburg es consciente de que la aparición de personas reales, con nombres y apellidos, puede resultar molesto para algunas de ellas. Pero su posicionamiento pasa por simplemente afirmar que, en relación a ello, no puede responder nada.

Por otro lado, la advertencia de la autora podría interpretarse como una declaración de la autoficcionalidad del texto, en la medida en que, pese a que su intención es mostrar los hechos tal cual sucedieron, es consciente de las enormes limitaciones de esta tarea y de la volubilidad de la memoria. Y es que, de llenarse esas lagunas del recuerdo, quizás el devenir del relato sería otro. Puede que el alejamiento de la realidad por omisión – aunque ésta sea involuntaria – también produzca como resultado una autoficción.

A diferencia de Ginzburg, autoras como Vivian Gornick deciden cambiar no sólo los nombres, sino también los rasgos identificativos de quienes transitan por sus páginas (en las que, por otro lado, los hechos y acontecimientos se entremezclan). La autora neoyorquina principia *La mujer singular y la ciudad* con la siguiente nota: “Aviso al lector: todos los nombres y rasgos identificativos han sido modificados. Determinados eventos se han reordenado y algunos personajes y escenas son una amalgama de otros” (Gornick, 2018, p. 7).

Pero ¿y si esa alteración de los rasgos no es suficiente? ¿Y si, pese a ella y a las buenas intenciones de Gornick, alguien descubre quién es la persona de carne y hueso que se esconde tras el personaje?

No es infrecuente tampoco que los autores reconozcan explícitamente el componente ficcional de su texto, sea esa ficción voluntaria o involuntaria. Por ejemplo, Amélie Nothomb – una de las maestras del género – inicia así *La nostalgia feliz*:

Todo lo que amamos se convierte en una ficción. De las mías, la primera fue Japón. A los cinco años, cuando me arrancaron de allí, empecé a contármelo a mí misma. Las lagunas de mi relato no tardaron en incomodarme. ¿Qué podía decir yo del país que creía conocer y que, con el transcurrir de los años, se iba alejando de mi cuerpo y de mi mente?

En ningún momento tomé la decisión de inventar. Sucedió sin que yo interviniera. Nunca se me ocurrió deslizar lo falso dentro de lo verdadero, ni disfrazar lo auténtico con apariencias de falsedad. Lo que has vivido te deja una melodía en el pecho: ésa es la que, a través del relato, nos esforzamos en escuchar. Se trata de escribir este sonido con los medios propios del lenguaje. Esto implica recortes y aproximaciones. Podamos para desnudar la confusión que se ha apoderado de nosotros (Nothomb, 2015, p. 7-8).

Por su parte, la ya citada De Vigan expone sus propios dilemas, para acabar admitiendo que ha producido “una ficción involuntaria”:

Al principio, cuando terminé aceptando la idea de escribir este libro, tras una larga y silenciosa negociación conmigo misma, pensaba que no me costaría nada introducir ficción, y que no tendría escrúpulos para llenar lagunas. Quiero decir, de algún modo, que pensaba tener el control total. Imaginaba que sería capaz de construir una historia fluida y controlada, o al menos un texto que estaría elaborado de forma segura y constante y que adquiriría sentido a medida que progresase. Creía poder inventar, dar un impulso, crear tensión, llevar el asunto de un punto al otro sin incidentes ni interrupciones. Esperaba poder manipular el material a voluntad, y lo que me viene es la imagen un poco clásica de la masa, una masa para tarta como Liane me había enseñado a hacer cuando era niña, quebrada u hojaldrada, que amasaría entre mis manos a partir de unos ingredientes dados antes de hacerla girar bajo mi palma, de aplastarla con fuerza, o incluso lanzarla al techo para observar de qué forma se pegaría a él.

En lugar de eso no puedo tocar nada. En lugar de eso me parece que me paso las horas con las manos vacías, las mangas subidas hasta los codos, envuelta en un horrible delantal de carnicero, aterrorizada ante la idea de traicionar la historia, de equivocarme en las fechas, los lugares, las edades, en lugar de eso temo fracasar en la construcción del relato tal y como lo había planeado.

Incapaz de alejarme por completo de la realidad, produzco una ficción involuntaria, busco el ángulo que me permita acercarme más, más cerca, cada vez más cerca, busco un espacio que no sea ni la verdad ni la fábula, sino los dos a la vez (Vigan, 2012, p. 129-130).

En todo caso, como tendremos ocasión de comprobar después, las advertencias de los autores – con independencia de la forma que revistan – no les otorgan una patente de curso para, a continuación, escribir lo que consideren sobre terceras personas. Si los derechos de la personalidad – en particular, el honor y la intimidad – se ven vulnerados, los protagonistas y personajes involuntarios de una autoficción podrán recurrir a los tribunales a fin de recabar la tutela de sus derechos.

Ante las posibles reacciones adversas de los terceros retratados, una estrategia preventiva utilizada por algunos autores pasa por mostrar su texto a los implicados con carácter previo a la publicación, de tal suerte que puedan ejercer un derecho de veto o de rectificación sobre lo narrado. Pero ¿qué sucedería si posteriormente cambian de idea, si donde dieron su beneplácito ahora se sienten ofendidos?

¿Y qué hay de las prohibiciones? ¿Es posible prohibir a alguien escribir sobre algo o sobre alguien? En su ensayo *Mostrar y decir. El arte de escribir no ficción*, Phillip Lopate nos cuenta su experiencia a este respecto:

cuando varios años después publiqué un segundo ensayo autobiográfico, [mi madre] se disgustó y dijo que todo era mentira. Le pregunté en qué me había equivocado. Guardó silencio un momento y dijo que no era exactamente que yo hubiera mentado, pero que ella ya no era como aquella mujer joven que yo retrataba y me preguntó por qué tenía que seguir escribiendo de aquella época tan triste (mi infancia). Me prohibió volver a escribir sobre ella. Yo le dije que no pensaba respetar la prohibición, que para entonces ella ya era un personaje vivo a quien yo podía interpretar con facilidad en la página, y que no podía darle ninguna garantía. Ella contestó que acudiría a la fiesta de presentación del libro pero que le diría a todo el mundo que yo era su sobrino, no su hijo (Lopate, 2017, p. 109).

Con todo, a los retratados siempre les quedará la réplica, escribir un texto “a la contra” que restituya su imagen y muestre al mundo su versión de los hechos. Eso fue lo que aconteció tras el éxito de *La herencia*, escrito por la noruega Vigdis Hjorth. En él, la autora parte de una disputa sucesoria para acabar revelando algunas cuestiones familiares mucho más delicadas.

En apenas un año, su hermana Helga Hjorth publicó su propio libro: *Fri Vilje*⁷, en el que la figura de su hermana Vigdis no sale muy bien parada y en la que narra, entre otras, la reacción de la familia tras la publicación de *La herencia*. Irónicamente, el libro se inicia con una frase de su hermana: “Certain lies are more revealing of the sore points in life than all the humdrum truths in the world”⁸.

Más allá de lo jurídico, la autoficción plantea, en muchas ocasiones, un debate ético que no es fácil de solventar: qué contar, sobre quién, cómo y hasta dónde. Trazar los límites de la autoficción en este sentido – límites, por otro lado, siempre difusos – resulta muy complicado. Así que quizás, a falta de mapas que nos guíen, tan sólo podamos recurrir a los mordaces consejos de Philip Lopate:

1. Entabla amistad solo con personas pobres, para que no puedan contratar a ningún abogado que te ponga una demanda.
2. Si estás pensando en escribir sobre la amistad, haz muchos amigos, porque estás condenado a perder algunos.

⁷ La única traducción que hemos encontrado de esta obra es la inglesa *Free Will* (independently published, 2021). Con todo, la versión en castellano del título sería *Libre albedrío*.

⁸ “Ciertas mentiras revelan más los puntos dolorosos de la vida que todas las verdades monótonas del mundo”.

3. Por la misma razón, intenta provenir de una familia bien grande (Lopate, 2017, p. 111).

3 AUTOFICCIÓN Y DERECHO A LA CREACIÓN LITERARIA

3.1 El Derecho que *surge* de la Literatura

Si todos los autores siguiesen el primero de los consejos de Lopate⁹, nuestro análisis no tendría mucho más recorrido que el hasta ahora descrito. Pero por desgracia para los autores “protagonistas” de los litigios, son varios los casos en los que ha habido contiendas jurídicas entre el derecho a la creación literaria de unos – los escritores y escritoras de autoficción – y los derechos de la personalidad de otros – los retratados, los personajes más o menos reales, y que eventualmente se sientan incomodados con esa plasmación de su persona en las obras –.

Desde esta perspectiva, es decir, la de la afectación de los derechos de terceros por razón de lo contado en una obra literaria, nos situamos dentro de la disciplina de *Derecho y Literatura*. Concretamente en lo que creemos que es una tercera rama diferente a las dos más frecuentemente estudiadas: a saber, el análisis de la representación del ordenamiento jurídico en la ficción literaria – Derecho *en* la Literatura –, y la aplicación de la metodología de la teoría literaria a los textos jurídicos – Derecho *como* Literatura –¹⁰. En este caso, por el contrario, estamos ante el estudio de cuestiones jurídicas que *surgen* de la obra literaria: no de la relevancia que se dé en una obra al mundo de lo jurídico, sino de las consecuencias legales que puede tener lo contado por el autor o autora, pues podría impactar en los derechos de terceros. Esta tercera vía la encontramos, aunque con matices, en lo que Posner calificó como el Derecho *de* la Literatura, en la que entrarían cuestiones de derechos de autor pero también de “difamación por medio de la ficción”.

“Defamation by Fiction”, es el término que el juez y profesor R. A. Posner utilizó para referirse a las cuestiones que entroncan con el allí denominado derecho a la privacidad y su posible intromisión (mediante el “tort of invasion of privacy”) por los autores de ficción (Posner, 2009, p. 511-517). Desde otro punto de vista, Falcón y Tella (2015, p. 25-26) entiende que uno de los tipos de regulación legal del proceso literario es el que surge de la creatividad, pudiendo dar lugar a las acciones de protección de la privacidad en sentido amplio – acciones hoy ya civiles, pero que en sus inicios fueron por vía penal – .

⁹ Aunque debemos puntualizar que, aun careciendo de medios para contratar a un abogado, siempre cabría la posibilidad de solicitar el beneficio de justicia gratuita, pues estaremos ante el ejercicio de derechos propios (los de la personalidad del retratado) y ante una pretensión, como veremos, defendible, por lo que se cumplen los requisitos para acceder al citado beneficio.

¹⁰ Recientemente ha resumido estas ramas de *Law and Literature* García Rubio (2020, p. 206-207), en el seno de un libro que se sitúa en la primera de las ramas mencionadas.

En nuestra tradición jurídica, esta discusión la tendremos que enmarcar en sede de derechos fundamentales: en la contienda entre, por un lado, el derecho a la producción y creación literaria y, por otro, los derechos de la personalidad de los que eventualmente aparezcan retratados en las obras.

3.2 La libertad de creación literaria del artículo 20.1.b) CE y algunos apuntes comparados

Partiendo de nuestra concepción de la autoficción como un relato no solo del “yo”, sino también del “nosotros”, y de la pregunta que nos hacíamos en párrafos precedentes sobre la eventual existencia de un derecho a contar algo que implique la vida e intimidad de otras personas, debemos analizar ahora la naturaleza y contenido de tal derecho.

Contar la vida de uno mismo, y también la de “los otros”, queda amparado en el derecho a la creación artística, que en principio englobará tal pretensión. Estamos ante un derecho que se encuentra recogido al mayor nivel en el ordenamiento jurídico español, en el artículo 20.1 b) de la Constitución (en adelante, CE). El derecho fundamental “a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica” se introdujo con la idea de proteger los derechos de autor y propiedad intelectual, pero su redacción final, más amplia, supuso la creación de un nuevo derecho fundamental, abarcando la libertad de creación pacífica y sin injerencias. Se preservan, de esta manera, las actividades innovadoras como un valor para el progreso colectivo de la sociedad (Urías Martínez, 2018, p. 617).

Es curiosa la mención que la CE hace expresamente a la creación que aquí nos interesa: la literaria. Podría haber señalado, sencillamente, la creación artística, en la que ya se engloba la literaria, la pictórica, la musical, la cinematográfica, y otras tantas formas de expresión en las que se manifiesta el arte. Es, quizá por la enorme tradición de la que goza la literatura como manifestación artística susceptible de expresar con gran concreción relatos, ideas y hechos, por lo que se ha plasmado esta forma de creación y no otras en el art. 20.1 b) CE.

Esta concreción facilita la necesaria diferenciación entre los tipos de discursos protegidos por el art. 20.1 CE: el apartado a), protector de la libertad de expresión; el ahora analizado apartado b), referente a la libertad de creación; el apartado c), sobre la libertad de cátedra; y el apartado d), relativo a la libertad de información. A nivel jurisprudencial, fue la STC 51/2008, de 14 de abril (RJ 2008/51), sobre la novela *Jardín de Villa Valeria* del escritor Manuel Vincent, la que definitivamente formuló la autonomía del derecho a la creación artística sobre

las otras libertades del art. 20.1 CE. Recientemente ha ido calando entre las diferentes instancias judiciales españolas la efectiva autonomía del mencionado derecho:

Aunque a veces el propio Tribunal Constitucional se olvide de su asentada doctrina, como sucede en la STC 81/2020, de 15 de julio (RJ 2020/81), que en su FJ 16 postula que “la libertad de producción y creación literaria y artística reconocida por el art. 20.1 b) CE es una concreción del derecho fundamental a la libertad de expresión, si bien con un ámbito de protección propio”. Tampoco se ha asentado la autonomía del derecho entre la jurisprudencia del TEDH, que llama la atención no solo por no analizar fuera de los límites de la libertad de expresión del artículo 10 CEDH las cuestiones que tienen que ver con creaciones artísticas, sino que se muestra bastante restrictivo en lo que a libertad creativa se refiere – quizá, precisamente, por aplicarle prácticamente los mismos cánones que a la libertad de expresión –. Véanse, entre otros, los casos *Karatas c. Turquía* (23168/94), STEDH de 8 de diciembre de 1999, en la que se condena a un escritor por unos poemas “que podían incitar a los lectores al odio”; o el asunto *Almeida Leitao Bento Fernandes c. Portugal* (825790/11), STEDH de 12 de marzo de 2015 (JUR 2016\202747), en la que se condena, por parte de los tribunales portugueses y posteriormente se confirma por el TEDH, a una autora portuguesa por difamar en una novela a varios miembros de su familia política. Por otra parte, entre la doctrina española se nota la influencia de voces clásicas que tradicionalmente situaron la libertad de creación como parte de las libertades de expresión e información (Díez-Picazo, 2005, p. 345).

No obstante, quizá por desconocimiento de esta afortunada singularidad de nuestra CE, no solo existen pocas sentencias que mencionan la libertad de creación literaria – ni siquiera para diferenciarla de la libertad de expresión o de información, que serán preferentemente aplicadas cuando estemos ante una “novela periodística”¹¹ –, sino que también son escasos los estudios doctrinales al respecto.

Singularidad que compartimos con Portugal, ya que el art. 42.1 de su Constitución de 1976 dispone que será libre la creación intelectual, artística y científica, y precisa en su apartado segundo que esta libertad comprende el derecho a la “invención, producción y divulgación de obras científicas, literarias o artísticas, incluyendo la protección legal de los derechos de autor”. En la mayoría de los ordenamientos, las Cartas magnas disponen de un artículo dedicado a la protección de la creación artística, aunque sin concretar como en el caso español y portugués la especificidad literaria; así, por ejemplo el chileno, y a la espera de la aprobación de un nuevo texto constitucional, es el primer inciso del artículo 19, apartado 25 de su Constitución Política el encargado de regular “la libertad de crear y difundir las artes”, entre las que se encuentra la literatura, aunque no se menciona de forma expresa (Vial Solar, 2004).

A modo de síntesis, diremos que la finalidad que tenga cada discurso será la base para atenernos, en principio, a uno u otro derecho. Si la finalidad preponderante es expresar una opinión, estaremos ante el derecho a la libertad de expresión; si es comunicar unos hechos, acudiremos a la libertad de información; si es transmitir libremente los conocimientos por parte de un docente, estaremos ante la libertad de cátedra; y si es crear una realidad nueva con

¹¹ Esto es lo que entendemos que sucede en el *Caso Nacho Carretero*, que expondremos más adelante.

un lenguaje estético determinado, deberemos movernos en el ámbito de la libertad de creación artística. Huelga decir que todas ellas se encuentran sometidas a ciertos límites, siendo común para todas “el respeto a[l] derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen” (art. 20.4 CE). El *quid* de la cuestión radicará en la diferente ponderación que se deba realizar entre la concreta libertad en juego y los derechos de la personalidad, que variará en función de los criterios a aplicar en cada libertad; por ejemplo, el criterio de la veracidad no será aplicable, en principio, a un texto ficcional.

Al poco estudio del derecho de creación se suma la importante dificultad que es establecer un concepto jurídico de arte, pues de existir, sin duda ayudaría a delimitar sus contornos. Dado que no solo no existe tal concepto – ni debe, pues inmediatamente desde las propias artes se crearía su antítesis – y dado que analizar la idea misma de arte daría para varios trabajos académicos, nos limitaremos a decir que su protección jurídica surge de la necesidad creativa que es intrínseca a la condición humana, como parte del libre desarrollo de su personalidad. Y se refuerza por la importancia que tiene para una sociedad democrática la libertad a través de la Cultura, manifestándose no solo a través del derecho a la creación de cultura, sino también desde una perspectiva pasiva, del derecho de acceso a la cultura creada por otros ciudadanos¹².

La doctrina constitucional comparada, véase por ejemplo la alemana, también admite que las fronteras de la garantía constitucional de la libertad artística y su significado en detalle no puede definirse mediante un concepto general que sea igualmente válido para todos los géneros artísticos. Pero ello no les exime de la obligación constitucional de decidir en cada caso concreto si se cumplen los requisitos del § 5 (3) inciso 1 GG (“El arte, la ciencia, la investigación y la enseñanza son libres”), para encontrar englobada en él una determinada expresión artística. En todo caso, se tratará de una obra de arte cuando estemos ante un diseño creativo libre, en el que las impresiones, experiencias y aventuras del artista se hagan realidad por medio de un lenguaje formal específico, dejando claro que, para proteger la autodeterminación artística, debe asumirse un concepto amplio de arte. Y si el autor de una obra literaria describe hechos reales y/o personas existentes, su inclusión o no dentro de este párrafo de la Ley fundamental dependerá de cómo moldee artísticamente la realidad o cree una nueva realidad estética: sería indubitable cuando el autor mezcle descripciones reales y ficticias y no pretenda ajustarse a la realidad. En cambio, si el texto se limita a una descripción al estilo de un

¹² Sobre el concepto de Cultura y su relevancia constitucional, véase Roca Trías (2020).

Para quien desee aproximarse de forma rápida a las concepciones que mayoritariamente se vienen manejando sobre la esencia misma del arte, léase Urías Menéndez (2020, p. 347-348), y García Rubio (2014, p. 417-419), y los autores por ellos citados. Para el primero, la especial protección se debe a la capacidad de elevación intelectual, al impulso innovador que se manifiesta en la creación de una obra con un valor reflexivo trascendente; para la segunda, el valor crítico del arte podría ser suficiente para considerarla como tal.

reportaje, sobre hechos reales y sin un segundo nivel por debajo del realista, no entraría dentro del ámbito de aplicación del artículo 5 (3), inciso 1 *GG* (*Bundesgerichtshof*, 15/09/2015 - VI ZR 175/14), de 15 de septiembre de 2015, § 36)¹³.

Como expusimos al comienzo de este apartado, la doctrina asentada por nuestro Tribunal Constitucional desde hace poco más de una década también aúpa el concepto autónomo de la libertad de creación literaria bajo unas premisas tanto formales (analizando si el texto adopta alguna forma literaria, por ejemplo, la novela), como materiales (aplicando los límites al derecho desde la perspectiva ficcional, dejando fuera el criterio de la veracidad). Sobre estas premisas trataremos ahora de hacer un recorrido por los pronunciamientos más señeros tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo y alguna Audiencia Provincial relativos a la libertad de creación literaria.

4 FICCIÓN, AUTOFICCIÓN Y REPORTAJES: ANÁLISIS EN TRES NIVELES

4.1 La STC 51/2008, el *Caso Manuel Vincent*

La obra literaria protagonista de la STC 51/2008 se puede encuadrar, *grosso modo*, en el género de la autoficción. O más bien, como algún experto la ha calificado, en el de “una forma de ambigüedad que algunas autoficciones suelen utilizar para instalarse de manera inequívoca en el terreno literario con mayúsculas” (Alberca, 2008, p. 200). El propio autor autodefine el género en el que pretende insertar su obra así: “No debe uno escribir de lo que ha vivido, sino de lo que ha experimentado. Si uno escribe sus vivencias se erige en protagonista; en cambio, cuando escribe sobre experiencias el escritor se convierte en medio” (Vicent *apud* Alberca, 2008, p. 201-202). Estas premisas son importantes para entender el porqué de la fundamentación del tribunal, que ya adelantamos amparó al escritor.

El pasaje de la novela *Jardín de Villa Valeria* que propició una demanda a su autor Manuel Vicent fue el siguiente:

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

¹³ En ella se trata el caso de un libro escrito por un profesor que, según el tribunal alemán, no puede ampararse en la libertad de creación del § 5 (3) inciso 1 *GG*, dado que se trata de un informe puramente fáctico en el que se muestran quejas del sistema educativo y solo consta de hechos realmente sucedidos. El daño a los derechos de la personalidad de la retratada – agravado por el hecho de que se trataba de una niña de doce años, cuyo desarrollo de la personalidad es todavía más acusado – eran más dignos de protección que el derecho del demandado a contar dichos hechos.

Ante estas palabras, la viuda del hombre mencionado en el citado pasaje interpuso una demanda por entender que se estaba vulnerando el honor y la intimidad personal y familiar de su marido (*rectius*, sería una lesión a la memoria del fallecido, por ataque a su honor e intimidad). En primera instancia no prosperó la demanda, pues se consideró que se trataba de un texto inserto en una novela que relataba hechos ficticios. No obstante, en apelación sí que se consideró que esas alusiones al retratado eran innecesarias para la finalidad creativa del texto, condenándose al escritor y a la editorial a indemnizar a la viuda, además de a suprimir las referencias en la novela del susodicho, y a publicar el fallo en un diario nacional. Recurrída en casación, la Sala de lo civil del Tribunal Supremo (STS 822/2004, de 12 de julio, RJ 2004/4670) vuelve al criterio de instancia, no considerándose constitutivo de una intromisión ilegítima en el derecho al honor el párrafo dichoso, dado que “no aparece una descalificación, desmérito o vejación de la persona aludida, con entidad suficiente para ser considerada atentatoria jurídicamente y constitutiva de responsabilidad civil: en el texto, lo que más destaca es el carácter de líder del personaje y su forma brillante. Otros extremos, más secundarios, como sus fobias y sus juegos eróticos, no pueden ser considerados objetivamente como atentatorios al honor”. A pesar de estar de acuerdo con el razonamiento, creemos que yerra el Tribunal Supremo al encuadrar su análisis dentro del ámbito de las libertades de expresión y de información, error que afortunadamente el Tribunal Constitucional solventa con una adecuada delimitación de los derechos en conflicto y de su concreto ámbito de protección.

Así, la STC 51/2008 de 14 de abril (RTC 2008/51) se aproxima a la realidad constitucional de “lo literario” tras el necesario toque de atención a los órganos inferiores al comienzo de su FJ 5: “Aunque ni en la resolución recurrida ni en ninguno de los pronunciamientos previos se ha reconocido ello expresamente, desde un punto de vista constitucional resulta evidente, como señala el Ministerio Fiscal, que el texto litigioso constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria”. Por lo que el Tribunal Constitucional, utilizando un criterio formal, entiende que estamos ante una novela que cuenta con diversas ediciones, lo que “permite encuadrarlo sin ningún género de dudas en este derecho fundamental específico, reconocido en la letra b) del art. 20.1 CE junto a la producción y creación artística, científica y técnica”. Concluye que “la constitucionalización expresa del derecho a la producción y creación literaria le otorgan un contenido autónomo que, sin excluirlo, va más allá de la libertad de expresión”¹⁴.

¹⁴ En la jurisprudencia menor encontramos casos como el de la SAP de Murcia (Sección 1ª), 184/2020, de 29 de julio (JUR 2020/308457), en la que a la hora de elegir entre el derecho a la libertad de información y entre el derecho a la creación literaria, se opta por este último utilizando un criterio formal, dado que el texto en el que se alegaba afectación al honor de una persona se encontraba ubicado en la sección de ocio de un medio de comunicación, dentro de la subsección “relatos de verano”, lo cual, sumado al propio contenido del texto, dejaba claro que no se trataba de un artículo de opinión o de crítica política, sino de una ficción literaria, aún con contenido político de fondo.

En cuanto a los criterios materiales, en primer lugar, señala el Tribunal Constitucional que la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad que no se corresponde con la realidad empírica, motivo por el cual el criterio de la veracidad no es trasladable a este ámbito. Así, el objetivo principal de este derecho es proteger la libertad del propio proceso creativo literario, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares. Como en toda actividad creativa, que por definición es prolongación de su propio autor y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre.

En segundo lugar, estamos ante un derecho que, si bien se encuentra limitado por otros derechos fundamentales con los que puede entrar en conflicto, señaladamente los mencionados en el art. 20.4 CE (honor, intimidad, propia imagen, protección de la juventud y de la infancia), ello no significa que se le puedan aplicar otros límites como “el buen gusto o la calidad literaria”, criterios que sí habían sido utilizados por la sentencia de la Audiencia Provincial a la hora de considerar vulnerado el derecho al honor, y que acertadamente el Tribunal Supremo destierra.

Finalmente, tras analizar dos cuestiones más en las que no entraremos – como es la legitimación para recurrir en este caso, y la concreta delimitación de las frases a las que se atribuye la vulneración – el tribunal acaba concluyendo que prima la libertad de creación literaria, dado que no hay un desmerecimiento a la consideración ajena, pues se trata de un pasaje aislado que no puede ser sacado del contexto general de la obra.

A estos dos criterios del Tribunal Constitucional convendría añadirle otros que ya empiezan a ser aplicados por la jurisprudencia menor, y que resultarán fundamentales al hablar de novelas de autoficción. Como más adelante veremos, estos se refieren a la percepción de realidad que pueda tener un lector medio al leer una novela, así como a la posibilidad y forma de identificar a la persona real en los textos literarios.

4.2 La STS 50/2017, el Caso Lucía Etxebarría

En la STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) 50/2017, de 27 de enero (RJ 2017/369), la escritora Lucía Etxebarría utilizó su blog personal para criticar a la directora de un programa televisivo en el que la propia escritora había participado. La responsabilizaba de su mala experiencia en el mismo, y para exponer esa crítica personal reveló datos íntimos, relativos a la vida privada

de la directora (como que había tenido un aborto y que consumía drogas) y a su vida familiar (como la enfermedad de su marido y sus periódicos internamientos por motivos psiquiátricos).

Estas son algunas de las frases que publicó en su blog:

a esa señora le pagué un aborto (y si me quiere demandar, que me demande, tan simple como ir a la Dator y buscar en los registros su nombre, y verificar quién acompañó y quién pagó);

sabía que yo estaba desesperada, sabía que necesitaba dinero. Comí con ella, incluso, expuse mis dudas. Se me engañó;

A esta señora le importa un comino cómo esté yo. Ella sale en su perfil de Facebook tan feliz, bebiendo copas, encantada de estigmatizar a una mujer como “loca” y de atacar a alguien bajo el pretexto (falso) de que padece una enfermedad mental, pese a que el padre de sus hijos lleve años ingresado en un psiquiátrico de Barcelona del que entra y sale como por puertas giratorias, aquejado, según ella, de trastorno bipolar. [...] Mi supuesta amiga no es la mayor hija de puta que he conocido porque he conocido a muchas. De hecho, es bastante tontita. No es culta, ni ingeniosa, ni lista. Pero el mal es banal, ya lo decía Ramona [...];

De la misma forma, esta chica, en apariencia banal, frívola, nadie particularmente inteligente ni, en apariencia, peligroso, puede hundirle la vida a una mujer que le asistió cuando más lo necesitaba sin que le tiemble el pulso, y seguir tan feliz con su vida, tomándose sus copas, metiéndose sus rayas, de juerga en juerga. Ella ya ha conseguido el dinero que tanto necesitaba. Cómo lo haya conseguido, no importa.

Aunque la escritora trató de alegar que sus textos se encuadraban en el género de la autoficción, y que se trataba de una crítica fundada a los programas televisivos tipo *reality*, el Tribunal Supremo no lo entendió así, y condenó a Lucía Etxebarria al pago de una indemnización a la directora por vulneración de sus derechos al honor y la intimidad. Así, decide el tribunal que

no hay el menor atisbo de creación de una nueva realidad imaginaria a partir de hechos o personajes reales, menos aún ficticios, ni se aprecia ningún interés cultural relevante que pudiera justificar los ataques personales a la demandante o la revelación de datos de su vida privada con una finalidad de creación literaria en el género de la “autoficción” o del “relato de no ficción”, porque la demandante no era conocida por su participación en la vida pública del país ni tenía ninguna relevancia diferente de su condición de profesional del medio como directora del programa.

La cuestión que nos interesa destacar de este caso es que, aunque la escritora argumenta que se ha vulnerado su derecho a la producción artística y literaria, el derecho fundamental alegado es el de expresión – art. 20.1.a) CE, incluso también el de información, aun sin mencionar el apartado d) del precepto –. Es el Tribunal Supremo el que en su FD 4º encuadra la petición de la escritora en el artículo 20.1.b) CE y aclara su naturaleza autónoma. Dicha autonomía ya había sido predicada por el Tribunal Supremo – siguiendo la anterior doctrina del Tribunal Constitucional arriba mencionada – en la STS 441/2014, en la que expone que “Aunque en algunos textos internacionales sobre derechos humanos no se reconoce este

derecho como un derecho autónomo respecto de las libertades de expresión e información, en nuestro ordenamiento jurídico es un derecho autónomo”¹⁵.

No obstante, y aquí radica el *quid* de la cuestión, el Tribunal Supremo reconoce que determinadas obras literarias se basen en hechos reales en las que se pueda reconocer a personas reales en los personajes de la novela, puede dar lugar a problemas: en primer lugar, en lo que concierne al honor de estas personas y, en segundo término, en que podrían concurrir ciertos rasgos propios de las libertades de expresión e información. Así, en estas obras podrán tener mayor o menor preponderancia las exigencias propias de una u otra libertad (de expresión, de información, o de creación literaria).

Habrà que tener en cuenta, por un lado, la reconocibilidad por el lector de los hechos narrados en la novela y de las personas a las que responden los personajes de la obra, y por otro, qué tratamiento es preponderante: si el creativo o, por el contrario, el fidedigno, de modo que el lector pueda calibrar si existe un mayor o menor distanciamiento de la realidad. Esta tensión entre una u otra percepción es lo que puede llevar a que se tenga que aplicar o no el canon de veracidad.

Así, el Tribunal Supremo concluye que

aunque el lector pueda reconocer en el texto literario hechos o personas reales, lo determinante para enjuiciar el conflicto desde la perspectiva de la libertad de creación artística y literaria, en la que el canon de la veracidad es irrelevante, o desde la perspectiva de la libertad de información, en la que este canon es requisito esencial del que depende la legitimidad de la intromisión, es que se pueda constatar que el texto verdaderamente ha alumbrado una nueva realidad, no identificada con la realidad empírica, en la que se haya dado un tratamiento más creativo que fidedigno a los hechos o personas reales en los que la obra se apoya.

Por lo que, en este caso, en el que fundamentalmente la escritora relataba hechos reales en los que predominaba su opinión crítica respecto de una persona – la directora del programa – no se apreció “el menor atisbo de creación de una nueva realidad imaginaria a partir de hechos o personajes reales, menos aún ficticios, ni se aprecia ningún interés cultural relevante”

¹⁵ STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) 441/2014, de 29 de julio (RJ 2015/4833). En síntesis, los hechos del caso fueron los siguientes: en 1980 se produjo el asesinato de un matrimonio perteneciente a la aristocracia española. Como resultado del mismo fueron condenados como autor el yerno de estos y, posteriormente, otra persona como encubridora. Casi treinta años después, en 2009, RTVE emitió dentro de la serie “La huella del crimen”, un capítulo titulado “El crimen de los Marqueses de U.”, precedido de un documental sobre los hechos en el que se explicaron los pormenores del caso tal como resultaban de las declaraciones realizadas a los medios de comunicación por las personas relacionadas con él. Se explicaba en el documental que el condenado había cambiado su declaración para incriminar a los hijos del matrimonio asesinado. También aparecían imágenes de declaraciones públicas de dichos hijos negando los hechos imputados. El capítulo en cuestión escenificó de manera dramatizada dichos acontecimientos, incluidas aquellas imputaciones, aunque finalizando luego con la condena del principal sospechoso. El hijo menor del matrimonio asesinado demandó a RTVE y a la productora PCPC, S. A. al considerar que la emisión de dicho capítulo se había hecho de modo que suponía una intromisión ilegítima en el honor del demandante al presentársele como el autor intelectual o inductor y colaborador necesario en el asesinato de sus padres. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial de Madrid desestimaron la demanda. El Tribunal Supremo no dio lugar al recurso de casación.

que pudiese justificar los ataques al honor de la presentadora. Esta razón es la que excluyó que el Tribunal Supremo aplicase el criterio del artículo 20.1.b) CE, y pasase a aplicar aquel de la libertad de expresión en el que, partiendo de hechos que se consideran veraces y juicios de valor que realiza la escritora sobre la directora, efectivamente se aprecia un ataque a su honor que no puede justificarse con la pretendida naturaleza literaria del texto.

4.3 La STS 29/2021, el Caso Nacho Carretero

En el reciente caso dilucidado en la STS (Sala de lo civil, Sección 1ª) 29/2021, de 25 de enero (RJ 2021\121), la controversia surge porque en el libro *Fariña*, del escritor y periodista Nacho Carretero, se realizan menciones al exalcalde de un pueblo gallego sobre sus litigios de narcotráfico, motivo por el que este decide interponer una demanda en defensa de su honor. Uno de los pasajes cuestionados era este:

Según contó años después “o Piturro” entregó los 300 kilos que se habían salvado a “tres fulanos que no eran gallegos”. Metieron la carga en un coche y se largaron de allí. El coche, tal y como descubriría la investigación años después, estaba a nombre de Bernabé, alcalde de O Grove, afiliado al PP (otro más) y procesado en 2001 por un alijo de dos toneladas de cocaína.

Como se aprecia, el libro *Fariña* versa sobre la historia del narcotráfico gallego. Por lo tanto, no podemos ya encuadrarlo en el género de la autoficción. Cuestión diferente es que podamos calificarlo como novela, razón por la cual consideramos acertado un escueto análisis del caso, a los efectos de seguir perfilando el derecho a la creación literaria.

En síntesis, el Tribunal Supremo entiende que estamos ante un libro de interés general y relevancia pública, en el que se comunican fundadamente hechos susceptibles de contraste, lo que sería “expresión del derecho y la libertad de información”. Por lo que, para ponderar los derechos en juego, utiliza los criterios propios del derecho a la libertad de información: interés de la información comunicada, y veracidad en la transmisión de la información, cuyos errores o imprecisiones circunstanciales no afectan a la esencia de lo transmitido¹⁶. Así,

Prevalece la libertad de información y expresión pues, sin sumar calificativos injuriosos o innecesarios, al expresar sus valoraciones sobre las relaciones entre el mundo del narcotráfico y la política y el clima social de tolerancia hacia la cultura heredada del contrabando de tabaco, el Sr. Conrado mencionó al demandante como ejemplo de cómo algunos políticos tras haber sido acusados, procesados e incluso condenados, se presentaban a las elecciones y obtenían el respaldo popular. Ello, tal y como ha quedado reflejado en los apartados anteriores no eran invenciones ni se basaba en simples rumores carentes de constatación y, por el contrario, contaba con los apoyos que ya han quedado expuestos (FJ 6º, punto 6).

¹⁶ Parte de la argumentación que utiliza el mencionado exalcalde para su defensa es que “falta el fundamental requisito de la veracidad en la información difundida, por cuanto se omitió deliberadamente el dato de la absolución del [alcalde] por los hechos relatados en el libro *Fariña*”.

En nuestra opinión, se echa en falta, aunque solo sea una alusión al art. 20.1 b) CE, explicando por qué se encuadra bajo el paraguas de la libertad de información, y no bajo el de la libertad de creación, pues lo cierto es que estamos, así y todo, ante un ensayo literario. El propio Tribunal Supremo recoge en su FJ 6º que la mención al exalcalde “se enmarcaba en un relato sobre la historia del narcotráfico gallego”.

De hecho, creemos que tendría cabida en el art. 20.1.b) CE no solo por la vía de la libertad de creación literaria, sino que podríamos plantearnos enmarcarlo en la libertad de creación científica, en su modalidad de investigación histórica. Es la STC 43/2004, de 23 de marzo (RTC 2004/43) la que establece que podría estar justificada una intromisión en el derecho a la intimidad de una persona cuando así lo requiera el interés general a la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática. Así, según el Tribunal Constitucional, la libertad científica – en concreto, el debate histórico – disfruta en la CE de una protección acrecida respecto de la que opera para las libertades de expresión e información, pues mientras que estas se refieren a hechos actuales protagonizados por personas del presente, aquella se refiere siempre a hechos del pasado y protagonizados por individuos cuya personalidad se ha ido diluyendo necesariamente como consecuencia del paso del tiempo. En definitiva,

sólo de esta manera se hace posible la investigación histórica, que es siempre, por definición, polémica y discutible, por erigirse alrededor de aseveraciones y juicios de valor sobre cuya verdad objetiva es imposible alcanzar plena certidumbre, siendo así que esa incertidumbre consustancial al debate histórico representa lo que éste tiene de más valioso, respetable y digno de protección por el papel esencial que desempeña en la formación de una conciencia histórica adecuada a la dignidad de los ciudadanos de una sociedad libre y democrática (FJ 5º).

No obstante, creemos que la novela *Fariña* relata unos hechos en clave histórico-periodística, pero narrados en clave literaria. Por lo tanto, y aunque en este caso la tensión con el derecho al honor no vendrá desde el género de la autoficción, sí lo hará con el de la novela basada en hechos reales, lo que tendría cabida en la libertad de creación literaria. Por lo que creemos que también podría argumentarse que estamos ante un tipo de discurso que se protege por la transformación en clave estética de los hechos, en este caso de la historia del narcotráfico gallego; y si son hechos veraces, con mayor razón no habrá problema alguno con los derechos de la personalidad del retratado – siempre y cuando haya una proporcionalidad en lo contado, sin descalificaciones gratuitas e imputaciones vejatorias –. Si, en cambio, no fuese veraz – cosa que no sucede en este caso, pues se admite por el tribunal que los datos relativos al alcalde están extraídos de declaraciones hechas por él mismo y de hechos probados – habría que realizar una ponderación como la efectuada en la STC 51/2008 en el caso de la novela *Jardín*

de *Villa Valeria*, para dilucidar si hay o no una afectación a los derechos de la personalidad del retratado.

5 EL ALCANCE DE LAS “CLÁUSULAS DE FICCIÓN” Y DE LOS “PACTOS” A LOS QUE LLEGUE EL ESCRITOR O ESCRITORA CON LAS PERSONAS REPRESENTADAS

5.1 Las “cláusulas de ficción” insertas en algunas obras literarias

Además de los criterios que tengan en cuenta la veracidad de lo narrado, así como de la posible identificación de los retratados, debemos tener en cuenta también la relevancia (o irrelevancia) de aquellas advertencias hechas por algunos escritores. Como ya se hizo alusión en el apartado segundo de este trabajo, nos estamos refiriendo a que, en ocasiones, los autores se cuidan de insertar en sus obras determinadas cláusulas que digan, o bien “que todo lo ahí contado es ficción”, o bien dejando ambiguamente delimitado el género literario en el que pretenden enmarcar la obra.

La jurisprudencia alemana, al hilo del caso sobre la novela *Esra*, del escritor Martin Biller – que advertía que todos los personajes y hechos eran ficticios y que la historia no estaba basada en hechos reales – ha dicho que estas cláusulas son insuficientes para cambiar la impresión del lector sobre las representaciones realistas de personas reales (BvR 1783/05, de 13 de junio de 2007, “Caso Esra”). Es decir, si la identificación de personajes y hechos por el lector es posible, una posterior ficcionalización del argumento no ayudará salvo que el lector sea capaz de distinguir claramente entre realidad y ficción, pues siempre se estará preguntando si lo narrado es realidad o no (Clark, 2008, p. 221-224). Aunque en una sentencia anterior de 1971 (BVerfGE 30, 173, de 24 de febrero de 1971, “Caso Mephisto”), sobre la novela *Mephisto*, de Hendrik Höfgen, los tribunales alemanes decían que debía ser una parte no insignificante de los lectores la que pudiese identificar a las personas reales tras los personajes ficticios, en el caso *Esra* fue más allá, diciendo que es suficiente con que los amigos y personas cercanas puedan identificar a la persona real para ver infringidos los derechos de la personalidad.

En el libro *Los últimos días de Adelaida García Morales*, de la escritora Elvira Navarro, se inserta una de estas cláusulas, estableciéndose que todo lo narrado en ella es ficción. Siguiendo a la doctrina alemana, esta cláusula carecería de todo efecto, dado que la identificación del personaje con la persona real, la escritora Adelaida García Morales, es total, utilizándose incluso su nombre propio. Por lo tanto, de haberse judicializado el caso, los efectos

de la cláusula habrían sido más que discutibles, sobre todo si tenemos en cuenta que se incluye una relación de fuentes consultadas al final del libro (Ammerman Yebra, 2016, p. 167-171)¹⁷.

Estas cláusulas se han llegado a calificar por algún autor como perjudiciales para el escritor que las inserta, pues podrían evidenciar en algunos casos un auténtico deseo de perjudicar a personas realmente conocidas, bajo el amparo de una falsa ficcionalización (Pierrat, 2010, p. 483-491).

En nuestro ordenamiento, De Verda y Beamonte (2011, p. 151) también entiende que “el principio general” de que estas cláusulas dejarían sin efecto posibles intromisiones en el derecho a la intimidad, debe ser matizado, y pone como ejemplo varios casos de la jurisprudencia comparada que así lo hacen.

5.2 La (des)autorización de los retratados como frontera en la autoficción

Por último, debemos analizar qué alcance tiene tanto la posible autorización que pueda dar una persona para ser “utilizada” como personaje en una obra, como la expresa desautorización hecha a determinado escritor para que bajo ningún concepto hablen de ella en las obras literarias.

Un pasaje de un cuento del escritor berciano Antonio Pereira, cuyos relatos se mueven entre lo real y lo inventado sin que los lectores puedan diferenciar qué partes son reales y cuáles no, pone de manifiesto la cuestión de la que hablamos:

U. no está mal. Es guapa. Le gusta la pintura y cuando está en fondos – es traductora – se marcha a visitar los museos del mundo con gente como los Amigos del Museo del Prado, o sola a su aire incansable [...].

Pero todo hay que decirlo. U. es una mujer “con mucho carácter”. Ustedes me entienden. *Me tiene advertido que no la cite en mi obra, que mi arte es sólo mío, conque raramente me arriesgo. Ya lo mejor no anda descaminada.* Uno de estos días, en Madrid, fuimos juntos al Ateneo. Por aquí andaba Jorge Amado, yo le tengo afición a su *Gabriela de clavo y canela* y a todo ese nordeste de Brasil tan próximo a mi querencia portuguesa. Conocimos personalmente al novelista, y también a Zelia, su mujer, que lleva toda la vida ayudándole como mecanógrafa y secretaria. La pareja montó un número fino, que seguramente habían repetido por ahí y ya venían compinchados. En el coloquio, ella le decía a su Jorge:

– Reconócelo, Jorge, eres duro con tus personajes, acuérdate de Teresa cuando perdió un diente en el frente más visible de su dentadura y decidiste ponerle un diente de oro.

– Lo mejor y más caro que había – el novelista haciendo como que se defendía.

– Pero sería arruinarle la vida a la pobre muchacha, ¡el relumbrón del oro ahí, precisamente ahí! – y Zelia lo escenificaba –. Me puse pesada y menos mal, le cambiaste el diente a un lateral de la boca, mucho menos visible.

Así siguieron, con aquel juegucito de reproches entre marido y mujer, y cuando salíamos del Ateneo, U. me dijo que a lo mejor es negocio y que

¹⁷ Y sobre la protección *post mortem* de los derechos de la personalidad, véase Minero Alejandro (2018).

nosotros podíamos explotarlo... mientras seamos pareja, conozco bien ese tono de sorna (Pereira, 2007, p. 201-203, la cursiva es nuestra).

También en el mundo cinematográfico encontramos referencias a este tema. En la película *Dolor y Gloria*, de Pedro Almodóvar, hay una escena que recoge una conversación entre Salvador (interpretado por Antonio Banderas, que representa de algún modo al propio Almodóvar) y su madre (interpretada por Julieta Serrano), cuando ella está contando un sueño que tuvo con su vecina difunta, que se le aparece en la habitación del hospital en donde está ingresada. Tras el relato del sueño, Salvador quiere que continúe, momento en el que tiene lugar la siguiente conversación:

Salvador- ¿Y qué más?

Madre – No pongas esa cara de narrador eh. *No, no, no, no quiero que pongas nada de esto en tus películas. No me gusta que salgan mis vecinas, no me gusta la autoficción.*

S- *¿Qué sabes tú de autoficción?*

M- *Te oí explicarlo en una entrevista. A mis vecinas no les gusta que las saques. Piensan que las tratas como a unas catetas.*

S- Mamá, dices unas cosas. Si no puedo tratarlas con más respeto ni más devoción. Cada vez que tengo ocasión, hablo de ti, y digo que me he formado contigo, y con las vecinas. Todo os lo debo a vosotras.

M – No les gusta.

Como podemos apreciar en el primer texto transcrito, el escritor es consciente de la necesaria autorización de su esposa con la que debe contar para relatar algo que la concierna. En términos legales, en nuestro ordenamiento es el art. 2.2 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LO 1/1982) el que establece que debe manifestarse de forma expresa la autorización del titular de los derechos de la personalidad para evitar la intromisión ilegítima; en caso contrario, si la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona afecta a su reputación y buen nombre (*ex art. 7.3 LO 1/1982*), o la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor, en este caso a través de la literatura, lesionan la dignidad del retratado menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación (*ex art. 7.7. LO 1/1982*), podremos estar ante una intromisión ilegítima en los derechos al honor y/o intimidad.

Todo ello nos lleva a preguntarnos qué sucedería en el caso de que una persona hubiese dado su autorización para ser “utilizada” en una obra¹⁸, pero tiempo después, por los motivos que fuesen, la hubiese revocado. De acuerdo con el art. 2.3 LO 1/1982, el consentimiento para la intromisión puede ser revocado en cualquier momento, debiendo indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, lo que incluye las expectativas justificadas. Así, el sistema de protección elegido por el legislador ha sido objeto de críticas, pues parece que la Ley contempla

¹⁸ Esta cuestión no es baladí tampoco en términos económicos, pues ya hay doctrina que defiende el valor monetario del derecho al honor, debido a la propia evolución “mercantilizadora” experimentada en los últimos tiempos. A este respecto, véase Otero Crespo (2014, p. 1129, nota 55).

una manera de disponer de aspectos de esos derechos, concretamente la disposición por acto unilateral, mientras que no se contempla el contrato, lo que se puede interpretar como una laguna (Clavería Gosálbez, 1983, p. 1255)¹⁹. Siguiendo con esta idea, se ha postulado que se debe hacer una interpretación correctora del art. 2 LO 1/1982, limitando sus efectos a los actos de autorización unilateral, pero proscribiéndolo en los genuinos contratos de cesión, ya que la libertad de revocación podría ir en contra de los principios de *pacta sunt servanda*, buena fe e irrevocabilidad aplicables a las relaciones contractuales (García Rubio, 2013, p. 620-621). También se ha dicho que hay una primera categoría de mero consentimiento o autorización para la intromisión, por un lado, y otra en la que puede constituirse una verdadera relación contractual, por otro. En esta línea, se tratará de realizar una gradación del consentimiento o autorización, eligiendo las partes una u otra en función de la complejidad del uso que se vaya a dar al derecho (Vendrell Cervantes, 2014, p. 413).

Creemos que la mayoría de las autorizaciones que existan por parte de los retratados en los libros serán no solo actos unilaterales, sino muy seguramente tácitos. Por lo que la posibilidad de su revocación es clara. Que exista una autorización expresa para el uso de su persona será algo excepcional, y más aún que sea recogida mediante un contrato. No obstante, como la excepción confirma la regla, encontramos un caso en el que, aunque todavía no parece haberse judicializado el asunto, no descartamos que así suceda en un futuro próximo. Nos referimos a la polémica generada por el libro *Yoga*, del conocido y premiado escritor Emmanuel Carrère.

Como se sabe, el autor francés es uno de los máximos exponentes del género de la autoficción. Él mismo se pregunta muchas veces sobre ella: “¿existe un criterio que nos permita adivinar si una historia es verídica o ficticia? ¿Si un retrato en un museo es el de una persona real o de un personaje imaginario? No tengo una respuesta, pero me parece que, sin poder explicarlo, lo intuimos. Yo al menos lo intuyo” (Carrère, 2021, p. 309).

En el caso concreto de esta novela, los problemas surgieron con su exmujer, quien tras salir publicado *Yoga*, escribió en prensa un artículo en el que aseguró que Emmanuel y ella estaban vinculados por un contrato que le obligaba a obtener su consentimiento para utilizarla en su obra²⁰. Durante los años en los que vivieron juntos,

¹⁹ Para Clavería Gosálbez, el contrato debe tener cabida vía artículo 1.1 y 1.4 CC, proponiendo que se consigne expresamente que se renuncia a la revocación, dada la alusión expresa a ella que hace la LO 1/1982 y dado que la denuncia unilateral no es incompatible en principio con la noción de contrato. El mismo autor describirá una década después la situación como “de perplejidad” al no contemplar la LO 1/1982 el modelo de contrato, sino solo un acto unilateral y revocable del consentimiento para la intromisión (Clavería Gosálbez, 1994, p. 43).

²⁰ El artículo puede consultar en francés aquí: <https://www.vanityfair.fr/culture/voir-lire/articles/droit-de-reponse-helene-devynck-l-ex-compagne-demmanuel-carrere-repond-a-la-polemique-autour-de-yoga/81120>.

Emmanuel pudo utilizar mis palabras, mis ideas, ahondar en mi dolor, mis penas, mi sexualidad: era amor, y el trabajo que buscaba en sus libros aseguraba que yo estuviera representada de una manera que nos convenía a ambos.

Nuestro divorcio, en marzo pasado, reorganizó la baraja.

Según sus declaraciones, en el manuscrito que recibió de *Yoga* se había dibujado un retrato de ella con el que no estaba de acuerdo. Aunque el autor eliminó varios pasajes, ella consideró que no fue suficiente, por lo que lanzó las siguientes preguntas:

¿Puede un autor aprovecharse de una libertad creativa cuyos límites ha fijado él mismo?

¿Es el artista famoso y admirado un ser divinizado que, a diferencia de los simples mortales, no está sujeto a sus propios compromisos?

Nosotras entendemos que estas preguntas merecen una respuesta negativa. Primero, porque, como vimos, existen límites fijados por la Constitución (señaladamente en el art. 20.4 CE) que se han venido aplicando a través de la toma en consideración de diversos criterios por los tribunales cuando estamos ante una contienda entre el derecho a la creación literaria y los derechos de la personalidad. Y segundo, porque como acabamos de exponer, en principio debe haber un consentimiento expreso por parte del titular de los derechos de la personalidad para que el uso de cuestiones que atañen a su yo más íntimo, en este caso plasmadas en una obra literaria, sea lícito – cierto es que, como también mencionamos, como contraparte podrían entrar en juego la veracidad de los hechos, su relevancia pública, cultural o histórica, la mayor o menor identificación de la persona, o el contexto en el que se inserta un pasaje potencialmente lesivo de los derechos del retratado – .

En definitiva, en las novelas de autoficción, debe hacerse un ejercicio de deslinde en el que se diferencie claramente si estamos ante pasajes en los que deba prevalecer el interés público en proteger la creación literaria o si, por el contrario, se trata de pasajes en los que no hay, como se mencionó en la STS 50/2017 sobre el *Caso Lucía Etxebarria*, ningún atisbo de creación de una nueva realidad imaginaria a partir de hechos o personajes reales, ni tampoco se aprecia ningún interés cultural relevante que justifiquen un ataque al honor del representado en el texto. Y es que, como diría la doctrina portuguesa, también merece protección el *direito à história pessoal*, entendiendo por tal aquel que preserva que cada uno pueda contar su historia, sus vivencias, su intimidad a su manera (Guimarães, 2017, p. 26).

REFERENCIAS

ALBERCA, Manuel. Las novelas del yo. In: CASAS, Ana (comp.). *La autoficción: reflexiones teóricas*. Madrid: Arco libros, 2012. p. 123-150.

ALBERCA, Manuel. Autoficción de un gozador de placeres efímeros. *Olivar*, v. 12, n. 9, p. 199-216, 2008.

ALBERCA, Manuel. *El pacto ambiguo: de la novela autobiográfica a la autoficción*. Madrid: Biblioteca Nueva, 2007.

ALCARAZ LEÓN, María José. El lector ante la autoficción. *Thémata - Revista e filosofía*, n. 63, p. 61-81, 2021.

AMMERMAN YEBRA, Julia. La Adelaida de *El Sur* y los límites entre la libertad de creación literaria y los derechos de la personalidad. *Revista de Derecho Civil*, v. III, n. 4, p. 167-171, 2016.

ARROYO REDONDO, Susana. *La autoficción: entre la autobiografía y el ensayo biográfico. Límites del género*. Universidad de Alcalá, 2011. Tesis doctoral disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/16941>.

BARCHINA, Matías. Los cuentos de Eduardo Halfon: hiperrelato y autoficción. *Lejana - Revista crítica de narrativa breve*, n. 6, p. 1-13, 2013.

BLANCO, Sergio. *Autoficción: una ingeniería del yo*. Madrid: Punto de vista, 2018.

CARRÈRE, Emmanuel. *Yoga*. Barcelona: Anagrama, 2021.

CASAS, Ana. El simulacro del yo: la autoficción en la narrativa actual. In: CASAS, Ana (comp.), *La autoficción: reflexiones teóricas*. Madrid: Arco libros, 2012. p. 9-42.

CERCAS, Javier. *El punto ciego: Las conferencias Weidenfeld 2015*. Barcelona: Literatura Random House, 2016.

CERCAS, Javier. *El impostor*, Barcelona: Literatura Random House, 2015.

CIABATTI, Teresa. *La più amata*. Milano: Mondadori, 2017.

CLARK, Birgit. Freedom of art *v* personality rights: ban upheld on the real life novel “Esra”. *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, v. 3, n. 4, p. 221-224, 2008.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis. Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. *Anuario de Derecho Civil*, v. 36, n. 4, p. 1243-1262, 1983.

CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luis. Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. *Anuario de Derecho Civil*, v. 47, n. 3, p. 31-69, 1994.

CRUZ, Aixa de la. *Cambiar de idea*, Barcelona: Caballo de Troya, 2019.

DELANGUE, Henri. Autobiographie ou autofiction chez Amélie Nothomb? *Çédille - Revista de estudios franceses*, n. 10, p. 129-141, 2014.

DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón. Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad. *Derecho privado y constitución*, n. 25, p. 137-174, enero-diciembre 2011.

DÍEZ-PICAZO, Luis. *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Civitas, 2005.

DOUBROVSKY, Serge. Autobiografía, verdad, psicoanálisis. In: CASAS, Ana (comp.). *La autoficción: reflexiones teóricas*. Madrid: Arco libros, 2012. p. 45-64.

DURASTANTI, Claudia. *La extranjera*, Barcelona: Anagrama, 2020.

- FALCÓN Y TELLA, María José. *Derecho y Literatura*. Madrid: Marcial Pons, 2015.
- GARCÍA RUBIO, María Paz. Una lectura jurídica de *Cinco horas con Mario*. In: SERRANO ARGÜELLO, Noemí (dir.). *Derecho y literatura en la novela de Miguel Delibes*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2020. p. 205-233.
- GARCÍA RUBIO, María Paz. Arte, religión y Derechos Fundamentales. La libertad de expresión artística ante la religión y los sentimientos religiosos (algunos apuntes al hilo del caso Javier Krahe). *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXVIII, fasc. II, p. 397-453, 2014.
- GARCÍA RUBIO, María Paz. Los derechos de la personalidad. In: GETE-ALONSO Y CALERA, María del Carmen (dir.). *Tratado de derecho de la persona física*, tomo II. Navarra: Civitas Thomson-Reuters, 2013. p. 595-631.
- GASPARINI, Philippe. La autonarración. . In: CASAS, Ana (comp.). *La autoficción: reflexiones teóricas*. Madrid: Arco libros, 2012. p. 177-209.
- GINZBURG, Natalia. *Léxico familiar*. Barcelona: Lumen, 2016.
- GORNICK, Vivian. *La mujer singular y la ciudad*. Madrid: Sexto piso, 2018.
- GUIMARÃES, Raquel. A tutela da pessoa e da sua personalidade: algumas questões relativas aos direitos à imagem, à reserva da vida privada e à reserva da pessoa íntima ou direito ao carácter. In: RODRIGUES, Gabriela Cunha; GEMAS, Laurinda; PAZ, Margarida (org.). *A tutela geral e especial da personalidade humana*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, 2017. p. 25-47. [E-book]
- HALFON, Eduardo. *Duelo*. Barcelona: Libros del asteroide, 2017.
- HALFON, Eduardo. *Signor Hoffman*. Barcelona: Libros del asteroide, 2015.
- HALFON, Eduardo. *El boxeador polaco*. Valencia: Pre-textos, 2008.
- HJORTH, Helga. *Free will*. Independently published, 2021.
- HJORTH, Vigdis. *La herencia*. Madrid: Nórdica libros y Mármara ediciones, 2019.
- LOPATE, Phillip. *Mostrar y decir: el arte de escribir no ficción*. Barcelona: Alba editorial, 2017.
- LÓPEZ CANICIO, Gemma. Ficción en la novela de la no-ficción. Análisis del estatuto ficcional a partir del narrador. *Impossibilia - Revista internacional de estudios literarios*, n. 13, p. 176-198, mayo 2017.
- MAZZETTI, Lorenza. *Con rabia*. Cáceres: Periférica, 2017.
- MAZZETTI, Lorenza. *El cielo se cae*. Cáceres: Periférica, 2010.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma. *La protección post mortem de los derechos al honor, a la intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2018.
- MONTERO, Rosa. *La loca de la casa*. Barcelona: Debolsillo, 2015.
- NOTHOMB, Amélie. *La nostalgia feliz*. Barcelona: Anagrama, 2015.

OTERO CRESPO, Marta. Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. In: DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés; GARCÍA RUBIO, María Paz (dir.). *Estudios de derecho de sucesiones: "Liber amicorum" Teodora F. Torres García*. Madrid: Wolters Kluwer, 2014. p. 1107-1130.

PATO, Xacobe. *Seré feliz mañana*. Barcelona: Espasa, 2020.

PEREIRA, Antonio. Llave de U. In: PEREIRA, Antonio. *La divisa en la torre*. Madrid: Alianza Editorial, 2007. p. 201-203.

PIERRAT, Emmanuel. Le péril autofictionnel (droit et autofiction). In: BURGELIN, Claude; GRELL, Isabelle; ROCHE, Roger-Yves (dir.). *Autofiction(s)*. Lyon: Presses Universitaires de Lyon, 2010. p. 483-491.

POSNER, Richard A. *Law and Literature*. Cambridge: Harvard University Press, 2009.

POZO GARCÍA, Antonio. Autoficción en la novela: realidad, ficción y autobiografía. *Impossibilia - Revista internacional de estudios literarios*, n. 13, p. 3-20, 2017.

ROCA TRÍAS, Encarna. La Cultura como Derecho Fundamental. Seminario online "Arte y Estado. La protección de las artes en tiempos de crisis", de 26 de noviembre de 2020. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=WID7Ax6opp4&list=PL6Wy7ydugYXHs_ebG3qDoYeJNOPOf5EeP&index=2.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. Una jaula rota: la perspectiva de género en la Justicia a partir de "Un jurado de sus iguales", de Susan Glaspell. In: ALONSO SALGADO, Cristina; OTERO CRESPO, Marta (dir.). *Innovación docente e investigadora en Derecho*. Madrid: Colex, 2019, p. 61-67.

RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, Ana. El Derecho en la obra de Elena Ferrante "La amiga estupenda". *Italian Society for Law and Literature Papers*, v. 11, 2018. Disponible en: <http://amsacta.unibo.it/6037/>.

SAPIRO, Gisèle. Droits et devoirs de la fiction littéraire en régime démocratique: du réalisme à l'autofiction. *Fixxion - Revue critique de fiction contemporaine*, "Fiction et démocratie", n. 6, p. 1-14, junio 2013. Disponible en: <http://www.revue-critique-de-fixxion-francaise-contemporaine.org/rcffc/article/view/fo6.11/737>.

TRAPIELLO, Andrés. *Salón de los pasos perdidos*. Valencia: Pre-textos (varios volúmenes).

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. Artículo 20.1.B) La libertad de creación. In: RODRÍGUEZ-PIÑEIRO Y BRAVO FERRER, Miguel; CASAS BAAMONDE, María Emilia (dir.). *Comentarios a la Constitución Española*, tomo I. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 2018. p. 617-625.

URÍAS MARTÍNEZ, Joaquín. La creación artística como discurso protegido: experiencias comparadas y posibilidades españolas. *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, n. 46, p. 343-370, 2020.

VENDRELL CERVANTES, Carles. *El mercado de los derechos de imagen*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

VIAL SOLAR, Tomás. La libertad de creación artística. Un nuevo derecho constitucional. *Informe de investigación*, Santiago, n. 19, año 6, junio de 2004.

VIGAN, Delphine de. *Nada se opone a la noche*. Barcelona: Anagrama, 2012.

Lengua original: Español

Recibido: 22/03/22

Aceptado: 02/12/23