



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2015-2016

Aspectos doctrinales y jurisprudenciales en cuanto a la obtención en vía civil de cantidades dinerarias por la víctima de intromisiones en su intimidad, honor y propia imagen

Doctrine and jurisprudence about obtaining by the civil way amounts of money by the victims of intrusions into their privacy, honor and self-image

AUTOR: Javier San Sebastián Fernández.

TUTOR: Dr. Eduardo Vázquez de Castro.

Índice:

Tabla de contenido

1. Abreviaturas:.....	1
2. Introducción:	1
3. Los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen:.....	3
3.1 El derecho al honor:.....	3
3.2 El derecho aa intimidad personal y familiar:	4
3.3 El Derecho a la propia imagen:.....	5
4 Protección de la intimidad, honor y propia imagen mediante la LO 1/1982 de 5 de mayo y cuándo se producen intromisiones en dichos derechos:	7
Breve referencia a las libertades de expresión e información:	11
5 Daño Moral o patrimonial a costa de la intromisión: Incursión de los “daños punitivos” del “Common Law”, presunciones, criterios de valoración del daño moral e indemnizaciones simbólicas.....	13
5.1 Introducción e incursión de los denominados “daños punitivos” o “punitive damages”:.....	13
5.2 Presunción de daños:	17
5.3 Criterios para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios:.....	24
5.4 Indemnizaciones simbólicas:	33
6 La apropiación del lucro obtenido ilegítimamente por el intromisor, en relación con la indemnización de daños morales y el artículo 9.2 “d)” de la LO 1/1982.....	39
6.1 Contenido de atribución de los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen:	39
6.2 Criterio de Mercado lícito:	42
6.3 Enriquecimiento injusto por la víctima de intromisión en sus derechos al honor, intimidad y/o propia imagen:	44
7 Indemnizaciones por protección post-mortem de los derechos de la personalidad: ...	49
7.1 Pervivencia post-mortem de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen y de acciones indemnizatorias.	49
7.2 Legitimación para el ejercicio o continuación de acciones de protección post-mortem respecto de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen y destino de las correspondientes indemnizaciones:	54
8 Conclusiones:	57
9 Bibliografía:	63

1. Abreviaturas:

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española

CP: Código Penal.

LO: Ley Orgánica.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

STS: Sentencia del tribunal Supremo.

STEDH: Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial.

TC: Tribunal Constitucional.

TS: Tribunal Supremo.

P/Ps: Página/páginas.

2. Introducción:

Cuando se produce una intromisión en los derechos a la intimidad, honor o propia imagen del individuo, se producen una serie de daños, tanto morales como materiales. Al tiempo se produce una ganancia para el infractor a costa de la explotación del contenido de los derechos a la intimidad, honor y/o propia imagen de la víctima.

La cuestión es si basta con una simple intromisión para que en efecto haya pretensión económica por el perjudicado (bien por indemnización, o bien por apropiación del lucro obtenido por el intromisor), o en ello inciden más factores.

Una vez determinada la intromisión, y que en efecto ha habido daños, o apropiación de beneficio por parte del infractor, debemos atender a qué criterios inciden en que se determine una indemnización por una determinada cuantía, o sobre qué justificación jurídica la víctima de intromisión puede hacerse con cierta cantidad de lo obtenido por el infractor con la intromisión.

Para empezar, considero oportuno exponer qué son los derechos a la intimidad, honor y propia imagen, cuál es su contenido y como están regulados en nuestro ordenamiento jurídico.

El artículo 18 de la “Constitución Española” (en adelante CE) consagra una pluralidad de derechos cuya finalidad común es proteger la vida privada. Louis Brandeis, importante

jurista estadounidense y miembro del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, junto con Samuel L. Warren, en su artículo *“The Right to Privacy”*¹, publicado en 1890, bautizó la denominada *“privacy”*, la cual consiste en el derecho a ser dejado en paz, *“to be let alone”*.

De modo que *“existe una esfera privada en la que tanto los poderes públicos como los particulares no pueden entrar, salvo consentimiento del sujeto o por autorización legal, exigiéndose entonces el diferenciar entre los aspectos público y privado, entre lo visible y lo reservado”*²

No fue hasta la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, cuando comenzarían a aparecer en las declaraciones de derechos los correspondientes al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen. Establece dicha Declaración de 1948 en su Art. 12 que *“Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”*³. Al mismo tiempo reconoce el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su Art. 8 *“el Derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar”*⁴.

La Constitución Española de 1978, reconoce dichos derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen del individuo en su Art 18.1, estableciendo que *“se garantizan los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*⁵.

Con el reconocimiento constitucional del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *“queda protegido por el ordenamiento un catálogo importante de derechos que garantizan el ámbito de la privacidad, no solo frente a los poderes públicos, sino también frente a las empresas de la comunicación, y en general a todos los ciudadanos que vendrán obligados a respetar ese espacio de reserva individual”*⁶.

Al mismo tiempo, dichos derechos a la intimidad, honor y propia imagen, al encontrarse el Art. 18.1 el cual los reconoce y garantiza, dentro de la Sección Primera, del Capítulo II del Título I de la CE, ello hace que pueda ser recabada su tutela por cualquier ciudadano, a través del procedimiento judicial preferente y sumario del Art. 53.2 CE, y también podrán invocar el procedimiento de amparo ante el TC⁷.

Posteriormente a la CE de 1978, la LO 1/1982, de 5 de mayo, desarrolla el Art. 18 CE y regula el ejercicio de los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia

¹ BRANDEIS, LOUIS AND L. WARREN; SAMUEL; *“The right to privacy”*, *Harvard Law Review*, Vol, IV, December 15, 1890, Nº.5

² ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS; *“Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948”*

³ Art. 12 de la *“Declaración Universal de Derechos Humanos”* de 1948.

⁴ *“Convenio Europeo de Derechos Humanos”*, Art. 8.1.

⁵ *“Constitución Española de 1978”*. Art. 18.1

⁶ BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO; *Manual de Derecho constitucional*, Volumen II, Tecnos, Madrid 2012. p. 132.

⁷ Art. 53.2 CE: Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

imagen. Dicha Ley trata sobre la protección de esos tres derechos, pero no diferencia entre tres conceptos diferentes, sino que en el desarrollo de su articulado enuncia los tres derechos de manera conjunta.

Existen diferencias relevantes entre estos tres derechos fundamentales, y para distinguirlas basta detenerse en el contenido esencial de cada uno de ellos.

Puesto que el objeto de este trabajo son las cantidades dinerarias obtenidas en vía civil a las que tendría derecho la víctima de intromisiones en su intimidad, honor y/o propia imagen, en primer lugar definiré tales derechos y a pasaré a determinar cuándo se produce una intromisión en los mismos, pues sin intromisión, no hay indemnizaciones ni apropiaciones de lucro en virtud del Art. 9 LO 1/1982

En cuanto a la vía penal respecto de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen, están reservados a esta los atentados más graves contra el honor como son injurias y calumnias (205 y 216 CP) y la intimidad como descubrimiento y revelación de secretos (art. 199 CP), quebrantamiento del deber de secreto profesional, interceptación de comunicaciones y grabación clandestina de la palabra o imagen (197.1, 535 y 536 CP) y manipulación y revelación de datos personales mediante el abuso de la informática (197.2 CP).

3. Los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen:

Debido a que voy a tratar las cantidades dinerarias obtenidas por la víctima de intromisiones en su intimidad, honor y/o propia imagen, como consecuencia de las mismas, considero necesario exponer las definiciones de tales términos y el contenido de los derechos que protegen tales atributos (el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen). Por tanto estimo oportuno llevar a cabo una explicación sobre el contenido concreto de cada uno de esos tres derechos:

3.1 El derecho al honor:

En el Diccionario de la RAE, segunda acepción, el honor es definido como la gloria o buena reputación que sigue a la virtud, mérito, o acciones heroicas, la cual trasciende a la familia, personas y acciones mismas de quien se la granjea.

Pese a la definición oficial en el diccionario de nuestra Lengua, a día de hoy se trata aún de un concepto tremendamente problemático, pese a existir una considerable producción jurisprudencial y doctrinal en torno al concepto en cuestión. Todo ello se debe a que como reconoce el TC se trata de un concepto en continuo cambio desde sus orígenes hasta hoy, en función de las normas, ideas y valores sociales presentes en cada momento, pues se

trata de un concepto jurídico indeterminado, “lábil y fluido”⁸, cambiante en virtud de las normas, valores e ideas sociales presentes en cada momento.

No existe una definición legal del honor establecida en nuestro sistema legal, pues no la aporta ni la misma CE, ni el CC ni la LO 1/1982 de Protección de los Derechos al Honor, Intimidad y propia Imagen.

Ante tal falta de definición legal del derecho al honor, el TC ha tratado de establecer la misma, determinando que “*el honor ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena, al ir en su descrédito o menosprecio, o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas*”⁹. De modo que “*el honor no es solo un límite a las libertades del Art. 20.1 a) y d) de la CE (libertades de expresión e información), sino que también es, en sí mismo considerado, un derecho fundamental protegido en el art. 18.1 CE que, derivado de la dignidad de la persona, confiere a su titular el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás (...) por lo cual protege del desmerecimiento en la consideración ajena*”¹⁰.

Por tanto, se puede decir que el honor es el derecho a que se mantenga la opinión que otros tienen de uno mismo, en virtud de las normas y convicciones sociales presentes en cada momento, produciéndose intrusión en tal derecho cuando personas ajenas llevan a cabo manifestaciones o actos que menoscaben tal opinión.

3.2 El derecho a la intimidad personal y familiar:

El ya mencionado artículo “*The Right to Privacy*”¹¹ de Samuel de Warren y Louis Brandeis, publicado en 1890, es considerado por muchos como el punto de partida del reconocimiento a la “intimidad” como derecho fundamental y como bien jurídico protegible. “*Se trata de un derecho garantizado en el Art. 18.1 CE, el cual implica para nuestro TC la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario para mantener una calidad mínima de vida humana*”¹².

Se trata de un derecho que “*concede a la persona el poder de imponer a terceros, sean estos poderes públicos o simples particulares, el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido. De ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal, otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva del conocimiento ajeno*”.¹³

⁸ STC 170/1994 de 7 de junio, FJ 4º.

⁹ STC 9/2007 de 15 de enero, FJ 3º.

¹⁰ STC 127/2003 de 30 de junio, FJ 6º.

¹¹ Ver nota a pie de página nº 1.

¹² SALVADOR CONTERAS; NAVIDAD, *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*, Aranzadi, Pamplona, 2014. p 21.

¹³ STC 196/2004 de 15 de noviembre, FJ 2º.

De modo que el derecho a la intimidad personal y familiar genera esa ya mencionada esfera dentro de la cual no pueden penetrar ni los poderes públicos, ni particulares, a no ser que posean consentimiento del titular del derecho o que la intrusión se ampare en autorización legal.

Sin embargo “*el derecho a la intimidad personal y familiar abarca aspectos no solo de la vida propia del individuo, sino también determinados aspectos de la vida de otras personas con las que este guarda especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que se extienden por la relación o vínculo existente entre ellas, en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del Art. 18 CE protegen. Será necesario en cada caso examinar de que acontecimientos se tratan, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos, tienen normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal transcendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por ello existe al respecto un derecho –propio y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible*”.¹⁴

De modo que el derecho a la intimidad de un individuo no se extiende solo a él mismo, sino que además se extiende a aquellas personas que, en función de qué aspecto de la intimidad vulnera la intromisión, quedan afectadas también debido a su relación con la persona cuya intimidad se ha violado inicialmente.

3.3 El Derecho a la propia imagen:

Cuando se nos habla de la propia imagen de una persona, lo primero que se nos viene a la cabeza es una fotografía, o un dibujo. Es necesario saber qué abarca la propia imagen para saber cuál es el ámbito resguardado por tal derecho. Atenderemos a la doctrina del TC para conseguir tal delimitación.

Ha determinado el TC que “*el derecho a la propia imagen, reconocido en el Art. 18.1 CE, garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de los atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona (...) la protección de la imagen salvaguarda el ámbito de la intimidad y, al tiempo el poder de decisión sobre los fines a los que han de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad y su voz. Limitando el derecho a la intimidad la intervención de las personas y los poderes públicos en la vida privada*”¹⁵.

La imagen del individuo es la que constituye “el elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto a instrumento básico de identificación y proyección al exterior, y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual, de modo que el bien protegido constitucionalmente no lo es tanto la mera

¹⁴ STC 231/1988 de 2 de diciembre, FJ 4º.

¹⁵ STC 117/1994 de 25 de abril, FJ 3º.

reproducción gráfica de cualquier elemento corporal del individuo como la evocación social de la persona que habitualmente se plasma a través de ella”¹⁶.

Observamos por tanto que la imagen del individuo está constituida por aquellos atributos del mismo los cuales le definen como persona, esas características que determinan cómo es su manifestación hacia el exterior, y sobre las cuales el individuo tiene poder de decisión. Tales atributos no abarcan solo la imagen física, sino también la voz y el nombre. Lo que se pretende proteger mediante el derecho a la propia imagen es la evocación social de la persona que se plasma a través de las manifestaciones de su imagen física (fotografías, dibujos, grabaciones tanto de voz como vídeo...)

De modo que, el derecho a la propia imagen abarca esa esfera, de manifestación del sujeto hacia el exterior, sobre la cual solo él tiene poder de decisión, pues *“el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar frente a los demás un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás, ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de nuestra personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana”* ¹⁷.

No hay que confundir la propia imagen con la intimidad, pues esta última abarca como ya he expuesto la esfera propia y reservada de conocimiento de los demás, sin embargo *“la propia imagen pretende la defensa de la manifestación del sujeto hacia los demás frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentran amparo en ningún otro derecho fundamental*”¹⁸.

Por tanto, lo que protege el derecho a la propia imagen, es que la percepción física que tengan los demás hacia nosotros sea la que deseamos. El derecho a la propia imagen pretende que permanezcan ocultas al exterior aquellas manifestaciones de nuestro ser las cuales no deseamos que sean percibidas por aquellos que nos rodean.

Al contrario que el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen no trata de proteger datos íntimos de nuestra esfera personal y familiar. Lo que el derecho a la propia imagen pretende defender es nuestro modo de manifestación hacia el exterior, es decir, el aspecto y definición con que otros nos perciben. Ejemplos de nuestra manifestación hacia el exterior son el que yo lleve uno u otro peinado, el que tenga una determinada voz por la que se me identifique, qué fotografías consiento que se me hagan y/o se muestren debido al aspecto por el que me van a percibir los demás en ellas, las grabaciones de voz en las que hago unas determinadas manifestaciones que deseo o no que se hagan públicas etc.

En resumen el derecho a la propia imagen es el derecho a determinar cómo nos perciben quienes están a nuestro alrededor.

¹⁶ STC 23/2010 de 27 de abril, FJ 4º.

¹⁷ STC 231/1988, FJ 13º.

¹⁸ STC 23/2010 de 27 de abril.

4 Protección de la intimidad, honor y propia imagen mediante la LO 1/1982 de 5 de mayo y cuándo se producen intromisiones en dichos derechos:

Este trabajo, tal como ya he señalado previamente, pretende centrarse en las indemnizaciones y ganancias pecuniarias que se producen por aplicación del Art. 9 LO 1/82, debido a intromisiones en el honor, intimidad y/o propia imagen. Por ello considero que es necesario determinar cuándo en efecto se produce una intromisión en dichos derechos, pues solo en caso de intromisión habrá indemnización de daños y/o apropiación por el perjudicado del lucro obtenido por el infractor (Arts. 9.2 “c)” y “d)” ,y 9.3 LO. 1/1982)

Hasta este momento, casi no he mencionado la LO 1/1982 de 5 de mayo de protección de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen. En dicha ley se contienen una serie de medidas de posible aplicación en caso de intromisión en dichos derechos.

La LO1/1982, tal como ya indiqué previamente, no nos proporciona una definición de los derechos al honor intimidad y propia imagen, lo que hace es tratar, de una manera conjunta, la protección de tales derechos. Es una ley de pequeño tamaño, la cual consta de nueve artículos.

El capítulo primero de dicha ley abarca los artículos primero a sexto:

De entrada establece el artículo 1 de dicha ley que tales derechos (a la intimidad, honor y propia imagen) están garantizados en el Art. 18 CE, y serán protegidos contra toda intromisión ilegítima de acuerdo con lo establecido en la presente ley. En su apartado segundo, determina que aunque la intrusión tenga carácter delictivo ello no impedirá la aplicación de las medidas de protección de dichos derechos establecidas en el Art. 9, de modo que en cualquier caso serán aplicables los criterios de esta ley para determinar la responsabilidad civil derivada de delito. Al tiempo en el apartado 3 se contiene el carácter inalienable, imprescriptible e irrenunciable de los derechos al honor, intimidad y propia imagen.

En el Art. 2 de la LO 1/1982 se establece que la protección de tales derechos quedará delimitada por las leyes y los usos sociales del momento. De modo que justificarán la intromisión tanto la ley como el consentimiento expreso del titular, consentimiento revocable, aunque indemnizando los daños y perjuicios debido a dicha revocación. Tal consentimiento está regulado en el Art. 3 de la LO 1/1982 en cuanto a su forma de otorgamiento y también regula el mismo artículo el caso de las infracciones respecto de los derechos de menores.

Los artículos 4, 5 y 6 de dicha ley regulan los casos de protección *post mortem* de los derechos *al honor, intimidad y propia imagen*, tales artículos serán estudiados a fondo en el apartado “*Protección Post-Mortem*” de dichos derechos al final de este trabajo.

El capítulo II de dicha ley está compuesto por los artículos 7,8 y 9 de la misma, y tiene como título “La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen”.

El Art. 7 de la LO 1/82 establece un listado de conductas que constituyen “intromisión” en los derechos al honor, intimidad y propia imagen del sujeto, por supuesto, quedando tales intromisiones limitadas por la ley y los usos sociales, tal como establece el Art. 2 de la misma ley. Se ha de tener en cuenta, que según ha establecido el TS, *“el listado de conductas que suponen intromisión en el honor, intimidad y propia imagen del individuo según el Art. 7 de la Ley 1/1982, no constituyen un “numerus clausus”, sino que caben otras hipótesis, que aunque no previstas, guarden una cierta homogeneidad con aquellas”*¹⁹.

Según el Art. 7 LO 1/1982, se trata de una lista de conductas que serán consideradas como intromisión en la intimidad, el honor y/o la propia imagen del individuo. Tal listado del Art. 7 está formado por los siguientes supuestos:

1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.
2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.
3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.
4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.
5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.
6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.
7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.
8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.

De nuevo, reitero que, tal como ha establecido el TS, no se trata de una lista cerrada, sino que se admiten otras conductas que debido a sus consecuencias vulneren la intimidad, el honor o la propia imagen del individuo. Al tiempo la LO 1/1982 no establece qué

¹⁹ STS 799/2004 de 19 de julio, FJ 4º.

derechos vulnera cada conducta de las listadas, dependerá del contenido de la conducta individual y de lo que los Tribunales consideren. Por ejemplo en el caso del 7.1, al emplazar ilegalmente o sin consentimiento del afectado aparatos de escucha o filmación, ello podrá ser causa de vulneración tanto de la propia imagen del individuo como de su derecho a la intimidad, pues puede que en virtud del lugar donde se coloquen se capten momentos del ámbito privado del individuo, y no solo imágenes o vídeo de éste. O en el 7.2 la revelación de datos íntimos de la persona o su familia será intromisión en el derecho a la intimidad; en el caso del 7.3 la revelación de hechos privados que afecten a reputación y buen nombre, podrán suponer intrusión en la intimidad y también al honor; en el caso del 7.7 la imputación de hechos o juicios de valor que lesionen la dignidad o menoscaben la fama del otro, podrán ser intrusión en el honor.

Al tiempo, para que se produzca una intrusión en la intimidad, honor o propia imagen del individuo, según ha establecido el TS, se requiere antijuricidad de la conducta, la cual pese a ser elemento del delito es perfectamente trasladable a las mismas conductas en su dimensión de ilícitos civiles. Se requiere perjuicio causado al titular del derecho fundamental, y no simplemente la puesta en peligro de su derecho fundamental²⁰.

Por otra parte, no siempre que hay lesión de los derechos de la personalidad o de derechos fundamentales hay daño moral. En nuestro Derecho, *“daño no implica lesión de derechos subjetivos, la protección de los derechos subjetivos, incluidos los derechos absolutos, no es función de la responsabilidad extracontractual. La lesión de un derecho subjetivo no es un supuesto de hecho de aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual, no cabe predicar que estas cumplan una función de reintegración de los derechos subjetivos lesionados”*²¹.

*“Partiendo de una definición de daño moral como “el sufrimiento, pena, malestar y disgusto”, nos encontramos con un camino no exento de obstáculos. Una de dichas dificultades, es el que si bien en sus orígenes eran daños morales los unidos a graves lesiones personales, la misma fórmula no se puede aplicar en todos los casos de sensaciones desagradables o de algunas que pueden resultar nimias”*²²

Siguiendo la teoría de la imputación del riesgo, la indemnización por daño moral requiere hechos de alguna especial gravedad, pues un evento dañoso, no puede ser imputado objetivamente a una conducta negligente, aun cuando esta no ha sobrepasado los límites del riesgo permitido. *“Para que el daño moral sea imputable a la conducta de un sujeto se han de sobrepasar los riesgos habituales y permitidos en cuanto a la realización de una conducta”*²³.

Establece Martín Casals que *“el Derecho no debe intervenir cuando el daño sea mínimo, ya que “de minimus praetor non curat” o porque no existe gravedad de la consecuencia dañosa. Toda la vida contempla disgustos, contrariedades en los que el Derecho no debe intervenir y, finalmente, por la dificultad de la prueba de su existencia y de su valoración*

²⁰ SALVADOR CONTERAS, NAVIDAD; *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*, Aranzadi, Pamplona, 2014. p. 97.

²¹ DÍEZ-PICAZO; *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008, ps. 80-81

²² DÍEZ-PICAZO; *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008, ps. 84.

²³ DÍEZ-PICAZO; *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008, ps.85-89.

*con el consiguiente riesgo de que a partir de puras ficciones aumente el número de pleitos y de las cuantías que se puedan demandar”.*²⁴

*“El requisito indispensable para la procedencia de una reparación, es la existencia de un daño a la víctima, y una vez probado tal perjuicio en sede judicial, los tribunales deben crear un razonamiento lógico que posibilite que esa pretensión resarcitoria, de acuerdo al mérito del proceso, sea indemnizada”*²⁵.

El art. 8.1 de la LO 1/82, establece que “no se reputarán, con carácter general, como intromisiones ilegítimas, las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante”.

Las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad pueden ser diversos actos procesales, tales como la difusión de sentencias ordenadas por la autoridad judicial en que se narren los hechos referidos al círculo íntimo de una persona, la publicación de edictos, emplazamientos, una autorización de video-vigilancia o escuchas...

En cuanto al pertinente interés histórico o cultural, este ha de ser relevante, no basta que sea mínimo e intrascendente. Es decir, ha de tratarse de un interés el cual aporte a la sociedad una mejor comprensión de la historia o de la ciencia, no ha de aportar algo ya conocido. Tampoco puede permitirse que se vulnere la intimidad, honor y/o propia imagen de uno o varios individuos proporcionando unos conocimientos o comprensiones mínimas o irrelevantes para la sociedad, respecto del aspecto de la historia o ciencia de que se trate.

En cuanto al Art. 8.2 establece que “en particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
- b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso.
- c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza”.

Por tanto observamos en dicho artículo las excepciones que no suponen intromisión alguna.

²⁴ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Centenario del CC* vol. 1, O.C, Madrid, 1990 p. 1231.

²⁵ YZQUIERDO TOLSADA; *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, S.L.DYKINSON, Madrid, 1993, p. 19.

El Art. 9 LO 1/82, establece las medidas para las cuales se invocará la tutela judicial de los tribunales respecto de la intimidad, honor y propia imagen, para restablecer tales derechos, acabar con la intromisión y hacerse con las correspondientes indemnizaciones. Este artículo y sus cinco apartados, en torno a los cuales se centra este trabajo serán intensamente estudiados en los siguientes epígrafes.

Breve referencia a las libertades de expresión e información:

Creo necesario para acabar este apartado, hacer una pequeña referencia a las libertades de expresión e información, pues gran cantidad de intromisiones en el honor, intimidad y propia imagen, se denuncian debido a choques entre tales derechos y las citadas libertades, pues ha establecido el TC *“que los derechos de la personalidad, y en especial los derechos al honor, intimidad y propia imagen, se encuentran recíprocamente limitados por otros derechos y bienes constitucionales, y en particular por el derecho a la comunicación de información y a las libertades de expresión y creación artística”*²⁶.

Al tiempo que el Art. 18 CE establece la garantía de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, el Art. 20.1 CE²⁷ establece las libertades de expresión e información. Sin embargo, tales libertades están limitadas por todos los derechos recogidos en el mismo título, y en especial por los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen²⁸, tal como establece el artículo 20.4 CE.

En cuanto a la *“libertad de expresión, esta consiste junto a la mera expresión de juicios de valor, la crítica de la conducta de otro, aun cuando la misma pueda molestar, inquietar o disgustar, a quien se dirige, pues así lo requieren el pluralismo, la democracia, y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática(...) además dicha libertad es más amplia que la de información pues para ella no opera el requisito de veracidad, ya que la libertad de expresión tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no prestan una demostración de su exactitud”*²⁹.

²⁶ STC 23/2010 de 27 de abril, FJ 4º.

²⁷ **Artículo 20.1 CE:**

Se reconocen y protegen los derechos:

- a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.
- b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.
- c) A la libertad de cátedra.
- d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

²⁸ **Artículo 20.4 CE:**

Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

²⁹ STC 23/2010 de 27 de abril, FJ 3º.

Según ha establecido el TEDH, *“la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno”*³⁰.

Dicha libertad queda limitada por los derechos al honor, intimidad y propia imagen, como establece la CE, y los tribunales en su caso habrán de llevar a cabo la correspondiente ponderación y determinar si hay o no intromisión. Pues por ejemplo una cosa es expresar que un político no hace buena gestión, o no está haciendo las cosas correctamente, y otra es insultarle, lo cual supondría violación de su derecho al honor.

En conclusión la libertad de expresión, como reitera el TC en su Sentencia 23/2010 de 27 de abril, pretende que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar libremente en los asuntos públicos, englobando tanto juicios de valor de ámbito político como aquellos que tienen como objeto la valoración del modelo de sociedad y su evolución.

En cuanto a la libertad de información, su objeto es *“el conjunto de hechos que pueden considerarse noticiables o noticiosos. Su sujeto es la colectividad y cada uno de sus miembros cuyo interés es el soporte final de este derecho, del que es asimismo sujeto, órgano o instrumento el periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de información y su transmisión posterior (...) se trata de un derecho doble que se concreta en comunicar información y recibirla de manera libre en la medida en que dicha información sea veraz”*³¹.

Por tanto podemos ver que se trata del derecho a informar libremente a la sociedad de hechos que tengan relevancia para la misma, y con dos requisitos, por una parte la veracidad de la información misma como ya hemos visto, y por otro lado la noticia ha de ser de interés relevante para el sector de la sociedad a quien se dirige, pues así lo establece el TC al determinar que *“la Constitución sólo protege la trasmisión de hechos “noticiables”, en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada. Sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trata está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una persona libre debe ser asegurado en un sistema democrático”*³²

También ha determinado el TC en cuanto a la relevancia de la información que *“la comunicación informativa, a que se refiere el apartado 20.1 d) CE versa sobre hechos específicamente, los cuales pueden encerrar transcendencia pública” a efectos de que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva”, de tal forma que de la libertad de información es sujeto primario la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho”*³³

³⁰ STEDH Handyside VS. Reino Unido, de 7 de diciembre de 1976 (TEDH 1976,6)

³¹ STC 105/1983 de 23 de noviembre, FJ 11º.

³² STC 50/2010 de 4 de octubre, FJ 5º.

³³ STC 6/1988 de 21 de enero, FJ 5º.

Si no se cumplen dichos criterios de verdad y relevancia, se violarán fácilmente los derechos a la intimidad, honor y propia imagen del individuo.

Por ejemplo, si la información se refiere a hechos pertenecientes al ámbito íntimo, o imágenes no autorizadas por un individuo si son veraces, y relevantes para la sociedad no habrá intromisión, si no lo son la habrá.

Por otra parte, se ha de tener en cuenta que para evitar violación de los derechos a la intimidad, honor o propia imagen, la noticia no ha de sobrepasar el fin informativo de la misma, es decir no debe irse por las ramas y acabar informando sobre hechos que no sean relevantes respecto de la noticia de interés para la sociedad, pues como ha dado a entender el TC en su jurisprudencia, *“la información es de interés social y relevancia pública cuando más allá de satisfacer el simple interés o curiosidad ajena, puede contribuir a formar el debate en una sociedad democrática”*³⁴.

En conclusión criterios de “veracidad” e “interés y relevancia” son esenciales para los tribunales a la hora de ponderar si el ejercicio de la libertad de información está o no limitado por los derechos a la intimidad, honor o propia imagen del individuo.

5 Daño Moral o patrimonial a costa de la intromisión: Incursión de los “daños punitivos” del “Common Law”, presunciones, criterios de valoración del daño moral e indemnizaciones simbólicas.

5.1 Introducción e incursión de los denominados “daños punitivos” o “punitive damages”:

Cuando se produce una intromisión ilegítima en los derechos al honor, intimidad y/o propia imagen del individuo, se lesionan tales derechos, y se producen una serie de daños, que pueden ser bien morales o bien patrimoniales. En cuanto a la indemnización de daños, en este estudio nos centraremos en los daños morales, pues son los que traen más polémica a la hora de ser valorados.

Según Martín Casals, *“los daños morales son los infligidos a los derechos de la personalidad del individuo, y dentro de ellos se pueden distinguir dos aspectos: Uno interno, que corresponde a la esfera interna del individuo y se concreta en sensaciones como el dolor o sentimientos de pesar, preocupación o angustia; y un aspecto externo y trascendente que se concreta en la disminución de las posibilidades de relación con el mundo exterior”*³⁵.

En cuanto a las razones por las cuales el ordenamiento concede la llamada “indemnización por daño moral”, oscilan entre lo que puede llamarse una función

³⁴ SALVADOR CONTERAS, NAVIDAD; *La protección del honor, la intimidad y la propia imagen en internet*, Aranzadi, Pamplona, 2014. p. 33.

³⁵ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Centenario del CC* vol. 1, O.C, Madrid, 1990 p. 1231.

*compensatoria y una función de desagravio o de satisfacción. Sin embargo no puede perderse de vista el valor preventivo o de disuasión de las normas sobre indemnización de daño moral pueden ejercer*³⁶.

El llamado resarcimiento de los daños morales, puede llegar a considerarse como una medida de orden penal, pero habrá que reconocer, igualmente, que el “*pretium doloris*” o “*precio del dolor*”, puede atribuirse en virtud de la exigencia exclusiva o principal de compensar a la víctima el dolor sufrido.

Los textos legales no son ni coincidentes ni coherentes entre sí, y al lado de textos que parecen otorgar a la indemnización por daño moral un valor de compensación, hay otros como ocurre en las intromisiones al honor y a la intimidad, en que el carácter punitivo prepondera.

*“Ambas vertientes parecen coincidir históricamente, y habrá que separar los casos en que domine el designio de infligir un mal al culpable, añadiendo, además, una carga de disuasión o de prevención, en que a nuestro juicio el carácter penal es claro, de aquellos otros en que prepondera la necesidad de dar satisfacción a la víctima, reduciendo en la medida de lo posible el dolor sufrido”*³⁷. Si predomina la función de ejercer un castigo contra el culpable, y la indemnización no es considerada en nuestro ordenamiento jurídico como medida de orden penal, se estará produciendo en nuestro derecho una incursión de los “*punitive damages*” propios del “*Common Law*”, los cuales no están contemplados en nuestro sistema, produciéndose un quebranto respecto a la función de la responsabilidad civil en el mismo.

Los llamados “*punitive damages*”, los cuales “*son daños, distintos de los daños compensatorios o de los daños nominales, se indemnizan en contra de una persona para castigarle por su conducta ultrajante y para disuadirle a ella y a otras de conductas similares en el futuro. Los daños punitivos pueden ser indemnizados por una conducta ultrajante, debido a su motivación perversa o su descuidada indiferencia hacia los derechos de otros*”³⁸.

Por tanto son daños punitivos, aquellos que permiten aumentar las condenas indemnizatorias, a fin de castigar al sujeto por su conducta, y disuadir a otros de dicha conducta en el futuro. Sancionan sobretodo conductas antisociales, en las que se relaciona el importe de la indemnización con la gravedad de del daño y la importancia social del demandado.

En el Derecho continental europeo, de raíz romano-germánica, respecto de las indemnizaciones por daño moral, si bien se niega el lugar a los “*punitive damages*” del “*Common Law*”, al menos en su conceptualización más puramente dogmática hablando, no es menos cierta la apreciación de que tampoco las condenas por daño moral son estrictamente resarcitorias, acercándose con ello a las mismas razones que justifican los

³⁶ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL ; *Centenario del CC* vol. 1, O.C, Madrid, 1990 p. 1238

³⁷ DÍEZ PICAZO; *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008, ps. 99, 100, 101.

³⁸ AMERICAN LAW INSTITUTE; *Restatement of the Law of Torts*, Art. 908, vol. 4., ST Paul, Minn, 1979, p. 464.

“*punitive damages*” en el sistema anglosajón. Tales razones son disuadir al tanto infractor como a intromisores en potencia de futuras intromisiones.

Por otro lado, es evidente que “*la reparación pecuniaria o la indemnización en dinero por daños extramatrimoniales no harán desaparecer los sufrimientos, aunque se debe consentir que tales sentimientos pueden mitigarse con la satisfacción a la víctima de los perjuicios recibidos*”³⁹.

En la compensación general, unos bienes se sustituyen por otros bienes económicos (como es en el caso de la indemnización por daños patrimoniales), como son bienes desaparecidos por otros bienes parecidos o idénticos, o bienes menoscabados por bienes íntegros, o en uno y otro caso, por sumas de dinero que tengan un valor equivalente.

Esta compensación, sin embargo, no es posible en el daño moral, debido a las dificultades que acarrea tal indemnización. Sin embargo, lo que en el caso del daño moral puede hacerse, es ofrecer al perjudicado unos bienes de diferentes características, que puedan proporcionar la satisfacción de deseos o aspiraciones completamente distintos.

La teoría de la compensación, en relación con el daño moral, ha dado lugar a lo que M. Casals ha llamado teoría del “*solatium*”. Conceder al perjudicado una suma dineraria, que permite “compensar”, el daño moral, mediante unas posibilidades económicas incrementadas a esa persona cuyos derechos de la personalidad se han violado. Su derecho violado no puede ser sustituido por ningún otro bien, pero sin embargo, se puede compensar a la víctima mediante el aumento de sus posibilidades económicas, y con ello posibilidades de satisfacer otras aspiraciones personales, compensándosele la vulneración de sus derechos de la personalidad. “*En las intromisiones contra el honor, la indemnización del daño cumple especialmente una función que puede llamarse de desagravio o de reparación*”⁴⁰.

Martín Casals ha denominado, por otra parte, aunque en un sentido parecido, la “*teoría de la superación*”, de acuerdo con la cual, ya que es imposible compensar el daño, en el sentido estricto, el ordenamiento se conforma con permitir al dañado o perjudicado, que obtenga sensaciones agradables que equilibren las desagradables.

La función de la responsabilidad civil, consiste en reparar el daño, no en reponer al sujeto en su derecho lesionado ni en enriquecer al mismo, por tanto ello es algo fundamental a tener en cuenta a la hora de calcular la indemnización de daños y perjuicios.

Hemos de tener en cuenta que el daño puede quedar reparado por otras medidas diferentes a la indemnización y también contenidas en la LO 1/1982 de protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. Por ello si hacemos un repaso de tal norma observamos que el Art. 9.1⁴¹ LO 1/82 dispone que la tutela judicial de estos derechos,

³⁹ MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO; *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 59.

⁴⁰ DÍEZ PICAZO; *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008, ps. 95, 96 y 97.

⁴¹ **Artículo 9.1 LO 1/82**

puede reclamarse tanto por las vías ordinarias, como por el procedimiento del 53.2 CE, como mediante el recurso de amparo.

Establece el Art. 9.2⁴² LO 1/82 medidas como es el caso de la acción de cesación, y la declaración de la intromisión sufrida, la reposición en el estado anterior a dicha intromisión, o publicación total/parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado, y entre ellas puede incluirse de manera excepcional el cierre/secuestro, o retención/embargo de medios de comunicación.

De modo que observamos que existen medidas no pecuniarias, que tratan en este caso de reponer al sujeto en su derecho poniendo fin a la lesión, pero estas medidas también pueden llegar a reparar al menos en parte el daño causado.

Se contempla en el apartado “b)” del Art. 9.2 la posibilidad de medidas para evitar intromisiones ulteriores (como por ejemplo podría ser que la sentencia condene al demandado a abstenerse de llevar a cabo conductas similares en un futuro).

Llegamos aquí a la indemnización de daños y perjuicios causados (citada en el 9.2 LO 1/82 como causa de invocación de la tutela judicial y en el 9.2 c) y el 9.3 se establecen los criterios de cálculo de la correspondiente por daños morales). En dicha indemnización se centra este apartado y la cual ya he ido introduciendo en los párrafos anteriores. También se contempla en el 9.2 LO 1/82 “d)” la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos, pero que trataré a fondo en otro capítulo más adelante.

La indemnización incluye tanto daños patrimoniales como morales, de modo que aquí he de dejar claro cuál es el límite del daño moral, pues *“No hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima por la intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad (...) el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona a consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad”*⁴³. Por tanto, ha de haber indemnización por daño moral si tal daño

1. La tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley podrá recabarse por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

⁴² Artículo 9.2 LO 1/82

2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

- a) El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.
- b) Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.
- c) La indemnización de los daños y perjuicios causados.
- d) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

⁴³ STS 116/2002 de 25 de noviembre, FJ 3º.

no ha sido reparado mediante el resto de medidas expuestas en el Art. 9.2 LO 1/82 a) como son la acción de cesación y declaración de la intromisión.

La cuestión es que si mediante las citadas medidas no pecuniarias queda reparado el daño causado, podría considerarse que no es necesaria la indemnización de daños y perjuicios, pues establece Martín Casals que *“si no hay indemnización, es porque no hay daño en el sentido jurídico del que se deba responder, pero si hay daño, pero no puede ser reparado en forma específica, deberá haber una indemnización, es decir, una compensación pecuniaria”*⁴⁴.

Puede que la indemnización sea menor en función de que el daño haya quedado parcialmente reparado en mayor o menor medida mediante el resto de medidas ya citadas. Sin embargo los tribunales tienden al resarcimiento pecuniario con carácter general, además del resto de medidas aplicadas.

Dentro de este capítulo, en el cual analizo el Art. 9.3 de la LO 1/82 hay tres aspectos que considero necesarios a tratar, dichos aspectos son en primer lugar las presunciones en cuanto a daños, segundo los criterios de valoración del quantum indemnizatorio por daños y perjuicios, y a parte del artículo 9.3 de la LO 1/82 considero de interés tratar también el caso de las indemnizaciones simbólicas.

5.2 Presunción de daños:

El objeto de estudio de este apartado es si en caso de intromisión en los derechos a la intimidad, honor o propia imagen del individuo, los daños se presumen o han de ser demostrados.

*“El requisito indispensable para la procedencia de una reparación, es la existencia de un daño a la víctima, y una vez probado tal perjuicio en sede judicial, los tribunales deben crear un razonamiento lógico que posibilite que esa pretensión resarcitoria, de acuerdo al mérito del proceso, sea indemnizada”*⁴⁵. Es decir, han de existir daños morales acreditados para que se deba una indemnización por los mismos, la cuestión es si dichos daños se presumen.

*Una de las dificultades de la definición de daño moral como “el sufrimiento, pena, malestar y disgusto”, es el si el dolor, la aflicción o el conjunto de experiencias psicofísicas tiene que probarse por el interesado o si por el contrario es legítimo que en determinadas situaciones se admita, como presunción que a determinados hechos siguen esas aflicciones o esos dolores*⁴⁶.

Para comenzar considero leer el Art. 9.3 de la LO 1/82, de protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen:

⁴⁴ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Centenario del CC* vol. 1, O.C, Madrid, 1990 p. 1264.

⁴⁵ YZQUIERDO TOLSADA; *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, S.L.DYKINSON Madrid, 1993, p. 19

⁴⁶ DÍEZ PICAZO; *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008, ps 84-85.

La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

Ahora centrémonos únicamente en que “la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite intromisión ilegítima”, pues en el siguiente apartado de este capítulo atenderemos a los criterios de valoración del daño.

La LO 1/82, en sus artículos 9.2 y 9.3 fue la primera norma en el Ordenamiento Jurídico Español la cual ha llegado a reconocer mediante ley la indemnización de daños y perjuicios, sin tener en cuenta el que el la conducta antijurídica que ha provocado tales daños ha sido o no objeto de delito, además de ser la primera norma de nuestro Ordenamiento la cual presume el daño (como podemos leer se presume perjuicio siempre que haya intromisión ilegítima). La cuestión aquí es si se presumen únicamente los daños morales o también se presumen los patrimoniales, pues ello es algo no determinado por el artículo 9.3 de la LO 1/82.

En cuanto a esta polémica podemos encontrar diferentes posiciones. Por una partes están quienes entienden que la presunción abarca ambos tipos de daños, pero sin embargo en el caso de los daños morales se trata de una *presunción “iuris et de iure”*, mientras que en el caso de los daños patrimoniales se puede dar prueba en contrario de los mismos por el perjudicado estableciéndose una presunción *“iuris tantum”*⁴⁷. Sin embargo los daños patrimoniales han de ser demostrados, tal como ha establecido la jurisprudencia.

Veamos el caso de la STS 21 de noviembre de 2002, la cual se debió a la publicación en una conocida revista española, de varios reportajes los cuales violaban la intimidad de la modelo Judith Mascó. La violación se produjo al publicarse unas fotografías de estudio sin autorización de la demandante, llegando incluso a suplantarse la imagen de la modelo por la de otra persona en los reportajes, atribuyendo a la primera conductas realizadas en fotografías por la impostora (baños en la playa en top less).

Alegaron los demandados violación del Art. 9.3 de la LO 1/82, pues según ellos se les condenó a indemnizar unos daños no demostrados por la modelo, dándoles el TS la razón en este punto, al establecer que *“no basta con las alegaciones de carácter general que realiza la actora sobre el desprestigio que la publicación de las fotografías supone para su profesión de modelo”*, a fin de que se indemnizaran tales daños alegados.

Estableció el TS en este caso *“que la respuesta a la falta de prueba en cuanto a daños patrimoniales (los cuales han de ser probados) es que no basta con las alegaciones de carácter general que realiza la actora sobre el desprestigio que la publicación de las fotografías supone para su profesión de modelo. La sentencia recurrida no deja de reconocerlo al declarar que... “tampoco la actora efectuó un pormenorizado detalle de aquellas contrataciones que pudieran haberse visto truncadas por el falaz reportaje de autos, y ni siquiera cifró los perjuicios materiales en razón de su volumen de negocios*

⁴⁷DE COSSÍO, M; *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo Blach, Valencia, 1993.

*pasados y del previsible de no haber mediado tal publicación”... lo cual indica que no se ha llevado a cabo perjuicio material alguno.*⁴⁸

Condenó por tanto el TS en la citada sentencia solo a la indemnización de daños morales. Por tanto establece la jurisprudencia que solo hay presunción en cuanto a los daños morales, no habiendo indemnización por daños patrimoniales al no ser demostrados, y condenándose a los demandados únicamente al pago a la actora de una indemnización por daños morales de ocho millones de pesetas.

Además los daños morales y los patrimoniales han de estimarse por separado, y no conjuntamente, mucho menos presumirse juntos. Los daños patrimoniales no son “*daños morales impropios*”, como se han llegado a denominar en ocasiones al incluir el perjuicio patrimonial dentro de la indemnización por daños morales (presumiéndose así también los patrimoniales al tiempo que los daños morales) “*pues carece de toda consistencia tal obligación de reparar que se quiere cobijar al parecer bajo el concepto de “daños morales impropios”, pues no hay más daño moral que el que resulte para el estado personal de la víctima de intromisión ilícita en sus derechos de la personalidad. La moderna doctrina jurídica, la más autorizada sostiene que el daño moral debe reducirse al sufrimiento o perturbación de carácter psicofísico en el ámbito de la persona a consecuencia de lesiones de derechos de la personalidad*”.⁴⁹

Existen autores como Vidal Martínez o Carreras Serra, según los cuales se da una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure* en cuanto a los daños, pero de manera genérica, sin especificar si la presunción abarca solo los daños morales o también los materiales. Sin embargo, como ya hemos visto, el TS establece que eso no es posible, pues han de considerarse ambos tipos de daños separadamente, en cuanto a presunciones y en cuanto a valoración, no admite el TS incluir el cálculo de los daños patrimoniales junto con el de los morales bajo la denominación de los primeros como “*daños morales impropios*”.

La tesis más aceptada es la de que solo los daños morales se presumen en el Art. 9.3 LO 1/82, pero manteniendo opiniones diferentes en cuanto al tipo de presunción, de modo que para parte de ellos una vez acreditada la intromisión en los derechos de la personalidad habrá siempre daño moral no admitiéndose prueba en contrario, dándose por tanto una presunción “*iuris et de iure*”, como establece Martín Casals, habiendo entonces los llamados “*damnum in re ipsa*”⁵⁰.

Lo que aquí llama la atención es que esa misma posición ha mantenido la jurisprudencia en sentencias como la ya antes mencionada de noviembre 2002 y otras como son la STS 7 de marzo de 2003. “*Pues el inciso primero del Art 9.3 de la LO 1/82 contiene una presunción iuris et de iure que supone una aplicación de la regla in res ipsa loquitur.*⁵¹ Caso parecido es el de la STS de 7 de marzo de 2006, en la que la demandada (recurrente en casación) exigió a la parte actora que aportara prueba de los perjuicios morales por la cual se la había condenado previamente, estableciendo el TS que “*la parte recurrente, yerra al exigir a la actora la prueba de los perjuicios, caso de existir, pues la propia*

⁴⁸STS 1116/2002 de 25 de noviembre, FJ 3º.

⁴⁹STS 1116/2002 de 25 de noviembre, FJ 3º.

⁵⁰ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Centenario del CC* vol. 1, O.C Madrid, 1990 p. 1264.

⁵¹ STS 213/2003 de 7 de marzo, FJ 4º.

norma que cita como infringida (Art. 9.3 LO 1/82) establece precisamente todo lo contrario al disponer que «la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredita la intromisión ilegítima»⁵². Por tanto, podemos ver que considera el TS que existe presunción “iuris et de iure” respecto de los daños morales caso de que en efecto haya habido intromisión en el honor, la intimidad o la propia imagen del demandante.

Mientras que para otra parte de la doctrina, caso de que se acredite intromisión respecto de la intimidad, honor o propia imagen del sujeto, la presunción de daños morales será *iuris tantum*. Pues como defienden García López o Yzquierdo Tolsada⁵³, “*las presunciones establecidas en la ley admitirán prueba en contrario, salvo casos en que la misma lo prohíba*”, ello en base a lo que establece el Art. 385.3 de la LEC del año 2000 o el ya derogado 1251 del CC.

En resumen, nos encontramos con las siguientes posiciones en cuanto a la presunción de daños morales si se acredita intromisión en la intimidad, honor o propia imagen:

- a) Aquellos autores que consideran que la presunción abarca ambos tipos de daños, pero se trata de “iuris et de iure” para los morales pero “iuris tantum” para los daños patrimoniales.
- b) Aquellos autores que consideran que se da un único tipo de presunción la cual abarca ambos tipos de daños (tal presunción general puede ser o “iuris et de iure” o “iuris tantum”)
- c) Aquellos autores que consideran que solo hay presunción en cuanto a los daños morales, y dentro de ellos algunos consideran que dicha presunción se puede contradecir (“iuris tantum”) y los hay que consideran que dicha presunción no se puede contradecir al ser “iuris et de iure” (posición defendida por la poca jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto).

La polémica surge con el hecho de que, acreditada la intromisión en la intimidad, honor o propia imagen del sujeto, se considere que existen daños morales, no admitiéndose prueba en contrario. Entonces el infractor tendrá que resarcir daños morales en mayoría de casos (pues si quedan reparados por las ya mencionadas medidas no pecuniarias del 9.2 LO 1/82, no hará falta la indemnización, pero este no es un caso habitual), aunque no se hayan producido.

Todo ello nos lleva a plantearnos las siguientes preguntas: ¿puede darse una intromisión en los derechos de la personalidad ajenos sin que se produzcan daños morales? ¿Y puede darse una intromisión en tales derechos en que quede el perjuicio moral reparado por otras medidas?

Una cosa es proteger a la víctima y presumir un daño difícil de probar como el moral, y otra cosa muy diferente es que cuando dicho daño no existe se afirme la responsabilidad civil del intruso.

Para Díez Picazo “*intromisión en el derecho no equivale a daño producido, pues no siempre que hay lesión de los derechos de la personalidad o de derechos fundamentales*

⁵² STS 185/2006 de 7 de marzo, FJ 5º.

⁵³ REGLERO CAMPOS; *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Pamplona, 2006 , p. 1393

hay daño moral. En nuestro Derecho, daño no implica lesión de derechos subjetivos, la protección de los derechos subjetivos, incluidos los derechos absolutos, no es función de la responsabilidad extracontractual. La lesión de un derecho subjetivo no es un supuesto de hecho de aplicación de las normas sobre responsabilidad extracontractual, no cabe predicar que estas cumplan una función de reintegración de los derechos subjetivos lesionados”⁵⁴.

Pongámonos en el caso de que no se ha dado daño moral, sin embargo se acredita la intromisión en el honor, intimidad y/o propia imagen ajenos y no se permite al demandado demostrar que no se ha producido dicho daño moral. Entonces respondería éste de un hecho ilegítimo, pero no dañoso, atentando contra uno de los principios básicos del derecho de daños, ninguna responsabilidad civil sin daño es decir, convirtiéndose la indemnización en una sanción civil, la cual es complicada de encajar en nuestro derecho.

Sin embargo, si hay convencimiento de que toda intromisión acarrea daño moral, no cuestionándose la existencia de este, pues se parte del convencimiento de que siempre existe si se acredita la intromisión, pero aplicándose tal presunción como “*iuris et de iure*”, tal que no se admita prueba en contrario, habrá responsabilidad por daño, pues este existe siempre.

Por tanto para que no se genere polémica en torno a si se está pretendiendo una responsabilidad civil sin daño en el caso de que no se permita al demandado demostrar que la intromisión no ha producido daños morales, habrá de darse una presunción *iuris et de iure* tal que implique convencimiento de que en efecto si hay intromisión hay daño moral, pues si no existe dicho convencimiento se generará gran polémica en torno al asunto por las razones explicadas.

Aunque también se podría partir de la existencia de daños morales, pero bajo presunción “*iuris tantum*”, tal que el intromisor pueda probar que en efecto no ha habido dichos daños, lo cual es muy difícil, siendo la carga de prueba diabólica. Es prácticamente imposible para el infractor probar que no ha habido daños morales, sin embargo toda intromisión en la intimidad, honor y/o propia imagen suele acarrearlos, se estará condenando al acusado a indemnizar unos daños por convencimiento existentes, salvo prueba en contrario. Tengamos en cuenta que dada la alta probabilidad de producción de daños morales en el individuo a costa de intromisiones en su intimidad, honor y/o propia imagen, si se obliga a la víctima a demostrar tales daños para su indemnización, entonces dada la dificultad de probarlos se estará en muchas ocasiones privando a la víctima de una indemnización por los daños morales sufridos, y quedando estos sin compensar.

Otra cuestión es si podrían existir intromisiones en los derechos de la personalidad sin daño alguno que indemnizar, casos en que se llega a la reparación total del daño de manera específica, mediante otras medidas no pecuniarias diferentes a la indemnización de daños y perjuicios. Medidas contempladas en el Art. 9.2 “a)” LO 1/82, diferentes a la indemnización, como es el caso de la declaración de intromisión, la acción de cesación, la orden publicación total o parcial de la sentencia a costa del intromisor con el ejercicio de los derechos de réplica y rectificación; o como establece el Art. 9.2 “b)” de dicha ley

⁵⁴ DÍEZ-PICAZO; El escándalo del daño moral, Civitas, 2008, ps. 80-81

“medidas para evitar ulteriores intromisiones”, como la orden de abstenerse de conductas semejantes en el futuro.

He de hacer una mención al derecho de rectificación, complemento de las libertades de expresión e información establecidas en el Art. 20.1 CE. No es un derecho recogido en la CE y la doctrina discute sobre si ha de dársele tratamiento de derecho fundamental o no debido a su carácter complementario de las libertades de expresión e información, pero por el carácter Orgánico de la Ley que lo regula, concluimos que dicho derecho está regulado en nuestro Ordenamiento Jurídico como fundamental.

*“El Derecho de rectificación consiste en la obligación que tiene todo medio de comunicación de difundir, en los plazos y condiciones previstos por ley, la respuesta que la persona nombrada o citada en una noticia o comentario, juzga necesario poner en conocimiento de los lectores u oyentes, a fin de salvar su integridad moral o intelectual”*⁵⁵. Tal derecho de rectificación, puede por tanto ayudar a la reparación del daño moral causado a la víctima de intromisión, al poder defenderse públicamente ante la audiencia del medio por el cual considera que ha sido difamado.

Volviendo a la posibilidad de que no haya daños morales que indemnizar, ya que estos han sido reparados por otros medios, establece Martín Casals que *“si no hay indemnización, es porque no hay daño en el sentido jurídico del que se deba responder; si hay daño, pero no puede ser reparado en forma específica, deberá haber una indemnización, es decir, una compensación pecuniaria”*⁵⁶.

De este modo solo deberá haber indemnización de daños y perjuicios cuando el daño causado no se haya reparado totalmente en forma específica. Sin embargo la jurisprudencia española tiende a infravalorar tales medidas de reparación específica e ir directamente a la citada indemnización.

Pese a ello se ha de hacer aquí referencia a una STS la cual constituye una de las pocas excepciones que confirman la regla, la STS 5 de mayo de 1988.

El alcalde y concejales de cierta localidad, lesionaron el honor de otro concejal de distinto grupo político a través de publicaciones en el periódico “Diario” y emisiones radiofónicas. Llevaron a cabo tales declaraciones sin atenerse a la verdad, al acusar al concejal de otro grupo político, miembro del Consejo de Gestión de la Gerencia Municipal de Urbanismo de que, con “oportunismo y cinismo”, había asesorado contra el interés público a personas afectadas por las decisiones municipales en materia de urbanismo, como cotitular del bufete de abogados que llevó su defensa.

Al tiempo se acusó a dicho concejal de que como bibliotecario del Colegio de Abogados, manipuló la Junta Directiva de dicho Colegio para que sancionara al Alcalde, también Abogado. De modo que se acusó al demandante de anteponer sus intereses personales a su deber en cargo público.

El TS estableció en su Sentencia que *“se concluye con la estimación de la demanda por ataque al honor del actor y condena a la reparación correspondiente, en la cual, en este*

⁵⁵ CARRILLO LÓPEZ; *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, PPV, Barcelona, 1987, p. 35.

⁵⁶ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Centenario del CC*, O.C., vol. 1, Madrid, 1990, p. 1264.

caso, no se hace pronunciamiento sobre indemnización en metálico”⁵⁷, pues quedó reparada la intromisión mediante el resto de medidas previstas en el Art. 9.2 de la LO 1/82, como fue mediante difusión de la resolución judicial costeada por los demandados permitiéndose la reparación íntegra del daño, y además también en aplicación del 9.2 b) LO 1/82 se impidió la reiteración de la intromisión al condenar a los demandados a abstenerse de llevar a cabo nuevas manifestaciones similares contra el demandante.

He aquí un posible caso de intromisión ilegítima que podría no causar daño moral alguno. Se trata del Art. 7.1 de la LO 1/82, según el cual “*el emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas*” constituye intromisión ilegítima. Si aunque se hayan emplazado dichos dispositivos no se han utilizado, el demandado podrá probar que no hubo daño moral alguno, si la presunción que aplican los tribunales a la interpretación del 9.3 LO 1/82 es “*iuris tantum*” y no “*iuris et de iure*”⁵⁸. Sin embargo, en este caso, podríamos encontrarnos más bien ante una tentativa de intromisión más que una intromisión propiamente dicha. Ello se debe a que se emplazan los dispositivos pero no se llegan a usar, dependerá de la interpretación de la ley que apliquemos, pues el precepto establece como intromisión el simple emplazamiento, de modo que una interpretación literal del mismo podría significar que en efecto puede darse una intromisión que no acarree daño alguno. Es el uso de tales dispositivos lo que produce un daño, pues al menos en mi opinión, es estúpido considerar que se produce daño moral alguno cuando uno no ha sido filmado ni su voz captada. En cambio, sí podría producirse daño moral si la víctima piensa que ha habido intromisión, pero si se demuestra que en efecto no funcionaron los dispositivos, no se habrá producido intromisión alguna, y con ello tampoco daño moral que reparar.

Otro caso a tratar es aquel en el que se captan imágenes o se graba la voz del sujeto, por ejemplo, pero sin embargo no se puede llegar a identificar al sujeto mediante dichas captaciones, pues no hay criterios suficientes para identificarle, y por tanto no sería fácil identificar a la víctima la cual puede demandar daños morales, pues si aunque se hayan llegado a difundir dichas fotografías, grabaciones... no hay criterios para identificar a la víctima, entonces esta va a tener difícil el poder reclamar daños morales, pues va a ser difícil acreditar una intromisión en la intimidad o propia imagen de la víctima. No se contempla en la ley como intromisión una infracción genérica de grabar voces o imágenes de gente anónima, y si no hay intromisión no habrá daño moral alguno que indemnizar. La intromisión ha de ser sobre la vida privada de personas identificadas o identificables.

En síntesis, nos encontramos con diferentes posiciones en cuanto a la presunción de daños morales, derivados de intromisión en la intimidad, honor y/o propia imagen del individuo, dependiendo de la interpretación del Art. 9.3 LO 1/82: para la mayoría de la jurisprudencia existe una presunción *iuris et de iure* respecto de los daños en cuestión; por otro lado existen autores los cuales consideran que dicha presunción ha de ser *iuris tantum*. Al tiempo pueden darse intromisiones en los que no sea necesaria la reparación

⁵⁷ STS 5 de mayo de 1988, RJ 1988/3881, FJ 2º.

⁵⁸ ATIENZA NAVARRO, MARÍA; *Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, intimidad y propia imagen*, Revista Boliviana de derecho, nº15, enero de 2013, p. 225.

de daños morales mediante indemnización, pues es suficiente con el resto de medidas no pecuniarias contempladas en el 9.2 “a)” y “b)” LO 1/82.

5.3 Criterios para el cálculo de la indemnización de daños y perjuicios:

Vayamos ahora con la citada indemnización de daños y perjuicios, la cual se contempla en el Art. 9.3 de la LO 1/82, procediendo de entrada a la enunciación de dicho artículo:

“La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”.

Centrémonos en los criterios de cálculo de la indemnización de daños morales, los cuales son los que desatan verdadera polémica:

En cuanto a las “circunstancias del caso” hasta ahora ha tenido la jurisprudencia en cuenta las subjetivas en torno a la persona que sufre la intromisión ilegítima en sus derechos de la personalidad, tales como son su edad (pues una persona menor de edad o que no ha alcanzado la madurez suficiente debido a sus años vividos, y no tiene suficiente experiencia hasta el momento, puede quedar mucho más afectada moralmente que una persona adulta, o una persona adulta en la tercera edad puede quedar más afectada que alguien que esté en una edad más temprana, etc).

También se tiene en cuenta la mayor o menor reputación social de la víctima (una persona con un prestigio o consideración elevado en su entorno, podría verse gravemente afectada en sus relaciones personales e incluso en su área trabajo o negocios debido a intromisión en su intimidad, honor o propia imagen), pues como bien dice el Artículo 2.1 de la LO 1/82 *“la protección del honor, intimidad y propia imagen quedará delimitada por además de por las leyes, por los usos sociales, tal que atendiendo al ámbito que por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o con su familia”.*

Dentro de las ya mencionadas “circunstancias del caso” se han de estudiar criterios que no están incluidos de manera expresa en el Art. 9.3 de la LO 1/82, como puede ser el nivel económico de la víctima (pues se puede causar lesión a los derechos de la personalidad tanto de un rico como de un pobre). Dicho criterio ha llegado a ser tenido en cuenta por el TS en el caso de la STS 14 de noviembre de 2002, por la cual un conocido financiero fue fotografiado en la playa junto con una mujer que le hacía compañía y con la cual llevaba a cabo gestos de mutuo afecto. El TS⁵⁹ anuló la sentencia de la Audiencia Provincial la cual condenaba a una indemnización de 120000 euros reduciendo dicha indemnización a 200 euros (indemnización más bien simbólica), teniendo en cuenta para su cálculo la escasa trascendencia de las fotos y su captación en lugar público, pero también la “capacidad económica alta del perjudicado”. Finalmente el TC⁶⁰ anuló dicha

⁵⁹ STS 1085/2002 de 14 de noviembre, derogada por la STC 300/2006 de 23 de octubre.

⁶⁰ STC 300/2006 de 23 de octubre.

sentencia y restableció la indemnización de 120000 euros concedida inicialmente por la AP.

Cuando el legislador dice en el Art. 9.3 de la LO 1/82 que se tendrá en cuenta para calcular el daño moral *“la gravedad de la lesión efectivamente producida”*, hace referencia a la lesión que la conducta produce en la víctima, y no a la gravedad de la conducta misma. Por tanto en cuanto al cálculo de la indemnización por daños morales lo relevante no es la gravedad del comportamiento o acción que da lugar a la intromisión sino el daño producido, *“pues la responsabilidad del autor del daño no deriva de la inobservancia de su deber legal, sino del daño mismo”*⁶¹.

Por otro lado, y aunque sea contradictorio con lo dicho en el párrafo anterior, no es justo que una persona, la cual haya actuado de manera responsable, y tomado las medidas adecuadas para evitar una intromisión en la intimidad, honor y/o propia imagen del individuo, sea condenada a pagar una cantidad dineraria por indemnización moral del mismo modo que una persona la cual actuó de una manera negligente, sin tomar medida alguna para respetar la intimidad, honor y/o propia imagen de la persona afectada.

Por tanto, a la hora de calcular la indemnización por daños morales, derivados de intromisión en la intimidad, honor, y propia imagen del individuo, se habrá de tener en cuenta la gravedad de la lesión sufrida en dichos derechos, pero al mismo tiempo es injusto condenar al pago de una misma cantidad dineraria a quien ha actuado responsablemente y a quien ha actuado negligentemente.

La cuestión es que ha de ser indemnizado el daño producido a la víctima, el daño en efecto sufrido, por lo que deberá haber un quantum mínimo que indemnizar, y ese quantum habrá de ser ese mínimo necesario en el caso concreto, a fin resarcir los daños morales en efecto producidos. Hemos de tener en cuenta que el intromisor es más o menos responsable de que en efecto se haya llegado a producir dicho daño moral, en virtud de su comportamiento, pues como afirma Pantaleón Prieto en su comentario al Art. 1902 del CC *“según se dé uno u otro tipo de culpa será mayor o menor la responsabilidad en el daño moral producido, y en la repercusión psíquica que el hecho tenga sobre el perjudicado”*⁶².

La solución para remediar el asunto de si el intromisor en los derechos de la personalidad del individuo ha de pagar una mayor indemnización por daños morales, debido a su mayor responsabilidad en el daño producido, podría suponer una incursión de los denominados *“daños punitivos”*, propios del *“Common Law”* anglosajón, ya explicados previamente, los cuales no están contemplados en el derecho continental europeo. La incursión de los *“punitive damages”* consistiría en aumentar la cantidad dineraria de indemnización a pagar por el demandado a más responsabilidad en el daño producido, el problema es que se estará produciendo un enriquecimiento injusto de la víctima, acosta de los daños punitivos.

Ya lo viene advirtiendo Díez Picazo al establecer que *“el apartado 3 del Art. 9 de la LO 1/1982 es un cúmulo de incongruencias, y puede decirse que hay una tentativa de*

⁶¹ MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO; *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 53.

⁶² MINISTERIO DE JUSTICIA; *Comentarios al CC*, tomo II, Madrid 1991. p 1971.

convertir las indemnizaciones de daños en los denominados “daños punitivos” del derecho anglosajón”⁶³.

La solución apropiada, en mi opinión sería que el condenado pague en concepto de responsabilidad civil la cantidad necesaria de indemnización por daños morales, para compensar a la víctima de intromisión, y a parte, una multa penal, debido a su falta de responsabilidad en la prevención de la intromisión, actuando tanto las vías civil como penal en el asunto, y evitándose así el enriquecimiento injusto por la víctima de intromisión.

Pongamos un ejemplo, como es el reciente caso resuelto por la AP de Gijón, consistente en la vulneración del derecho al honor de la víctima debido a su inclusión en un fichero de morosos. Concedió la sentencia de primera instancia una indemnización por daño moral de 1000 euros, la sentencia fue apelada por el demandante debido a que dicha cantidad le pareció demasiado baja. El caso trata más bien sobre la protección de datos, sin embargo, la indemnización por daños morales es concedida por causa de vulneración del honor de la víctima. Debido a ello considero oportuno usarlo como ejemplo.

Procedamos ahora al análisis de dicha sentencia: En cuanto a las circunstancias del caso y la entidad de la lesión (9.3 LO1/82), *“partimos de las circunstancias del caso y la entidad de la lesión, criterio en el que debemos atender a la gravedad de la negligencia y patente falta de proporcionalidad de la actuación de la demandada que incluyó al demandante en el registro por una deuda inexistente , tal y como la propia sentencia apelada declara, sin requerimiento previo y sin que la inclusión fuese determinante para evaluar la solvencia del actor y también han de valorarse las gestiones que hubo de realizar el perjudicado para darse de baja de los registros que hubo de enviar una carta a la demandada logrando la cancelación en uno de los ficheros un mes después”*⁶⁴

Observamos en este ejemplo, que en efecto, podrá llegar a haber mayor indemnización por daños morales a mayor negligencia del intromisor. Si el demandado no actuó de una manera negligente su responsabilidad en la producción del daño moral será menor, pero si ha actuado negligentemente y sin la responsabilidad debida, su culpa respecto del daño moral producido con la intromisión será mayor, pues observamos que la inclusión en el fichero, sin requerimiento previo del incluido, y además por deuda que no se comprobó debidamente si era o no existente, es decir, el comportamiento negligente por el infractor del derecho al honor de la víctima, acarrea según la AP una mayor indemnización por daños morales.

Al tiempo observamos que la cancelación de inclusión en el registro no se llevó a cabo hasta un mes más tarde, lo cual implica una mayor posibilidad de que terceros accedan a dicho registro y se produzca un mayor perjuicio en el honor del demandante por lo que *debe evaluarse la permanencia en el tiempo de la inclusión de los datos del afectado en el registro pues este periodo prolongado de injustificada permanencia en el registro agrava la entidad e la lesión e incrementa la posibilidad de divulgación, pues las entidades que consulten en el fichero el asiento relativo al demandante, tendrán una*

⁶³ DÍEZ PICAZO; *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008, p. 82.

⁶⁴ SAP de Gijón 1648/2015 de 17 de julio, FJ 3º.

*menoscabada imagen de solvencia personal y patrimonial de la persona incluida en tal registro*⁶⁵.

Podemos por tanto observar que cuanto más tiempo se perpetúe la intromisión, y la posibilidad de conocimiento de dicha información dañosa para el honor del sujeto, por parte de terceros, mayor será la indemnización, y cuantas más veces se tenga acceso a esa información causante de la lesión en el honor, intimidad o propia imagen del sujeto, también habrá mayor indemnización, pues mayor habrá sido la mancha en los derechos de la personalidad del sujeto.

En el caso de la citada sentencia de la AP de Gijón finalmente se concedió indemnización por daño moral de 10000 euros y misma cantidad en el resuelto por el TS.

Prosigamos con el criterio de la “gravedad de la lesión efectivamente producida”, pero centrándonos más en la protección del derecho a la propia imagen. Se tiene muy en cuenta la gravedad de los secretos que se han revelado, como puede ser por ejemplo la procedencia de un menor adoptado, que resulta ser hijo natural de una prostituta⁶⁶.

Otro ejemplo de relevancia en cuanto a la “gravedad de la lesión”, es la divulgación de información en cuanto a que el sujeto ha sido víctima de un hecho brutal y traumático, como es que un periódico revele que la víctima de violación sexual era virgen al tiempo de la misma, como un caso que ocurrió en Cantabria el cual expondré poco más adelante.

Vayamos ahora al criterio a tener en cuenta según el Art. 9.3 de la LO 1/82 para el cálculo de la indemnización por daños morales: “La difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido la intromisión”. En caso de que la vulneración se produzca a través de medios de comunicación se tiene en cuenta el número de ejemplares vendidos, encuestas de audición... aunque también puede ser que la vulneración se lleve a cabo a través de escritos privados.

El ámbito geográfico del medio por el cual se ha producido la vulneración, viene siendo considerado por la jurisprudencia como “*altamente ligado a la gravedad de la lesión*”⁶⁷, pero según ciertas sentencias se dan casos en que a pesar del pequeño tamaño del ámbito geográfico, “*la lesión podrá llegar a ser muy grave si se lleva a cabo en algún medio local o regional de gran difusión en el lugar en que el difamado vive o desarrolla bien su vida, o bien su actividad social o profesional*”⁶⁸. Pensemos por ejemplo en el caso de una ciudad pequeña, y que se produce la vulneración a través de un periódico local, pero que llega a todos los habitantes de dicha ciudad, la persona cuya intimidad, honor o propia imagen se ven vulnerados podrá verse gravemente afectada en su vida social y profesional en el ámbito de esa ciudad pues es ahí donde desarrolla dichas actividades.

Vayamos a un ejemplo práctico por partida doble, pues nos muestra tanto la aplicación del criterio de gravedad de la lesión efectivamente producida como el de la difusión o audiencia del medio a través del que se produce la intromisión. Es el caso de una chica violada al tiempo que era virgen, siendo divulgada dicha información sobre la víctima, aun sabiéndose la identidad de esta, como es en el caso resuelto por la STS 21 de febrero

⁶⁵ SAP de Gijón 1648/2015 de 16 de julio, FJ 3º.

⁶⁶ STS 1062/1995 de 7 de diciembre, FJ 3º

⁶⁷ STS 27 de octubre de 1989, RJ 1989/6966, FJ 4º.

⁶⁸ STS 127/2000 de 21 de Febrero, FJ10º.

de 2000. En el citado caso determinó el TS que en cuanto a la chica violada, *“tras haber sido víctima de un hecho brutal y traumático; y por los efectos realmente producidos, dado que hay constancia de que la divulgación de aquellos datos, se acrecentó de forma apreciable el daño y dolor propios del delito... teniendo además en cuenta respecto de dicho aumento de tal daño y dolor la difusión del medio periodístico en cuestión, de ámbito regional(...)*“*La Sentencia recurrida en casación redujo la indemnización que había fijado la Sentencia de primera instancia (6.000.000 de pesetas) a sólo un millón quinientas mil (1.500.000) pesetas, lo que evidencia que la referida Sentencia recurrida ha ponderado de manera totalmente inadecuada e ilógica el daño moral verdaderamente causado a la actora y no ha aplicado correctamente las ya dichas pautas valorativas que establece el citado artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*”⁶⁹.

De modo que a mayor gravedad de la intromisión o bien mayor gravedad del dato íntimo revelado, mayor daño moral a la víctima, con lo que habrá de corresponder a esta una mayor indemnización (mayor gravedad de la lesión, tal como establece el 9.3 de la LO 1/82).

En el caso de la chica violada cuando era virgen, y difusión de tal dato al público por Cantábrico de Prensa S.A (la violación se produjo en la ciudad de Santander), se restableció de nuevo por el TS la indemnización en primera instancia determinada, 6 millones de pesetas. Como podemos observar se tiene en cuenta la difusión en un medio de comunicación de carácter regional (en el ámbito de la CCAA de Cantabria en este caso). Puede que el ámbito de difusión de la noticia no sea muy alto, pero sin embargo los graves hechos en cuanto a su intimidad revelados son ahora conocidos en el ámbito territorial en que la víctima desarrolla su vida diaria y por tanto ello aumenta de modo considerable la gravedad de la intromisión en la intimidad.

Podemos observar en los casos anteriores como el TS llega a fijar un quantum indemnizatorio, lo cual no es materia propia de casación. No le suele corresponder al TS la determinación del quantum pero es jurisprudencia consolidada del mismo *“la de que, en materia de intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen de las personas, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, marca unas pautas valorativas del daño moral, el cual se resolverá atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, por lo que cuando tales pautas no hayan sido tenidas en cuenta por la Sentencia recurrida o lo haya sido de manera claramente arbitraria, inadecuada o irracional, puede ser revisada en esta vía casacional, con carácter excepcional, la fijación del «quantum» indemnizatorio hecha por el Tribunal de apelación*”⁷⁰, de modo que si no se siguen por parte de los tribunales de instancia los criterios establecidos en el Art. 9.3 de la LO 1/82, el TS podrá modificar el quantum indemnizatorio a fin de defender la legalidad vigente.

He de recordar aquí que la función de la indemnización por daños morales, es la de reparar el daño causado, no restablecer al sujeto en su derecho, tampoco es enriquecerlo y por supuesto *no trata de hacer* pagar daños punitivos, no es una sanción legal, *pues el criterio*

⁶⁹STS 127/2000 de 21 de febrero, FJ 10º.

⁷⁰ STS 127/2000 de 21 de febrero, FJ 10º.

*jurisprudencial niega la posibilidad de su aceptación en nuestro ordenamiento civil, su finalidad es resarcitoria o compensatoria, pero por supuesto no es sancionadora*⁷¹.

Dentro de “*las circunstancias del caso*” que menciona el Art. 9.3 de la LO 1/82, se han de tener en cuenta tanto las circunstancias personales como sociales del ofendido. Ello se debe a “*los Tribunales en razón de ser según la Constitución y la Ley Orgánica del Poder Judicial son los encargados de aplicar la norma, vienen obligados a inspirarse en y aplicar la Justicia, no puede olvidarse que para cumplir tan trascendente labor de dar a cada uno lo suyo han de tener en cuenta no sólo los méritos sino también los deméritos de las personas y consiguientemente, tratándose del daño moral y su resarcimiento, las circunstancias tanto personales como sociales del ofendido*”⁷².

De modo que han de tenerse en cuenta de nuevo, las circunstancias personales y sociales del denunciante de intromisión en sus derechos de la personalidad. Por ejemplo si se difunde información sobre un empresario, la cual le acusa de corrupción, ello produce en su ámbito de trabajo un desmerecimiento ajeno tal que en su área profesional sea desacreditado y pierda la confianza de clientes u otras empresas contratantes, perdiendo gran prestigio profesional además de ganancias económicas. Habrán por tanto de indemnizarse los daños morales por pérdida de dicho prestigio profesional, pero en cuanto a las ganancias económicas perdidas, estas deberían ser indemnizada como lucro cesante o daño emergente, pues la pérdida de clientes no es daño moral.

Pongamos otro ejemplo, en este caso a un juez pues “*en cuanto a las circunstancias personales y sociales, en vano la función judicial figura entre las más importantes en los Estados de Derecho, al punto de constituir la misma un auténtico poder (arts. 117 a 136 C. E.). Razón por la cual si bien sus responsabilidades son por regla general de las más graves que pueden ser exigidas o atribuirse a los organismos del Estado (arts. 405/426 L. O. P. J., 351 a 357 del Código Penal) y sus incompatibilidades también de las más amplias, las consecuencias de los ataques al honor de sus miembros sean lógicamente más graves, tanto en el aspecto personal como especialmente en el social*”⁷³ y con ello la indemnización por daño moral más alta. No estoy queriendo decir en ningún momento, que el honor de un juez valga más que el de cualquier otro ciudadano, lo que ocurre es que si la intromisión vulnera no el honor individual de quien es juez, sino el honor de una autoridad que representa dicha persona, por motivo, o en consideración al ejercicio de esa función, ello habrá de ser tenido en cuenta a la hora de realizar el cálculo de la indemnización de daños morales.

Otro ejemplo sería el de la ya mencionada previamente STS 7 de marzo de 2003 por la cual se fijó finalmente una indemnización por daños morales de 4 millones de pesetas a un alcalde, debido a que se llevaron a cabo publicaciones en las que se le acusaba de cobrar un sueldo incompatible con su cargo (se le acusó de cobrar al tiempo como senador y como alcalde). Todo ello sabiéndose que era falso, de modo que se le desprestigió en el ámbito político, tal que su prestigio se redujo considerablemente y su carrera se vio

⁷¹ STS 22 de noviembre de 2002, RJ 2002/10364, FJ 3º.

⁷² STS 27 de octubre de 1989. RJ 1989/6966, FJ 4º.

⁷³ STS 27 de octubre de 1989. RJ 1989/6966, FJ 4º.

amenazada, ya que la consideración que se le tuviera tanto por los ciudadanos como en otros partidos políticos como dentro del “Partido Popular”, se vio muy mermada. Por tanto sus circunstancias personales y sociales, dentro de las cuales se encuentra su puesto político, fueron de relevancia considerable a la hora de determinar la indemnización.

Sin embargo tal como he mencionado que establece el TS, también han de tenerse en cuenta a la hora de determinar si ha habido intromisión en sus derechos de la personalidad, los méritos y deméritos del sujeto, criterios por tanto a tener en cuenta en el momento de determinar los tribunales el quantum indemnizatorio.

He aquí como buen ejemplo en cuanto a cálculo del quantum indemnizatorio y aplicación del artículo 9.3 de la LO 1/82, la STS 24 de julio de 2012. Dicha Sentencia declaró haber intromisión en el derecho a la propia imagen de la conocida actriz y modelo española Elsa Pataky. Todo se debió a que durante una sesión fotográfica en la Riviera Maya para un reportaje, fue al tiempo sin su consentimiento fotografiada por segundos fotógrafos, siendo publicadas fotos de la actriz bien completamente desnuda o bien de torso para arriba tanto de espaldas como de frente. La actriz en ningún momento había dado su consentimiento ni para la toma de dichas fotos ni para su publicación.

La sentencia de primera instancia estableció una indemnización inicial de 310000 euros, revocada en segunda instancia y de nuevo establecida por el TS en la citada sentencia, pues consideró el TS como adecuada la interpretación de criterios de valoración del daño por el Juzgado de Primera Instancia, y con ello una correcta aplicación del Art. 9.3 de la LO 1/82 para la determinación de la indemnización por daño moral.

En cuanto al citado caso sobre Elsa Pataky consideró el TS que: *“De cara a la valoración del daño moral debe atenderse por un lado a la entidad de dicho daño moral por la relevancia de la transgresión objetivamente considerada y por otro lado a la difusión que tuvieron los reportajes publicados por las mercantiles demandadas. Cabe destacar la grave intromisión que en el derecho a la propia imagen de la demandante supuso la publicación de los reportajes y fotografías con la consiguiente angustia, desazón y grave sufrimiento moral que necesariamente tuvo que suponer para la actora atendiendo al hecho no solo de que en tales fotografías aparece desnuda, sino que además, tal y como se deduce de la totalidad de la documental obrante en las actuaciones, entre la que se encuentran abundantes revistas con reportajes de dicha demandante, nunca con anterioridad había sido publicada ninguna fotografía de doña Trinidad desnuda, no habiendo realizado nunca un posado en tales condiciones: únicamente aparece semidesnuda, enseñando un pecho, en una fotografía existente en el número 13 de la revista Playboy (acompañada como documento n.º 11 junto con la contestación a la demanda) siendo de destacar que se trata de una fotografía artística; y si bien e igualmente en una escena de la película Ninette aparece desnuda de espaldas, tal escena debe entenderse e interpretarse dentro del contexto en que es realizada; cabe por tanto concluir que la actora siempre rehuyó la realización de fotografías y reportajes en que se le pudieran ver tales partes íntimas del cuerpo; a lo anterior cabe añadir en el caso de las publicaciones escritas los comentarios ciertamente morbosos o jocosos que se acompañan a dichas fotografías, denigrantes para la actora. En relación con la difusión que tales reportajes y fotografías tuvieron, tal y como se expone en el Fundamento Jurídico Segundo de la presente resolución, la publicación de las fotografías de la*

demandante en el ejemplar n.º 1612 de la revista Interviú tuvo una más que notable repercusión mediática haciéndose eco de tal publicación los medios escritos de mayor difusión, siendo igualmente objeto de diversos programas radiofónicos y televisivos, repercusión además que se prolongó en el tiempo ante la ulterior polémica surgida entre la revista Elle e Interviú, polémica y repercusión mediática que Ediciones Zeta S.A. explotó con fines lucrativos, publicando dichas fotografías en otros tres números posteriores de dicha misma revista (concretamente en los números 1613, 1614 y 1617), perpetuándose en tal conducta de intromisión ilegítima en el derecho de la personalidad de la demandante; tal fue la trascendencia mediática que tuvo la publicación de dichas fotografías en la revista Interviú -y en el resto de las publicaciones de las demandadas- que el periódico El Mundo en su anuario de 2007 la incluyó entre los sucesos más significativos ocurridos en el año 2007”⁷⁴.

Por ello podemos observar que se tiene en cuenta en dicha sentencia tanto la gran difusión de las publicaciones en las cuales se viola la propia imagen de la víctima, como el gran agravio moral que supone ser la primera vez que se dan tales publicaciones sobre ella (gravedad de la intromisión). Pues Nunca había posado la actriz desnuda y menos aún sin su consentimiento, solo en una película en la cual aparecía de espaldas y había que ponerse en contexto.

También tuvo el TS en cuenta la perpetuación en el tiempo de la difusión, no solo la difusión misma, de modo que este es uno de los criterios que añadimos dentro de “la gravedad de la intromisión y las circunstancias del caso” establecidas en el Art. 9.3 de la LO 1/82, pues cuanto más tiempo se perpetúe la intromisión en el tiempo, o más bien los efectos de la misma, mayor será el daño moral causado.

En cuanto a que tiene en cuenta el TS el hecho de que jamás se habían publicado previamente fotografías de ella desnuda ni al completo ni de cintura para arriba, de modo que no estaba acostumbrada a que el público la viera de esa manera, y teniendo en cuenta además que no prestó su consentimiento para la toma de tales fotografías, pues se llevaron a cabo sin que ella misma lo supiera, paralelamente a la sesión fotográfica que se estaba realizando con su consentimiento, ello es un claro ejemplo de aplicación de los criterios establecidos en el 9.3 LO 1/82 sobre “*la consideración de las circunstancias del caso, y la gravedad de la lesión efectivamente producida*”. Pues en base a ello la indemnización fue mayor. Circunstancias del caso son que ni posó ni permitió tanto la toma como publicación de dichas fotos, y mayor gravedad de la lesión dado que el daño fue mayor debido a que ella nunca había llevado a cabo ninguna sesión de fotos desnuda integral ni de cintura para arriba, con lo que moralmente quedó mucho más afectada.

También se tuvo en cuenta para fijar la indemnización la ganancia obtenida por los intromisiones, pero ese es asunto a tratar en otro apartado de este trabajo.

Por todo ello se la concedió una cantidad indemnizatoria de 310000 euros ⁷⁵ por violación de su derecho a la propia imagen. (No declaró el TS violación de la intimidad, pues la

⁷⁴ STS 518/2012 de 24 de julio, Antecedente de hecho quinto, que describe los criterios utilizados por el JPI nº 40 de Madrid para fijar una indemnización de 310000, confirmada en torno a dichos criterios por el TS en esta referida sentencia 518/2012 FJ 8º.

⁷⁵ STS 518/2012 de 24 de julio, FJ 8º

actriz se encontraba en una playa pública de México a plena luz del día, llevando a cabo la sesión fotográfica que sí había consentido).

Nos vamos ahora a un caso de 2002, el cual se debió a la publicación de varios reportajes no autorizados, en los que se publicaron fotografías no consentidas de la modelo Judith Mascó.

Se concedió inicialmente por la AP, una indemnización por daños morales de 40 millones de pesetas, la cual finalmente fue reducida a 8 millones. La reducción se debió a que tal cantidad inicial fue considerada por el TS como desproporcionada, ya que dentro de “las circunstancias del caso” consideró el TS que *“ha de tenerse en cuenta que era una conocida top-model internacional, que hace de la exhibición de su imagen para publicitar objetos o marcas su legítima profesión, por lo que no hay duda de que es persona acostumbrada a negociar sobre ese bien de la personalidad. Parece pues que no cabe considerarla como una persona anónima, que por mor de un reportaje gráfico sale de ese estado contra su voluntad. La actora, evidentemente tiene derecho al respeto de su imagen, pero cuando ella ha posado para la obtención de las fotografías litigiosas el único problema es el de si se han publicado sin su consentimiento o no. Por ello es limitado el daño moral que puede alegarse para su compensación pecuniaria, debiéndose considerar además que algunas de esas fotos habían sido ya publicadas en una revista italiana, y se supone que con su consentimiento, pues no consta su reacción ante la misma. Por supuesto, todas esas consideraciones se hacen bajo el presupuesto de que las fotografías no se apartan sustancialmente de las que de su imagen se obtienen para fines publicitarios, sólo que el reportaje de la revista Interviú las saca de su contexto para ponerlas al servicio de sus intereses comerciales.”*⁷⁶

De modo que se ha de tener en cuenta si las publicaciones que violan la propia imagen de la víctima son publicaciones a las que esté acostumbrada, por ejemplo debido a su profesión, o no lo esté. También ha de tenerse en cuenta el fin por el cual se ha llevado a cabo la intromisión (en este caso se produce mayor daño moral pues se llevaron a cabo las publicaciones no para fines publicitarios como estaba acostumbrada la actora, sino para cumplir con los intereses económicos pretendidos con la revista Interviú).

Se tiene también en cuenta si la actora posó para las fotos, que sí, por lo que solo faltó su consentimiento, de modo que el daño moral no es tan grave (Elsa Pataky no posó para las suyas por lo que el daño fue mayor, no estaba acostumbrada a que se publicaran fotos de ella desnuda y fuera de contexto en la publicación, pero sin embargo si hubieran sido fotos para otros fines a los que si estuviera acostumbrada, como pueden ser publicitarios o imágenes de carácter artístico, en que no estuviera desnuda integral o con la parte superior descubierta, el daño moral sería menor).

Por tanto, en base a la jurisprudencia podemos observar el alcance y el cómo interpretar y aplicar los criterios de cálculo del daño moral establecidos en el Art. 9.3 de la LO 1/82, de modo que:

⁷⁶ STS 116/2002 de 25 de noviembre, FJ 3º

-Dentro de las circunstancias del caso se incluyen la posición social de la víctima, perpetuación en el tiempo de la intromisión, nivel económico del perjudicado, méritos y desméritos del mismo...

-Respecto de la gravedad de la lesión, en función de que el daño producido haya sido mayor o menor, atendándose dentro de este criterio a la mayor o menor negligencia del intromisor (incursión de los daños punitivos del derecho anglosajón) mayor/menor menoscabo de la reputación; revelación de situación traumática para la víctima...

-Sobre la difusión del medio por el que se ha producido la intromisión: A mayor ámbito geográfico mayor indemnización. Sin embargo si el ámbito geográfico de difusión de la intromisión a costa del medio por el cual se lleva a cabo es reducido, pero la víctima lleva a cabo su vida social y/o profesional en dicho ámbito, puede sufrir serios daños morales respecto de su prestigio social o profesional.

5.4 Indemnizaciones simbólicas:

Existen casos de violación de los derechos a la intimidad, honor, o propia imagen del individuo en los que las indemnizaciones por daños morales concedidas son de cantidad muy baja, la cual podría denominarse como “simbólica”. La cuestión es qué se pretende mediante tal tipo de indemnizaciones.

El cometido de las indemnizaciones de cantidad tan escasa, que se considere como “simbólica”, puede ser reconocer que, en efecto, se han producido daños morales. La indemnización simbólica puede ser por tanto un gesto de reconocimiento de tales daños morales, pero al tiempo reconocedor de su escasa entidad, de modo que no necesitan ser indemnizados mediante una cantidad dineraria elevada o no necesitan ser indemnizados. Sin embargo, se concede indemnización simbólica como gesto reconocedor de dichos daños morales.

Las indemnizaciones simbólicas del derecho español pueden tener su origen en los denominados “*nominal damages*” o daños nominales, los cuales son propios del “*Common Law*”. Tales daños pretenden no compensar ni resarcir, sino indicar que a la víctima se le ha violado un legítimo derecho que ejercía. Según esta tesis la indemnización simbólica reconocería la violación de un derecho, de la escasa entidad de la cantidad de indemnización.

En el Art. 907 del “*Restatement of Torts*”, se definen los daños nominales como “*la suma trivial de dinero concedida a un litigante que ha establecido una causa de acción; pero no ha acreditado que tiene título para obtener daños compensatorios*”⁷⁷

Se trata de una suma de dinero insignificante, lo cual responde a una regla de Derecho de los Estados Unidos según la cual “*de la ley deriva una indemnización, como mínimo una suma de carácter nominal, de cada infracción de un derecho*”. “*Los “Nominal*

⁷⁷ AMERICAN LAW INSTITUTE; *Restatement of the Law of Torts*, Art. 907, vol. 4, ST Paul, Minn, 1979, p. 462.

Damages” pueden llegar a ser entendidos como una suma simbólica de dinero, pues estaríamos ante situaciones en las que no hay daño alguno que reparar”⁷⁸.

Otra justificación de las indemnizaciones simbólicas, puede ser *“la satisfacción psicológica que recibe la víctima al pronunciarse la sentencia de indemnización de daños morales, produce el llamado efecto psicológico, que viene a ser esa tranquilidad espiritual que se manifiesta en la víctima y que en caso de una imputación injuriosa o calumniosa reviste a veces la forma de este tipo de indemnización meramente simbólica”⁷⁹*

Otra posible interpretación de las indemnizaciones simbólicas, podría ser que en efecto, tras acreditarse intromisión, los daños morales hayan quedado en todo o en mayoría reparados por las medidas no pecuniarias establecidas en los Arts. 9.2 “a)” y “b)” de la LO 1/82, como son el reconocimiento de la intromisión, acción de cesación u orden de abstención de similares conductas en el futuro por parte del infractor. De modo que mediante la escasa cantidad de indemnización o bien se compensa esa parte del daño moral que no fue reparado por medidas no pecuniarias, o bien como en el caso anterior se pretende reconocer mediante el gesto de indemnización simbólica que ha habido daños morales, pero estos ya han quedado reparados.

Sin embargo, la función de la responsabilidad civil es reparar el daño producido, no reconocer que ha habido una intromisión ajena en el derecho del demandante. Por ello las indemnizaciones simbólicas pueden suponer un incumplimiento de las funciones que a la responsabilidad civil corresponden.

He de mencionar aquí el famoso caso de Isabel Preysler, que dio lugar a la STS 31 de diciembre de 1996, la cual se debió a la publicación de sus datos como alimentación, costumbres, físico... por la revista “Lecturas” en el artículo “La cara oculta de Isabel”. Tal artículo se nutrió de información suministrada por parte de la niñera de la familia.

Al principio el TS declaró que *“no se ha llegado a producir intromisión en la intimidad de la demandante dada la escasa entidad de los chismes”⁸⁰*, casando la anterior sentencia que condenó a la niñera al pago de una indemnización de 10 millones de pesetas.

Ante esta situación Isabel Preysler recurrió en amparo ante el TC, el cual mediante la STC 115/2000 5 de mayo reconoció la existencia de intromisión ilegítima. El TC determinó que respecto de la *“escasa entidad de los chismes”* (datos revelados por la niñera) por la cual la STS 31 de diciembre del 96 había negado la intromisión en la intimidad de la víctima, *“resulta irrelevante desde la perspectiva constitucional que los datos pertenecientes a la esfera de la intimidad divulgados sean o no gravemente atentatorios o socialmente desmerecedores de la persona cuya intimidad se desvela, aunque desde la perspectiva de la legalidad puedan servir para modular la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental (art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo).⁸¹* De

⁷⁸MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO; *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 50.

⁷⁹ MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO; *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 59.

⁸⁰ STS 31 de diciembre de 1996 (RJ 1996, 9226).

⁸¹ STC 115/2000 5 de mayo, FJ 8º.

modo que aunque los datos revelados no fueran graves, igualmente consideró violación de la intimidad personal y familiar de Isabel Preysler, pero tal falta de gravedad, fue muy tenida en cuenta a la hora de establecer la indemnización por daños morales de nuevo por el TS, como veremos a continuación.

EL TC por tanto devolvió las actuaciones al TS el cual declaró una indemnización por daño moral de 25000 pesetas argumentando que *“la valoración pecuniaria de la responsabilidad de quien lesiona el derecho fundamental a la intimidad, estará determinada por la gravedad atentatoria de dicho ataque, así como por la difusión de la noticia y las ventajas económicas obtenidas con ella. Pues bien, las frases “granos que le salen en la cara..., determinada agenda de piel de cocodrilo..., ropa que posee...” se pueden calificar como insignificantes dada la enorme proyección pública de la afectada –hecho notorio–, por lo cual la valoración del daño moral producido puede ser mesurado en 25.000 pesetas. La difusión de la noticia y las ventajas reportadas, no han podido ser cuantificadas económicamente*⁸².

Por tanto de nuevo determinó el TS la insignificancia de los datos revelados por la niñera, reconociéndose en este caso la intromisión pero concediéndose una indemnización de daños y perjuicios muy baja (argumentando que los datos revelados mediante la intromisión eran tremendamente bajos), una cantidad ridícula frente a la cantidad anterior concedida en segunda instancia de 10 millones de pesetas. Más bien, tal cantidad de 25000 pesetas parece una cantidad simbólica, para reconocer que ha habido daños morales, un mero gesto de confirmación de los mismos.

Volviendo la demandante a recurrir de nuevo en amparo, se determinó por el TC que la *“Sentencia impugnada, además de omitir datos esenciales contenidos en la STC 115/2000 relativos a otros aspectos de la intimidad de la recurrente que fueron ilegítimamente desvelados, tampoco se tuvo en consideración los criterios o parámetros básicos legalmente exigidos a la hora de determinar el quantum indemnizatorio... En suma, el Tribunal Supremo estimó el motivo de casación relativo a la determinación de la cuantía de la indemnización (art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982), reduciendo el «quantum» indemnizatorio de 10.000.000 de pesetas fijado en la Sentencia de apelación hasta la cantidad de 25.000 pesetas, sin valorar las circunstancias del caso y sin utilizar para determinar la gravedad de la lesión el criterio de la difusión, probada en el proceso, de la revista en la que se publicó el reportaje considerado”*⁸³.

De modo que el TC consideró tal indemnización de 25000 pesetas como insuficiente e incongruente, determinando que tal indemnización simbólica *“no satisface las exigencias de motivación derivadas del Derecho a la tutela judicial efectiva en la medida en que versan sobre la reparación de un derecho fundamental vulnerado, el derecho a la intimidad en este caso. Pues el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) incluye el derecho a obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada, fundada en Derecho y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, dado que la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir institucionalizada en el art. 120.3 CE, es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE que permite conocer las razones de la decisión que dichas resoluciones contienen y que*

⁸² STS 776/2000 de 20 de julio, FJ 2º.

⁸³ STC 186/2001 de 17 de septiembre, FJ5º.

posibilita su control mediante el sistema de los recursos”⁸⁴. Resalta el TC el carácter simbólico de la indemnización de 25000 pesetas fijada por el TS, y el que TS se aparta de los criterios establecidos para fijar la indemnización en la previa STS 115/2000 la cual le devolvió las actuaciones⁸⁵.

Por todo ello la STC 17 de noviembre de 2000 finalmente declaró la nulidad de la STS 20 de julio de 2000 y con ello de la indemnización simbólica de 25000 pesetas, concediéndose de nuevo la indemnización que fijó la AP de Barcelona en Sentencia de 12 de enero de 1993, de 10 millones de pesetas.

Caso similar es el de las fotos tomadas a un famoso financiero mientras tomaba el sol en una playa con una mujer. La Audiencia Provincial le concedió indemnización de 20 millones de pesetas, pero el TS en su sentencia 14 de noviembre de 2002 alegando que no hubo intromisión alguna en la intimidad y la propia imagen de la víctima, sentenció que no había de llevarse a cabo indemnización alguna⁸⁶. Sin embargo, al igual que en el caso anterior el demandante recurrió en amparo y el TC⁸⁷ anuló la STS previa pero concediendo la indemnización simbólica de 200 euros⁸⁸. Según el TC tal indemnización se produjo “por los escasos perjuicios provocados al demandante”⁸⁹.

El demandante de nuevo recurrió en Amparo, y el TC concedió de nuevo la indemnización inicial de 20 millones de pesetas otorgada por la AP, pues consideró que “*el TS desconoció los criterios establecidos en la previa STC 83/2002 al resultar la cantidad de 200 euros meramente simbólica frente a los 20 millones de pesetas iniciales, además de insuficiente para reparar el perjuicio derivado de la lesión infringida a los derechos de la intimidad y la propia imagen del demandante que se encuentran protegidos por la CE como «derechos reales y efectivos» (STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 4º), y cuya garantía jurisdiccional no puede convertirse en «un acto meramente ritual o simbólico» (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6º).*”⁹⁰

De modo que podemos observar que la jurisprudencia constitucional en las citadas sentencias y sobre todo a destacar la citada STC 12/1994 en el anterior párrafo, esta contra las indemnizaciones simbólicas.

Considera por tanto el TC, que las indemnizaciones simbólicas se apartan de los criterios establecidos en el Art. 9.3 de la LO 1/82, y no responden a la necesidad de reparación del daño moral que se da en tales casos.

En la STC 23 de octubre de 2006, sobre el caso del financiero fotografiado en la playa, destaca el voto particular de un magistrado según el cual no hubo intromisión ilegítima y

⁸⁴ STC 186/2001 de 17 de septiembre, FJ 6º.

⁸⁵ STC 186/2001 de 17 de septiembre, FJ 7º.

⁸⁶ STS 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997, 9100).

⁸⁷ STC 83/2002 22 de abril.

⁸⁸ STS 1085/2002 de 14 de noviembre, derogada por la STC 22 de abril de 2002

⁸⁹ STC 83/2002 de 22 de abril.

⁹⁰ STC 300/2006 de 23 de octubre, FJ 3º.

por tanto no llegó a haber daño moral a indemnizar, recogiendo en dicho voto la doctrina establecida por el TEDH⁹¹. Tal voto fue formulado por el magistrado Pablo Pérez Tremps.

Consideró el citado magistrado, que no se había producido lesión alguna en la intimidad de la víctima, pero que aún caso de producirse, tal como sus compañeros establecieron, partiendo de que el TC ha sostenido la posibilidad de reparación de lesión con el mero hecho de su declaración⁹² (reparación en forma específica, sin que se llegue a necesitar la indemnización de daños morales pues el daño habrá sido ya reparado) no hubo necesidad de indemnización.

Alegó el mismo magistrado, que Igualmente el TEDH rechaza “*que las vulneraciones del Art. 8 CEDH (Derecho al respeto a la vida privada y familiar) lleven aparejada necesariamente indemnización económica, declarando suficiente en algunos casos como reparación la declaración de la lesión padecida*”⁹³. De modo que el citado magistrado consideró que no había sido erróneo fijar la indemnización en 200 euros en virtud de la valoración de elementos como la capacidad económica del perjudicado (la cual era bastante alta), la trascendencia de las fotos (pues era simples fotos del financiero con una mujer en la playa, nada grave, ni fuera de lo que haría cualquier persona ordinaria e un día soleado) y las circunstancias relativas a la obtención (en lugar público) y difusión de dichas imágenes, se haya apartado de los criterios del Art. 9.3 LO 1/82 y de lo establecido por la previa STC 83/2002, pues la STS impugnada estableció sus razones fundadas para establecer tal indemnización.

He de mencionar aquí también el caso de un ginecólogo defensor del aborto. Debido a tal postura ideológica, sus compañeros hablaron sobre él de modo ofensivo, vulnerando el honor de dicho ginecólogo y siendo indemnizado por sentencia del TS de 23 de febrero de 1989, con una cantidad simbólica de una peseta (lo cual es ridículo en mi opinión).

Todo ello se debió a que estableció el TS que por un lado no se produjo desprestigio ni menoscabo en la reputación profesional del actor, y su posición en cuanto al aborto era de público conocimiento debido a declaraciones por este llevadas a cabo en medios de comunicación, llegando el mismo a provocar reacciones contrarias⁹⁴. Consideró el TS por tanto que el quantum del daño moral se llevó a cabo de manera adecuada en torno a los criterios del 9.3 LO 1/82. Un extraño caso pero cierto, y en el cual depende del punto de vista establecer como simbólica dicha indemnización pues según el TS fue una indemnización correcta y ponderada, pero más bien parece una indemnización simbólica en la cual se reconoce que en efecto ha habido daño moral, el cual no es necesario de reparar, pero el gesto de indemnización confirma la existencia de tal daño... Sin embargo, considero que dicha indemnización puede llegar a suponer una burla a la pretensión del actor.

Las indemnizaciones simbólicas aunque reconozcan la existencia de daño moral, o pretendan reconocer el que se da una intromisión en la que hay daños morales, pero no necesitan ser indemnizados, pueden suponer una burla a la víctima de intromisión, y al

⁹¹ Rechaza el TEDH que las violaciones al Art. 8 CEDH (derecho al respeto a las vidas privada y familiar) lleven necesariamente incluida una indemnización económica.

⁹² STC 189/2004 de 2 de noviembre.

⁹³ STEDH 20 de diciembre de 2005 (TEDH 2005,137).

⁹⁴ STS 23 de febrero de 1989 (RJ 1989/1394), FJ 5º.

mismo tiempo un incentivo para llevar a cabo dichas intromisiones. Ello se debe a que si el infractor es consciente de que apenas tendrá que pagar cantidad indemnizatoria y el resto de medidas que se apliquen no le suponen un gran coste, le será rentable y provechoso violar los derechos de la personalidad del individuo, y no habrá incentivo que le abstenga de llevar a cabo de nuevo ese tipo de violación.

En síntesis se confirman las tesis de que la indemnización simbólica se ha llegado a usar bien para llevar a cabo un gesto reconocedor de daños morales, o bien para completar el resarcimiento de daños morales que en su mayoría fue cumplido por el resto de medidas no pecuniarias del Art. 9.2 LO 1/82. AL tiempo observamos su rechazo por la jurisprudencia constitucional, al suponer en los casos vistos una incorrecta aplicación del Art. 9.2 LO 1/82.

En el Derecho español Martín Casals establece que *“no se reconoce respecto de la indemnización de daños morales, la finalidad primordial de afirmar o reconocer derechos. Si no hay indemnización, es porque no hay daño en el sentido jurídico del que se deba responder; si hay daño, pero no puede ser reparado en forma específica, deberá haber una indemnización, es decir, una compensación pecuniaria”*⁹⁵.

En Francia, respecto de las indemnizaciones simbólicas se dan casos en que las condenas se acercan a casos como los denominados “nominal damages” propios del “*Common Law*”. Por ejemplo, en Francia es muy famosa una Sentencia de 1997 de la Court D’Appelation, por la cual se indemnizó con la cantidad de un franco de indemnización a una famosa actriz

Sin embargo, *“en el Derecho Francés, la función primordial de la indemnización no es reconocer derechos. Si no hay indemnización, es porque no hay daño, en un sentido jurídico del que se deba responder. Ha quedado el asunto zanjado de modo que el juez señale que es en esa cifra nominal en la que se han apreciado los daños producidos y acreditados en el proceso”*⁹⁶.

El TS alemán ha declarado inadmisibile la indemnización simbólica, ello se debe a su carácter de reconocimiento de una lesión de la personalidad, sin un verdadero carácter indemnizatorio⁹⁷

Al tiempo establece el TS, en su sentencia 7 de marzo de 2003 que *el inciso primero del Art 9.3 de la LO1/82 contiene una presunción iuris et de iure que supone una aplicación de la regla in res ipsa loquitur, que descarta las pretensiones sin contenido económico o cuando éste sea meramente simbólico*. De modo que pese a reconocer en su jurisprudencia el TS la presunción iuris et de iure, descarta el TC las indemnizaciones simbólicas en cuanto a maneras de reconocimiento de tal daño moral que se presume y contra el que no cabe prueba alguna.

⁹⁵ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Centenario del CC* vol. 1, O.C Madrid, 1990, p. 1264.

⁹⁶ MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO; *“El resarcimiento por daño moral en España y en Europa”*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 112.

⁹⁷ TS alemán, Sentencia 3 de mayo de 1977 (NJW 1977, 1590, GURG 1978, 194)

6 La apropiación del lucro obtenido ilegítimamente por el intromisor, en relación con la indemnización de daños morales y el artículo 9.2 “d)” de la LO 1/1982.

6.1 Contenido de atribución de los derechos a la intimidad, el honor y la propia imagen:

Repasando de nuevo la redacción del artículo 9.3 de la LO 1/82 podemos observar que la indemnización por daños morales se calculará atendiendo a las “circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, teniendo en cuenta la difusión o audiencia del medio a través del cual se haya producido”.

Ésta es la redacción actual, pero no la originaria del precepto, pues la redacción de este se cambió mediante la LO 5/2010 de 22 de junio, por la cual se ha modificado la LO 10/1995 del Código Penal. Previamente a dicha reforma se incluía otro criterio para determinar la indemnización por daños morales establecida en el Art. 9.3 de la LO 1/82, se trataba del “lucro obtenido por el perjudicado mediante la intromisión”.

Anteriormente a la reforma de 2010 *“al relacionar las indemnizaciones del daño moral, con el beneficio obtenido por el infractor, se introducían elementos de confusión, pues no se estaba indemnizando un perjuicio, sino restituyendo un enriquecimiento, lo cual es cosa bien distinta”*⁹⁸.

Actualmente dicho criterio del lucro obtenido por el perjudicado no es criterio de cálculo de la indemnización de daños morales en el 9.3, pero sin embargo dicho criterio ha ido a parar al artículo 9.2 de la LO 1/82, de modo que ahora la redacción de tal precepto establece en varios apartados que la tutela judicial que tenga como causa la intromisión en la intimidad, honor o propia imagen del individuo, tendrá como objeto:

- A) las medidas necesarias para prevenir posteriores intromisiones, así como restablecimiento del perjudicado en sus derechos con la declaración de intromisión ilegítima, cese de la misma...
- B) Todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión legítima.
- C) la indemnización de daños y perjuicios causados.
- D) La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Es el apartado “D)” de dicho artículo el que nos interesa, en cual podemos observar que dentro de la tutela judicial reclamada contra intromisiones en la intimidad, honor y/o propia imagen se incluirán todas las medidas necesarias para llevar a cabo esa apropiación del lucro obtenido por el perjudicado mediante la intromisión. Observamos

⁹⁸ DÍEZ-PICAZO; *El escándalo del daño moral*, Civitas, Madrid, 2008, p. 82.

que se contempla en dicho artículo como una medida pecuniaria además de la indemnización por daños y perjuicios.

El objeto de este trabajo es la ganancia pecuniaria obtenida por el individuo víctima de intromisiones en su intimidad, honor y propia imagen, que tenga como causa las mismas, abarcando por tanto la indemnización por daños morales y la apropiación de lucro obtenido por el infractor.

Llegado a este punto, podemos observar que con dicha intromisión se da la posibilidad de generarse una ganancia económica por el perjudicado, consistente en el beneficio obtenido por el infractor a costa de su intromisión caso de que haya obtenido lucro. Este criterio, hasta la reforma de 2010 se tenía en cuenta para calcular la indemnización, y como hemos visto, hoy es uno de los fines de la tutela judicial de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen debida a intromisiones ilegítimas en estos, junto con la indemnización por daño moral, de modo que considero que dichas ganancias han de tenerse en cuenta en este estudio.

Lo que pretendo aclarar son las causas de obtención por la víctima del lucro obtenido por el intromisor, qué justificación trae tal apropiación, pues al tiempo si analizamos el asunto detenidamente podríamos llegar a la conclusión de que se trata de un enriquecimiento injusto por parte de la víctima de intromisión, a costa del enriquecimiento injusto del infractor.

Pongámonos en el supuesto de que la intromisión queda reparada totalmente mediante la declaración de la misma y su orden de cese, y en su caso mediante la indemnización de daños y perjuicios, ahora lo que nos hemos de preguntar es: ¿Qué causa trae el apropiamiento por el perjudicado del beneficio obtenido por el infractor mediante la intromisión? ¿Se trata de un enriquecimiento injustificado por parte de la víctima? ¿En qué se fundamenta dicho lucro? ¿Por qué ha de ser tal apropiación de beneficio obtenido por el infractor una de las causas de la tutela judicial por intromisión en dichos derechos? Por tanto la cuestión a tratar en este apartado es qué argumentos justifican y qué argumentos están en contra del apartado “d)” de la LO 1/82.

Tomaré la base de la denominada “*teoría de los derechos de la personalidad*”⁹⁹, la cual parte del reconocimiento de unos derechos subjetivos absolutos del individuo sobre unos determinados atributos de su personalidad. Ello a fin de articular un sistema de remedios de reintegración del derecho subjetivo lesionado y facilitar una tutela resarcitoria del daño ocasionado en aquellos atributos.

En nuestro ordenamiento la protección jurídica de los derechos de la personalidad incorporeal (intimidad, honor y propia imagen) se articula desde el Art. 18.1 CE

⁹⁹ Los orígenes de dicha teoría se encuentran en las sucesivas clasificaciones de los derechos sobre los bienes inmateriales de finales del s. xix en las obras de los juristas alemanes Carl Gareis (1844-1923), Otto von Gierke (1841-1921) y Josef Kohler (1849-1919); y ello, bajo la pretensión de concebir una categoría idónea para dar respuesta, bajo la estructura de un derecho subjetivo que tiene por objeto un bien de naturaleza inmaterial, a los ya frecuentes casos jurisprudenciales de explotación comercial no autorizada de los rasgos distintivos de la personalidad ajena; y, de esta manera, bajo la pretensión de concebir una institución equilibrada en la tensión entre intereses personales y patrimoniales en un contexto claramente económico y competitivo.

(reconocimiento y garantía de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen) y la LO 1/82 (de regulación de tales derechos), bajo la técnica del derecho subjetivo.

Si consideramos los derechos a la intimidad, honor y propia imagen, como idóneos para una tutela judicial, la cual pretenda obtener el beneficio injustificado que haya conseguido el infractor mediante intromisión ilegítima en tales derechos, se estarán considerando tales derechos como derechos subjetivos absolutos con contenido de atribución.

Al considerar los derechos al honor, intimidad y propia imagen, como derechos absolutos con contenido de atribución, de ello se desprende la asignación a su titular de un bien en exclusiva, tal que debido a la posición jurídica que ello le otorga, puede exigir a los demás que el mismo no haya autorizado, o que no lo estén mediante norma jurídica, abstenerse de actuar en los ámbitos abarcados por tales derechos absolutos (honor, intimidad y propia imagen en este caso).

En consecuencia, el reconocimiento de un derecho absoluto implica la asignación a su titular de todos los rendimientos derivados de su ejercicio, de manera que si los atributos de la personalidad que configuran el objeto de estos derechos absolutos adquieren un valor económico, o generan unos rendimientos como consecuencia de tal valor, estos corresponderán de manera exclusiva al titular del derecho.

Es decir, lo que aquí se está pretendiendo es la adquisición de un valor económico por parte del contenido de los derechos al honor, intimidad y propia imagen. Sin embargo, es tarea del legislador la determinación del contenido de los derechos de la personalidad, y por tanto de la existencia de contenido económico de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen, y si admite dicho contenido, las vías de explotación del mismo.

Por tanto lo que se pretende dar a entender es que la existencia en un ordenamiento jurídico de derechos absolutos (de modo que su titular adquiera una posición exclusiva de explotación del contenido de los mismos, caso de que tal ordenamiento jurídico reconozca tal contenido), implica una pretensión de restitución del enriquecimiento injusto obtenido por un tercero al explotar el contenido de tales derechos al honor intimidad y/o propia imagen (al haber llevado ese tercero a cabo tal explotación, sin autorización del titular de tales derechos, y a falta de esta no habiéndolo hecho bajo el amparo de norma jurídica alguna), de manera que como establecen Díez Picazo/Gullón *“el hecho de que se traten (los derechos a la intimidad honor y propia imagen) de derechos absolutos determina, además, que los beneficios obtenidos de una indebida invasión o lesión de derechos de la personalidad han de ser considerados como enriquecimiento injustificado y se debe al titular de los derechos la restitución de lucros... Y puede y debe entenderse que toda intromisión indebida o ilegítima en el ejercicio de un derecho de carácter absoluto, y en especial el indebido ejercicio por otro del ius fruendi (derecho a frutos), debe dar lugar a una conditio o acción de enriquecimiento”*¹⁰⁰

Ha afirmado Díez Picazo que *“existe contenido de atribución explotable económicamente caso de que la atribución del derecho tenga como finalidad garantizar el aprovechamiento de los lucros por existir algún tipo de mercado (p. ej., derecho a la imagen), pero en cambio, no existe tal posibilidad de explotación económica del*

¹⁰⁰ DÍEZ PICAZO, L /GULLÓN; *Sistema de Derecho Civil* II, 9ª. Ed, Tecnos,. Madrid, 2003.

contenido del derecho cuando (p. ej., derecho al honor) este no puede ser objeto de lícito comercio. En tal caso, la intromisión sólo genera una indemnización del daño”¹⁰¹.

Sin embargo en nuestra doctrina hay opiniones discordantes, pues por ejemplo al contrario que Díez Picazo, Igartúa considera que los derechos de la personalidad incorporeales (intimidad, honor y propia imagen) carecen de contenido de atribución, pues “*solo tienen contenido negativo o de protección*”¹⁰². De modo que no hay rendimiento económico alguno explotable en el caso de tales derechos, y por ello no habrá según este autor posibilidad alguna de apropiación del beneficio obtenido por el causante de la intromisión.

Sin embargo Basozábal¹⁰³ entiende que “*no puede considerarse social ni jurídicamente ilícito que una persona disponga de los bienes de su personalidad, de modo que los bienes de la personalidad se convierten en objetos sobre los que sus respectivos titulares tienen reservadas plenas facultades excluyentes de explotación*”, pero excluyendo aquellas publicaciones amparadas por la libertades de expresión e información y el derecho al honor. Al tiempo considera el misma autor que “*no resultaría muy coherente que el ordenamiento jurídico hiciera restituir el precio de un bien que carece de mercado lícito y «porque el ordenamiento jurídico no permite concebir la reintegración económica de un bien indisponible*”¹⁰⁴”.

Por tanto, dentro de nuestra doctrina podemos observar diferentes posiciones, entre autores que consideran que los derechos de la personalidad bajo ningún concepto tienen un contenido explotable económicamente, y con ello no es posible obtener rendimiento económico alguno de su explotación indebida por terceros, y autores que consideran que si existe tal contenido económico explotable, pero excluyendo el derecho al honor, pues es considerado como indisponible en el comercio, de modo que observamos que el criterio central está siendo que exista un tipo de mercado en que esos derechos sean susceptibles de explotación económica.

6.2 Criterio de Mercado lícito:

A costa de los ejemplos anteriores, considero que el criterio de mercado existente o posible en torno a la explotación de un derecho de la personalidad, para determinar la cantidad dineraria de una pretensión de enriquecimiento injusto, contra el infractor, es un criterio el cual puede tener fallos, concretamente respecto del derecho al honor, pues se trata este, en principio, de un derecho indisponible para la comercialización de su contenido.

¹⁰¹ DÍEZ PICAZO, L.; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

¹⁰² IGARTÚA ARREGUI, F.; TESIS DOCTORAL; *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Universidad Autónoma de Madrid, 1986. p 26.

¹⁰³ XABIER BASOZÁBAL ARRUE; *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998. ps. 169-171.

¹⁰⁴ XABIER BASOZÁBAL ARRUE; *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1998. p 172.

La existencia de mercado lícito puede servir como guía de fijación del precio de explotación de derechos como son la intimidad (por ejemplo pago por obtención de datos íntimos y revelación de estos en publicación), o la propia imagen (pago por obtención y/publicación de imágenes del sujeto).

A continuación expondré algunos ejemplos de aplicación del criterio de mercado lícito:

Para empezar, respecto del derecho a la intimidad utilizaré el famoso caso ya mencionado, resuelto por la STC 186/2001 de revelación de datos privados (intromisión en la intimidad) por la niñera contratada por Isabel Preysler. La niñera reveló datos privados de la citada famosa que fueron revelados por una revista sin autorización de la misma. Isabel Preysler podría haber autorizado a su niñera a la revelación de tales datos a cambio de un precio, precio a determinar en torno a cuanto se cobran en el mercado las autorizaciones para revelación de datos personales, correspondientes al ámbito de la intimidad de la persona.

Otro ejemplo, en este caso respecto del derecho a la propia imagen es el conocido caso de una niña con deficiencias auditivas, resuelto por la STS 13 de julio de 2006. Se debió la publicación en “La Opinión de Murcia” de un reportaje con el título “Discapacitados”, en que se publicó la imagen de una menor discapacitada en su centro escolar sin consentimiento de los padres, aunque obtenida de estos. En este caso también hay un mercado por obtención y/o permiso de publicación de imágenes, en torno al cual se podría establecer el precio de la autorización que la revista hubo de pagar por obtención de la citada foto.

En cuanto al honor, este es normalmente considerado un derecho indisponible, pero *no “resulta acertado excluir la indisponibilidad de este derecho, en el sentido de negar la facultad del titular de consentir o autorizar conductas que de otra manera serían consideradas como atentatorias contra el derecho al honor del sujeto”*¹⁰⁵, el ejemplo del pago por la publicación de determinados datos, tal que el demandante confirma que esos datos no atentan contra su honor, mediante la simple autorización o verificación de su permiso de publicación podría llegar a considerarse un caso de aplicación del criterio de mercado lícito para la obtención de un precio de explotación del contenido del derecho al honor del individuo, e incluso podría darse un mercado en el cual se ponga a la venta el contenido explotable del derecho al honor del individuo, la cuestión es si dicho mercado debiera o no ser usado por los tribunales como referencia.

Pongamos como ejemplos de la vida real dos casos, empezando por el caso de la falsa orgía de los jugadores del Barça, resuelto por la SJPI de Barcelona Número 43, de febrero de 2003. El caso se debió a que en una cadena de televisión se dio la noticia, cuyo contenido no se consiguió demostrar como veraz, de que ciertos jugadores del equipo de fútbol habían celebrado una orgía sexual en un hotel de Madrid la noche antes de un partido oficial. En este caso no entra dentro de la razón un mercado de autorizaciones por las que los titulares del derecho al honor acepten una difamación a cambio de un precio, ¿o si es razonable que exista tal mercado?

¹⁰⁵ CARLES VENDRELL CERVANTES; *“La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”*, *Anuario de Derecho Civil*, Julio 2012 p. 1135.

Tal mercado de difusión de noticias no veraces u ofensivas puede existir, más bien existe, por mucho que neguemos pero no es usual. Ejemplo de ese inusual mercado es el caso “Ramoncín”, resuelto por la SJPI Madrid número 44 de 13 de septiembre de 2007. El caso es debido a que se publicaron en una página web diversas manifestaciones difamatorias contra el mismo. El titular de tal página web ofreció al cantante dinero a cambio de no interponer demanda, pues se generaban grandes ingresos a base del establecimiento de un foro en torno a tales publicaciones. Este es un ejemplo de que puede existir tal mercado de manera inusual. Desde mi punto de vista es inmoral usar tal mercado como referente, ya que se estaría pretendiendo la normalidad de la disposición de un derecho tan fundamental como el honor a cambio de dinero, si en torno a la autonomía privada (1255 CC) pudieran los Tribunales no declarar ilegal un acuerdo de ese tipo y llegar a usarlo como referente para casos posteriores.

Por tanto, se concluye aquí *“que mediante la caracterización de los derechos de la personalidad inmateriales (honor, intimidad y propia imagen) como derechos absolutos con contenido de atribución (el cual puede ser objeto de prestación económica), puede quedar justificada la acción de enriquecimiento injusto, para reclamar el beneficio obtenido por el infractor de los derechos al honor, intimidad y/o propia imagen, mediante dicha intromisión”*.¹⁰⁶ Dicha acción no solo queda justificada sino que como observamos en el Art. 9.2 LO 1/82 está recogida en ley, siendo antes confundida con la responsabilidad.

Por tanto es esencial el criterio de “mercado usual y razonable” en cuanto a la determinación del precio de explotación de tales derechos, pero hemos de tener muy en cuenta que el nacimiento de la discutida pretensión restitutoria está ligado a la existencia de intromisión ilegítima, pues la invocación de la tutela judicial para los fines previstos en el artículo 9.2 de la LO 1/82, se debe a intromisión ilegítima en el honor, intimidad o propia imagen del sujeto.

6.3 Enriquecimiento injusto por la víctima de intromisión en sus derechos al honor, intimidad y/o propia imagen:

Mediante la acción por enriquecimiento injusto del Art. 9.2 d) de la LO 1/82, (apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos), si interpretamos el artículo literalmente, se obtendrían todas las ganancias conseguidas por el infractor mediante su conducta de vulneración de la intimidad, honor o propia imagen de la víctima. Esta opción está profundamente extendida y aceptada entre la doctrina y jurisprudencia, de modo que si partimos del criterio de derechos de la personalidad inmateriales como derechos absolutos cuyo contenido es susceptible de explotación económica, corresponden al titular del derecho las ganancias obtenidas por el infractor. Se considera por esta tesis que el enriquecimiento mediante la intromisión en los derechos

¹⁰⁶ CARLES VENDRELL CERVANTES; *“La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”*, *Anuario de Derecho Civil*, Julio 2012 p., 1149.

a la intimidad/honor o propia imagen, consiste en un enriquecimiento injusto que ha de ser reembolsado a su legítimo titular.

Otra vía de justificación de tal apartado “d)” del artículo 9.2 de la LO 1/82 es la utilidad de remedio para retirar las ganancias al autor de un ilícito, tal que las ganancias obtenidas de la explotación de los derechos al honor/intimidad/propia imagen de otra persona deban ser extraídas del patrimonio del intromisor. De que dichas ganancias hayan de ser reintegradas en el patrimonio del titular de los derechos violados.

Sin embargo, he aquí la parte negativa de la apropiación por la víctima de intromisión en su honor/intimidad/propia imagen del obtenido por el infractor mediante la intromisión. La cuestión es que mediante tal apropiación, se estará en muchas ocasiones obteniendo una cantidad dineraria superior a la necesaria para reparar el daño causado, razón por la cual tiene lógica que se excluyera el criterio del beneficio obtenido por el infractor, para el cálculo de la indemnización por daños morales del Art. 9.3 de la LO 1/82, pues si esta cantidad forma parte de la indemnización por daños morales se podrá llegar a estar obteniendo un beneficio más allá del necesario para la reparación del daño causado.

El contraargumento por tanto aquí presente contra el apartado “d)” del Artículo 9.2 de la LO 1/82 es la injusticia de enriquecer a un difamado simplemente por el hecho de serlo, obteniéndose un enriquecimiento injusto (por la víctima de intromisión en sus derechos de la personalidad) con causa en otro enriquecimiento injusto (este último el del infractor de la intimidad, honor y/o propia imagen ajenos). Esta cuantía obtenida mediante la apropiación del beneficio obtenido por el infractor es defendida por diversos autores como necesaria para disuadir a tal infractor de volver a llevar a cabo el mismo tipo de actos, evitando así su enriquecimiento, pues no le saldrá rentable. Por esta tesis la víctima estará resultando enriquecida al castigarse al infractor mediante el pago a esta de las ganancias obtenidas, pero podrá darse un enriquecimiento de la víctima solo por el hecho de disuadir al infractor y a otras personas de llegar en el futuro a cometer actos de ese tipo.

Como ya dije hay autores que defienden esta tesis, pues según Wagner “*se trata de un dilema entre el enriquecimiento del agente del daño o el enriquecimiento de la víctima, siendo preferible la última opción*”, prefiriendo por así decirlo un mal menor a fin de prevenir uno mayor, sin embargo hay otros como Salvador Coderch o Castiñeira Palou que consideran que “*es parcialmente razonable que tal ganancia pueda revertir de alguna manera en la Hacienda Pública, haciendo al erario público partícipe de parte de la cuantía, pero no del total pues se dejaría al actor potencial sin estímulo alguno para litigar*”¹⁰⁷. (La obra es anterior a la reforma, por lo que hemos de ser cautos en cuanto a esta interpretación, pero daré por hecho que tal opinión de estos dos últimos autores se extiende a la reforma misma, pues la víctima de intromisión en sus derechos a la intimidad, honor y/o propia imagen, sigue apropiándose del lucro obtenido por el infractor, solo que este ya no forma parte de la indemnización de daños morales, sino que se obtiene en virtud del Art. 9.2 d) LO 1/1982 por parte de la víctima)

¹⁰⁷ SALVADOR CODERCH, P./CASTIÑEIRA PALOU; *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997. P 168.

Hacer a la Hacienda Pública benefactora de una buena parte del beneficio por el infractor puede ser una buena solución, pues se evita el enriquecimiento injusto por la víctima y al tiempo se disuade al infractor o futuros infractores enriqueciendo las arcas públicas.

Algunos autores como Pantaleón, consideran aquí como más apropiada la vía penal, es decir, a fin de disuadir al intromisor o castigar a este, imponer una multa tal que tenga que pagar como causa de la misma el beneficio obtenido mediante la intromisión o al menos una cantidad que le disuada evitando que tal intromisión le resulte rentable. La vía penal es probablemente la más apropiada para disuadir a infractores o infractores en potencia de atentar contra los al honor, intimidad o propia imagen del prójimo. Pero dentro de la vía penal, puede establecerse una pena bien pública o bien privada (hacer referencia a Pantaleón Prieto en cuanto a la pena privada). Hay autores como Barrientos Zamorano que están en contra de la segunda pues *“la indemnización por daño moral no es una pena privada, ya que la culpa es el fundamento que le da origen”*¹⁰⁸.

Pantaleón es sin duda quien más se ha negado a admitir la posibilidad de atribuir a las normas de responsabilidad civil otro fin diferente al resarcitorio, señalando que *“las normas de responsabilidad civil tienen una función, preventivo normativa por ley, absolutamente desconectada de que si la obligación de reparar los daños causados pueda de facto inducir a los sujetos a comportarse de forma responsable, incentivando a la prevención de daños”*. De modo que según dicho autor, caso de imponer medidas para disuadir al autor del daño a los derechos a la intimidad, honor y/o propia imagen del individuo, tales medidas de disuasión han de formar parte de la vía penal, y nunca quedar comprendidas dentro de la responsabilidad civil, y por ello la apropiación del lucro obtenido por el intromisor, contemplada en el Art. 9.2 LO 1/1982, no ha de tener por objeto castigar al infractor ni disuadir a infractores potenciales¹⁰⁹.

Existen opciones intermedias mediante acción civil, consistentes por ejemplo como ya mencioné en la *“apropiación por Hacienda de parte del beneficio (aunque en este caso podría seguir habiendo enriquecimiento injustificado por la víctima de intromisión), mediante una acción “sui generis” ni compensatoria ni restitutoria, o la pretensión de retirada de ganancias establecida en el Art. 10 de la Ley de Competencia Alemana, reconcomiendo según Salvador Castiñeira que debiera superarse su obstáculo mediante el ejercicio de la misma por el Ministerio Fiscal con base en el Art. 249.1 2ª LEC (Será el Ministerio Fiscal parte en los procesos civiles contra la intimidad, honor y propia imagen)”*.¹¹⁰

La pretensión restitutoria consiste en reponer al sujeto en aquello que le corresponde en ejercicio de sus derechos según el ordenamiento jurídico, no consiste en una medida sancionadora, por ello que choca la tesis de que sirva para disuadir al infractor, pues de nuevo reitero esa sería una función más propia del Derecho Penal. Se trata de una función

¹⁰⁸ MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO; *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 53.

¹⁰⁹ PANTALEÓN PRIETO, *Del Concepto de daño*; Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1981, ps. 742-818.

¹¹⁰ CARLES VENDRELL CERVANTES; *“La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”*, *Anuario de Derecho Civil*, Julio 2012 p. 1147.

reparadora o resarcitoria de la responsabilidad, pero el enriquecimiento ya se ha desligado de este concepto. No pretende por tanto enriquecer al sujeto, sino compensarle.

Previamente a la ya citada reforma de 2010, reconoció la jurisprudencia en cuanto al criterio del beneficio obtenido por el infractor para el cálculo de la indemnización que no era su función (especialmente revistas, programas de televisión etc, de carácter sensacionalista), en cuanto al infractor, disuadirle, sino evitar su enriquecimiento injusto pues *“independientemente de que pueda alentarle o no en el futuro a seguir la misma línea de conducta, factor este que no puede ser tenido en cuenta, toda vez que la indemnización acordada carece de carácter sancionatorio, sino simplemente reparador del daño moral ocasionado, evite la consecución por parte del infractor de un enriquecimiento injusto, al que priva de título la ilicitud, siquiera sea civil, de la intromisión efectuada”, de modo que la indemnización no es una sanción, sino que lo que pretende es por un lado tanto impedir el enriquecimiento injusto del infractor como reparar el daño moral causado, y se tiene en cuenta el beneficio del infractor para ello, es decir para evitar el enriquecimiento injusto del demandado y reparar el daño, al obtener beneficio económico mediante la intromisión tal demandado”*¹¹¹, y esa era la función del criterio del beneficio obtenido por el infractor, es decir, impedir el enriquecimiento injusto de este y reparar el daño causado al actor.

Por tanto, la función de la pretensión restitutoria es reparar el daño y reintegrar en el patrimonio del sujeto víctima de la intromisión aquello que el ordenamiento jurídico le atribuye en exclusiva, es decir los rendimientos de la explotación de sus derechos al honor, intimidad y propia imagen, *“lo que en la actualidad persigue el derecho es liberar a la víctima, se busca en la medida de lo posible, dejarla en la situación anterior al daño irrogado”*¹¹².

Sin embargo hemos de ver esto desde la perspectiva de que el tercero que obtiene ganancias a costa de explotar de forma no autorizada un derecho ajeno, no usurpa las ganancias, sino que lo que usurpa al titular del derecho es la posibilidad de obtenerlas. Tengamos en cuenta que las ganancias se han obtenido mediante la explotación del contenido de derecho ajeno, pero las ha obtenido el intromisor, mediante una explotación ilegítima. Sin embargo las ha obtenido el y no la persona víctima de intrusión en sus derechos al honor, intimidad y/o propia imagen, por lo que surge aquí la posibilidad de que lo que realmente se usurpa al titular de los derechos no es la ganancia, sino que es el valor de uso del derecho en que se ha llevado a cabo la intrusión para obtener dichos beneficios, pues *“La ganancia es el resultado de un proceso mucho más complejo que el simple ejercicio de la facultad usurpada e incluye el desarrollo de otras facultades propias, como son el esfuerzo, la iniciativa, la asunción de riesgo, la estrategia y la pericia de aquel que pretende obtenerla. El titular de la cosa solo tiene derecho a exigir*

¹¹¹ STS 7 de diciembre de 1995.

¹¹² MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO; *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, p. 53.

*el precio de la licencia de explotación de la cosa, y no la ganancia del intromisor, porque solo aquella le corresponde como valor de intromisión de su derecho.*¹¹³

Por tanto, si partimos de la perspectiva de que en efecto, el esfuerzo de la ganancia, por muy ilegal que sea, proviene de las actividades llevadas a cabo por el intromisor, lo que en efecto se habrá de reintegrar es el precio de uso de los derechos violados para obtener tal ganancia, y no la ganancia completa que resulta de una interpretación literal del apartado d) del Art. 9.2 de la LO 1/82.

Sin embargo, existe otra tesis, consistente en que las ganancias obtenidas por el intromisor, son un fruto de la explotación de los derechos al honor, intimidad y/o propia imagen ajenos, con lo que tales ganancias son frutos de tal explotación, frutos que como tal corresponden al titular del derecho ello en base al artículo 353 del CC (La propiedad de los bienes da derecho por accesión a todo lo que ellos producen).

En el derecho español se defiende el que la obligación de restituir el enriquecimiento abarque más allá del valor de uso del derecho en base a el dolo o culpa grave del intromisor, es decir en caso de más grave infracción por la acción o inacción de este, mayor valor tendrá que restituir, en base al Art. 455 del CC (“El poseedor de mala fe abonará los frutos percibidos y los que el poseedor legítimo hubiera podido percibir, y sólo tendrá derecho a ser reintegrado de los gastos necesarios hechos para la conservación de la cosa”) mediante interpretación al caso de la obligación de restituir los frutos percibidos, se equiparan los frutos percibidos al valor de goce de la cosa usurpada. Pudiendo, por tanto, como establece Basozábal, en base a la mala fe del usurpador del derecho, considerar excepcionalmente “los frutos percibidos” como la ganancia neta obtenida por el intromisor, y no el valor de uso del derecho de que se trata, y considerándose que las ganancias de la intromisión son percibidas por el infractor y este solo ha de abonar el valor de uso del derecho en caso de ser usurpador de buena fe, y se pruebe que no hay mala fe por parte de este. Parece razonable entender que un infractor actúa generalmente de mala fe al vulnerar el derecho al honor, intimidad y propia imagen de otro.

Sobre la base de todo lo dicho hasta ahora, lo que pretende la indemnización de daños morales es reparar el daño causado. El criterio del beneficio obtenido por el intromisor, a la hora de calcular dicha indemnización, fue extraído del Art. 9.3 de la LO1/82 por reforma de 2010 y pasó a ser la apropiación del beneficio obtenido por el infractor, una de las causas de invocación de la tutela judicial respecto a intromisiones en la intimidad, honor y propia imagen. La cuestión es si en efecto a costa de la intromisión tiene la víctima de la misma derecho el enriquecimiento injusto obtenido por el infractor, o simplemente puede reclamar el valor de uso de los derechos por los cuales se obtuvo tal beneficio tales diferentes opciones son justificadas y criticadas por las tesis hasta ahora expuestas.

Solo el titular de los derechos a la intimidad, honor y/o propia imagen tiene derecho a su rendimiento económico o al precio de explotación de los mismos.

¹¹³ XABIER BASOZÁBAL ARRUE; *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998. p. 92.

La cuestión y lo fundamental es que no se produzca un enriquecimiento injustificado mediante tal acción de enriquecimiento injustificado por parte de la víctima de intromisión en sus derechos al honor, intimidad y/o propia imagen, pues el hecho de ser víctima no justifica el enriquecimiento sin otra causa. En cuanto a una finalidad punitiva o disuasoria, esa no es la función principal de tal acción de enriquecimiento injusto, y si es eso lo que se persigue mediante ello, se puede llegar como ya dije a un enriquecimiento injusto de la víctima mediante el enriquecimiento injusto del intromisor

“La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen, completa de forma coherente y razonable, el conjunto de pretensiones derivadas de la intromisión ilegítima en su ámbito de protección [acciones inhibitorias (cesación y prohibición), de remoción e indemnizatorias]. Por ello, resulta compatible con todas ellas, sin perjuicio de la necesidad de reducir la cuantía debida en concepto de enriquecimiento y en concepto de indemnización en determinados casos. Además, su admisión y desarrollo podría contribuir, adecuadamente, a superar la irracionalidad e imprevisibilidad en la concesión de indemnizaciones por el daño moral en este ámbito”¹¹⁴.

7 Indemnizaciones por protección post-mortem de los derechos de la personalidad:

7.1 Pervivencia post-mortem de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen y de acciones indemnizatorias.

Una vez ha muerto el sujeto titular de los derechos al honor, intimidad y propia imagen en cuestión, surge la cuestión de si tales derechos de la personalidad se extinguen, o por el contrario tales derechos persisten en el tiempo. De modo que podrá existir una causa por la que reclamar indemnización por lesión de dichos derechos, si tales derechos han pervivido, pues en principio, no habrá indemnización si no hay intromisión alguna. Cuestión diferente es que mediante ofensa a la memoria del fallecido se lesionen los derechos al honor, intimidad o propia imagen de los parientes o personas afines a dicha persona fallecida.

¹¹⁴ CARLES VENDRELL CERVANTES; “La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, *Anuario de Derecho Civil*, Julio 2012 ps. 1185-1186.

Veremos el asunto desde la perspectiva de los siguientes casos:

Comenzaremos por el caso de la muerte del torero “Paquirri”, cuya controversia se debió a un reportaje publicado por cierta editorial en el que se veía tanto el momento de la cogida mortal del torero por el toro, y los últimos momentos del primero en la enfermería de la plaza, rodeado por su familia. Estableció el TC que *“Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el art. 18 de la C.E. aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados sin duda de la «dignidad de la persona», que reconoce el art. 10 de la C.E., y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario -según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo... Ahora bien, una vez fallecido el titular de esos derechos, y extinguida su personalidad -según determina el art. 32 del Código Civil: «La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas»- lógicamente desaparece también el mismo objeto de la protección constitucional, que está encaminada a garantizar, como dijimos un ámbito vital reservado, que con la muerte deviene inexistente. Por consiguiente, si se mantienen acciones de protección civil (encaminadas, como en el presente caso, a la obtención de una indemnización) en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo”¹¹⁵.*

Por tanto, en ese caso el TC determinó que con la muerte del sujeto se extinguen sus derechos de la personalidad, en base al Art. 32 Del CC, pero se mantienen las acciones de protección civil a fin de obtener indemnización.

Sin embargo en cuanto a que se puedan lesionar los derechos al honor, intimidad y propia imagen de familiares o personas afines al difunto, estableció en el citado caso el TC que *“si se invocan derechos (a la intimidad personal y familiar) cuyo titular no es ya exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia, «afectada en su dolor e intimidad», viene a mantenerse que esa intimidad no sólo es propia del directamente afectado, sino que, por su repercusión moral, es también un derecho de sus familiares.*

Pues bien, en esos términos, debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del art. 18 de la C.E. protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión; pero al menos, no cabe dudar que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho -propio, y no ajeno- a la intimidad, constitucionalmente protegible¹¹⁶”. De

¹¹⁵ STC 231/1988 de 2 de diciembre, FJ 3º.

¹¹⁶ STC 231/1988 de 2 de diciembre, FJ 4º.

modo que aunque desaparezcan los derechos de la personalidad del fallecido (eso sí, maniéndose las correspondientes acciones de protección civil a fin de obtener indemnización), pueden darse acciones de protección de los derechos de la personalidad bien de familiares, o puede que incluso se extendiera la protección a personas afines al fallecido, pues mediante la vulneración de los derechos de la intimidad, honor y propia imagen del fallecido se vulneran también los de ciertos familiares o personas afines al difunto.

Por tanto, puede interponer acción de protección de los derechos al honor, la intimidad o propia imagen quien se ve legitimado en virtud de tales derechos, pero ¿qué hay de aquellos que no están legitimados pero sin embargo ostentan un interés legítimo en el asunto? Pongamos el ejemplo de la STC 214/1991, en la cual se reconoció la vulneración del derecho al honor del pueblo judío debido a declaraciones que negaban la existencia del holocausto y el exterminio que en el mismo se produjo, admitiéndose la interposición de acción de protección del honor (el honor del pueblo judío en este caso) a una miembro de la comunidad judía, debido al interés legítimo que esta ostentaba como tal.

Por tanto en cuanto a la intromisión en los derechos de la personalidad de una persona fallecida, puede interponer acción de protección de los mismos no solo alguien que ostente la cualidad de legitimado, sino también toda persona que ostente un interés legítimo para obtener el restablecimiento del derecho que se trate, pero careciendo el recurso de la protección constitucional que se le daría a tales derechos en caso de que la persona o personas cuyos derechos hayan sido vulnerados siga con vida.

En la citada STC 214/1991, en que se reconoció la acción de protección al honor de la comunidad judía, ya que la demandante poseía un interés legítimo en el asunto dada su condición, se aplicó y desarrolló por primera vez el Derecho a la intimidad familiar, y tomada en su sentido estricto podría interpretarse que la memoria de la defensa del fallecido prevista en la L.O 1/82 está más bien encaminada a la transmisión de un Derecho de contenido patrimonial “La explotación Comercial de los derechos de la personalidad de una persona fallecida”, o la indemnización que en su caso pudiere corresponder, pero no está encaminada a defender un residuo de los Derechos de la Personalidad, asegurando a título post-mortem la defensa de una personalidad que no puede actuar por sí misma.

A partir de dicha doctrina se entendió que la protección de los Derechos de la personalidad de las personas fallecidas queda relegada a las vías jurisdiccionales ordinarias, al desaparecer el carácter de Derechos Fundamentales con la muerte del sujeto.

Por tanto hasta ahora hemos visto que, los derechos de la personalidad mueren con el fallecido, pero sin embargo persisten las acciones civiles a fin de obtener indemnización por persona diferente al titular de tales derechos, pero mediante las vías ordinarias de jurisdicción y fuera del área de protección de los derechos fundamentales. También hemos visto que la protección de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de una persona fallecida puede extenderse a otras personas que se vean afectadas por una intromisión en tales derechos. Por otro lado también puede invocar la protección de los derechos de la personalidad de personas fallecidas quien acredite interés legítimo aunque no esté legitimado, pero sin aplicarse la protección constitucional que tendrán tales derechos caso de que la persona titular estuviera viva y reclamara tal protección, y que la

protección de los derechos de la personalidad de persona fallecida está realmente encaminada a la explotación comercial de los mismos o indemnización que debiere corresponder.

Sin embargo, se dio un giro radical a parte de las conclusiones hasta aquí extraídas, cambio que fue impulsado también por nuestra propia jurisprudencia constitucional.

Tal cambio se dejó ver en las STCs 43/2004 y 51/2008, dando lugar a una relectura de la regulación establecida en la LO 1/82, y dando un giro no absoluto pero si de consideración en cuanto a la extinción de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de un individuo con causa de su muerte.

La STC 231/1988 estableció la extinción de los derechos en cuestión con la muerte del fallecido, aunque se conserven las acciones civiles por indemnizaciones correspondientes (pero sin llevarse a cabo tales pretensiones contando con las garantías constitucionales de tales derechos de la personalidad cuando el individuo vivía).

La STC 43/2004 se dictó debido a la defensa por parte de los hijos, en cuanto al honor de su padre, cuestionado en un documental emitido por la televisión catalana debido a los comentarios en este dichos, teniendo causa la participación de dicho padre en un Consejo de Guerra celebrado en Burgos en 1973 en el cual se sentenció a muerte al político catalán Manuel Carrasco i Formiguera y La STC 51/2008 se debe a un pleito entablado por la viuda de una persona fallecida once años antes de una publicación de 1996, de un libro del escritor Manuel Vicent, debido a que uno de sus fragmentos constituía una intromisión en el honor e intimidad de su difunto marido.

En ambas sentencias el TC desestimó el amparo solicitado, pues en la primera se considera que la libertad científica centrada en este caso en el debate histórico, goza de una protección mayor respecto de la que opera en cuanto a las libertades de expresión e información (STC 43/2004) y en cuanto a la STC 51/2008 la libertad de producción y creación científica, manifestación expresa del derecho a la producción y creación literaria, le otorgan a este un contenido autónomo que sin excluirlo va más allá de la libertad de expresión.

Sin embargo no es esta la doctrina constitucional que nos interesa respecto a efectos de los derechos de la personalidad de las personas fallecidas, lo importante es que estableció el TC primero en su sentencia 51/2008 *“que en cuanto a la titularidad del derecho al honor invocado por la demandante de amparo, en este caso, la legitimación para recurrir y la titularidad del derecho fundamental invocado no coinciden en una misma persona, sino que la recurrente pretende salvaguardar el honor de su marido, fallecido once años antes de la publicación del pasaje litigioso. El dato fisiológico de la muerte no puede ser soslayado tratándose de un derecho como el del honor, que en alguna ocasión hemos calificado de personalísimo (STC 214/1991 de 11 de noviembre , FJ. 3º). De modo que con la muerte de las personas su reputación se transforma en gran medida, vinculándose sobre todo a la memoria o al recuerdo por parte de sus allegados. De ahí que no pueda postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas¹¹⁷. De manera que persiste el derecho al honor del difundo marido de la demandante, la cual está invocando la*

¹¹⁷ STC 51/2008 de 14 de abril, FJ 6º.

protección de este, del cual ella no es titular, pero sin embargo tal derecho al honor ya no ostenta la protección especial que le otorgaba la CE como derecho fundamental mientras vivía su titular.

En cuanto a la STC 43/2004, el TC “no niega la posibilidad de acudir en amparo en defensa del honor del familiar fallecido. Pero también reconoce que el paso del tiempo diluye necesariamente la potencialidad agresiva sobre la consideración pública o social de los individuos en el sentido constitucional del término y, por consiguiente, la condición obstativa de la personalidad frente al ejercicio de las libertades del art. 20 CE”¹¹⁸.

De modo que las conclusiones a las que hoy en día llegamos son¹¹⁹:

1. Con el fallecimiento de la persona no se extingue la personalidad en el sentido constitucional del término, sino que subsiste, protegiéndose la dignidad de las personas fallecidas con el paso del tiempo, pues con la muerte de las personas la reputación se transforma en gran medida. Pero SIN EMBARGO no puede postularse que su contenido constitucional y la intensidad de su protección sean los mismos que en el caso de las personas vivas no pudiéndose oponer como límite con el mismo alcance e intensidad que en el caso de las personas vivas, respecto de los Derechos y Libertades protegidos en el Art. 20 CE.
2. Que a la muerte de la persona no se transmiten sus derechos de la personalidad a las personas legitimadas, para su protección y defensa ante la jurisdicción ordinaria y en amparo.
3. Que las personas señaladas en el Art. 4 de la Ley 1/82 para el ejercicio de las acciones a la muerte del titular de los derechos, están legitimadas para demandar en amparo la defensa de la personalidad pretérita, de la dignidad subsistente que es un derecho fundamental y del que las personas no son titulares.

De modo que persisten tales derechos de la personalidad tras la muerte del sujeto (con menor intensidad) y en esas condiciones persiste el derecho a la indemnización por daños morales.

Ha de ser mencionada la originalidad de nuestra legislación en cuanto a la supervivencia de la personalidad del fallecido, entendida esta como bien jurídico relevante digno de protección por el ordenamiento jurídico una vez ha muerto la persona, ya que si llevamos a cabo la comparación con otros ordenamientos jurídicos, aunque esta solución fuera sostenida en los mismos durante el siglo pasado, aunque fuera de una manera exclusivamente doctrinal, ya que no hay base normativa para ello, la afirmación común es que una vez ha muerto la persona se extinguen los derechos de la personalidad y no hay una concreta protección de la dignidad de la persona más allá de su muerte.

¹¹⁸ STC 43/2004 de 23 de marzo, FJ 5º

¹¹⁹ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Bienes de la Personalidad: XIII Jornadas de la asociación de profesores de derecho civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008. Ps. 106-107.

Por tanto, aunque la muerte de la persona conlleve la extinción de los derechos de la personalidad, ello es compatible con la subsistencia derivada del principio de inviolabilidad de la dignidad de la persona¹²⁰

7.2 Legitimación para el ejercicio o continuación de acciones de protección post-mortem respecto de los derechos a la intimidad, honor y propia imagen y destino de las correspondientes indemnizaciones:

Ahora lo que debemos preguntarnos es que pasa con el beneficio obtenido mediante las acciones de protección de los derechos de la personalidad del fallecido, quienes son las personas legitimadas para el ejercicio de tales acciones y a quien van destinadas dichas cantidades obtenidas mediante la indemnización.

Podemos llegar a distinguir tres situaciones diferentes de intromisión en los derechos al honor, intimidad y/o propia imagen de una persona fallecida:

- a) Se lesione la memoria del difunto una vez este ha fallecido.
- b) El fallecido no hubiere llevado a cabo las acciones reconocidas en la ley de manera que estas permanecerán ejercitables si el fallecido no pudo ejercitarlas personalmente o por su representante legal.
- C) El difunto ya hubiere llevado a cabo la acción correspondiente, de manera que la acción ya entablada si será transmisible (pues se da una expectativa de derecho a la indemnización)

En los casos b) y c) corresponderá a quien pretenda ejercer las acciones la carga de prueba de que el difunto no llegó a conocer, no pudo conocer, o conociendo la intromisión le fue imposible interponer tales acciones, pero no ha de acreditar la expresa voluntad del legitimado de ejercer la correspondiente acción.

No tienen por qué coincidir los legitimados para el ejercicio de la acción con los destinatarios de la misma. Al tiempo pueden concurrir varias personas en el ejercicio de tal acción. La legitimación para el ejercicio de las citadas acciones viene establecida en

¹²⁰ ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Bienes de la Personalidad: XIII Jornadas de la asociación de profesores de derecho civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008. P. 112

el Art. 4¹²¹ y el Art. 6¹²² de la LO 1/82 el cual establece que estará legitimado para ejercer las acciones de protección del honor, intimidad y propia imagen de la persona fallecida en primer lugar la persona designada por el titular en su testamento, y a falta de esta el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos que viviesen al tiempo del fallecimiento de la persona afectada, y mientras estos vivan claro.

Sin embargo el Art. 9.5 de la LO 1/82 establece que las acciones de protección frente a intromisiones ilegítimas en la intimidad, el honor o la propia imagen caducarán una vez transcurridos 4 años desde el momento en que el legitimado pudo ejercitarlas (el legitimado, no el fallecido, da igual que el legitimado hubiera podido ejercitarlas, salvo que hubieran pasado 4 años desde entonces, si ha caducado la acción por un legitimado, podrá ser otro el que la imponga). A falta de todos los anteriores legitimados lo será el Ministerio Fiscal (el cual podrá actuar de oficio o bien a instancia de parte interesada de modo que personas afines al difunto pero no legitimadas podrán invocar al Ministerio Fiscal), pero siempre que no hayan pasado más 80 años desde el fallecimiento de la persona afectada.

He de decir también que las acciones podrán ser interpuestas tanto por uno (cualquiera) de los legitimados como por todos a la vez caso de que sean varios los legitimados en el testamento, y lo mismo en caso de que los legitimados sean solo los parientes a causa de la falta de designación en el testamento de legitimado por encima de estos, de modo que la acción podrá ser interpuesta por cualquier de ellos o por todos a la vez¹²³.

¹²¹ **Artículo 4 LO 1/82.**

1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.
2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.
3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento.
4. En los supuestos de intromisión ilegítima en los derechos de las víctimas de un delito a que se refiere el apartado ocho del artículo séptimo, estará legitimado para ejercer las acciones de protección el ofendido o perjudicado por el delito cometido, haya o no ejercido la acción penal o civil en el proceso penal precedente. También estará legitimado en todo caso el Ministerio Fiscal. En los supuestos de fallecimiento, se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores.

¹²² **Artículo 6 LO 1/82**

1. Cuando el titular del derecho lesionado fallezca sin haber podido ejercitar por sí o por su representante legal las acciones previstas en esta ley, por las circunstancias en que la lesión se produjo, las referidas acciones podrán ejercitarse por las personas señaladas en el artículo 4.º.
2. Las mismas personas podrán continuar la acción ya entablada por el titular del derecho lesionado cuando falleciere.

De modo que podemos observar que legitimado y heredero no tienen por qué coincidir, aunque puede darse el caso. Puede designar el difunto en su testamento a la persona que prefiera.

En aquellos casos en que las lesiones se produjeran antes de la muerte del sujeto, pero este no pudo interponer acción antes de morir, o bien la interpuso pero falleció tras ello y las continuaron los legitimados para ello, la indemnización irá destinada a la herencia (Así lo establece el Art. 9.4 de la LO 1/82¹²⁴). En cambio, en los casos de lesión a la memoria del fallecido, la participación en la indemnización dependerá de que el sujeto esté o no afectado por la intromisión de que se trate.

Y finalmente he de exponer dos casos controversiales¹²⁵:

Caso 1: La acción es interpuesta por persona designada en el testamento, de manera que los parientes destinatarios de la indemnización, para poder participar de esta habrán de llevar a cabo una intervención adhesiva simple, la cual los convertirá en parte una parte sin todos los derechos del demandante. El designado no puede llamarlos a pleito y el juez tampoco, pues en la LEC los supuestos de intervención procesal son típicos y tasados, y tienen que estar previstos en dicha ley procesal o en algún precepto sustantivo.

Caso 2: Cuando la acción procesal se interponga por uno o algunos de los parientes legitimados, la intervención de los demás parientes solo podrá lograrse mediante una intervención adhesiva litisconsorcial, de manera que ese resto de destinatarios de la indemnización que no hayan ejercitado la acción de defensa de memoria del fallecido, habrá de iniciar un procedimiento ordinario para el reconocimiento de su Derecho de indemnización con fundamento en el Art. 9.4 LO 1/82, solicitando dicha indemnización y aportando la sentencia en que se declara la lesión de la memoria del fallecido como fundamento para el reconocimiento de dicha indemnización. Similar al caso de un pariente que no fue parte en un pleito en que se apreció una intromisión a la intimidad

¹²³ **Artículo 5 LO 1/82.**

1. Cuando sobrevivan varios parientes de los señalados en el artículo anterior, cualquiera de ellos podrá ejercer las acciones previstas para la protección de los derechos del fallecido.
2. La misma regla se aplicará, salvo disposición en contrario del fallecido, cuando hayan sido varias las personas designadas en su testamento.

¹²⁴ **Artículo 9.4 LO 1/82:**

El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, la indemnización corresponderá a los ofendidos o perjudicados por el delito que hayan ejercitado la acción. De haberse ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados y no hayan renunciado expresamente a ella.

¹²⁵. ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Bienes de la Personalidad: XIII Jornadas de la asociación de profesores de derecho civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008. Ps. 147-149.

familiar y pretenda con posterioridad la parte de indemnización que le corresponda por dicha intromisión¹²⁶.

Observamos por tanto el problema de que destinatarios de la herencia puedan quedarse sin participar de esta, o sea complicada su participación como consecuencia de estos dos casos expuestos, además del caso de que el legitimado no ejercitara acciones. Su falta de legitimación puede perjudicarles gravemente en el ver cumplido su derecho a parte de la indemnización, y que se satisfaga su daño moral.

8 Conclusiones:

Llegados a este punto, es el momento de extraer conclusiones en cuanto a las ganancias pecuniarias, bien por indemnización o bien por la acción de enriquecimiento contempladas en el Art. 9.2 a) y d) y 9.3 LO 1/1982 de 5 de mayo, las cuales han constituido el bloque principal de este trabajo.

- I. Toda conducta que choque con los derechos a la intimidad, honor y y/o propia imagen del individuo, para que no constituya violación de tales derechos, habrá de estar amparada legalmente, bajo los usos sociales del momento o bajo el consentimiento del titular en cuyos derechos se produce la intromisión. Tampoco supondrá infracción de tales derechos la conducta amparada en autorización justificada de la autoridad competente o que se ha llevado a cabo en virtud de interés científico o cultural.

En defecto de lo establecido en el párrafo anterior, la conducta habrá de estar justificada por las libertades de expresión o de información, y en tal caso, habrá de comunicar una información relevante para el público, que contribuya críticamente a la formación de opiniones en una sociedad democrática, en el caso de ampararse en la libertad de expresión. Al tiempo, para que la conducta esté protegida bajo el paraguas de la libertad de información habrá de transmitir algo relevante y de verdadero interés para dicha sociedad democrática, pues de lo contrario, se estará llevando a cabo una intromisión injustificada, y al tiempo dañando los derechos a la intimidad, honor y/o propia imagen del individuo. Tampoco supondrán intromisiones en la intimidad, honor o propia imagen del individuo los supuestos del 8.2 LO 1/1982.

Para que una conducta constituya intromisión en los derechos a la intimidad, honor y/o propia imagen del individuo, habrá de ser antijurídica y al tiempo

¹²⁶ Ello es conclusión de la ya vista en este trabajo STS 347/1989 (“Caso Paquirrí”), dictada como consecuencia de la anulación de la STS 28 de octubre de 1986 por la STC 231/1988 2 de diciembre. La sentencia de 1986 fue anulada ya que se fijó la indemnización correspondiente a la viuda de Paquirrí (Isabel Pantoja) teniendo en cuenta las eventuales reclamaciones de otros familiares.

causar daño en el derecho fundamental correspondiente, no basta con poner en peligro el mismo derecho. Una intromisión en el derecho de que se trate no implica daño moral, de modo que para que lo haya y para que el daño moral sea imputable a la conducta de un individuo, tal conducta ha de ser especialmente grave y superar los límites del riesgo permitido, el derecho no debe intervenir cuando la conducta de que se trate haya producido un daño mínimo.

- II. Daños morales son aquellos que afectan a los derechos de la personalidad del sujeto, provocando angustia, pesar y preocupación, además de dificultar la relación del afectado con el mundo exterior.

La indemnización por daños morales se concede al sujeto a fin de compensarle el daño sufrido. Sin embargo, se está produciendo en el derecho continental europeo una incursión del “*Common Law*” anglosajón, concretamente de los “*punitive damages*”, que forman parte de este último, aumentándose las cuantías indemnizatorias por daños morales a la víctima de intromisión a fin de castigar al intromisor y disuadir a este y otros potenciales intromisores de ese tipo de conductas en el futuro. El problema es que la función de la responsabilidad civil no es ni castigar al intromisor ni disuadir a nadie, sino únicamente reparar el daño causado.

La función de castigar y disuadir en nuestro derecho es propia del derecho penal, a no ser que se modifique la ley y se contemple como parte de nuestro sistema una figura similar a los daños punitivos del derecho anglosajón.

Aunque no se repare el daño causado, mediante la indemnización por daños morales, lo que se consigue (aplicando las teorías del “*solatium*” y de la “*compensación*”) es compensar ese daño moral, permitiendo a la víctima de intromisión en sus derechos a la intimidad/honor y/o propia imagen satisfacer otras aspiraciones personales que compensen el sufrimiento padecido debido al daño causado mediante la intromisión.

- III. Los daños patrimoniales que se producen por vulneración de los derechos a la intimidad, honor y/o propia imagen, han de ser demostrados. La pérdida patrimonial puede ser perfectamente demostrable mediante prueba.

El problema son los daños morales, pues son tremendamente difíciles de probar. Partiendo del convencimiento de la existencia de tales daños morales, no hay problema alguno en que se indemnicen en virtud de presunción. Sin embargo, opino en cuanto a la presunción “*iuris et de iure*” en este apartado,

que puede llevar a un enriquecimiento injusto por parte de la víctima de intromisión, pues como ya dije citando en su momento a Díez Picazo¹²⁷, no siempre que hay lesión de los derechos de la personalidad hay daño moral. Solo habrá indemnización si hay daño del que se deba responder

Por tanto, para que se indemnicen unos daños morales, estos han de existir, pues en efecto supone enriquecimiento injusto de la víctima de intromisión en sus derechos a la intimidad/honor y/o propia imagen indemnizarla por unos daños inexistentes.

En verdad si partimos de la existencia de años morales contra la cual no cabe prueba, no habrá un enriquecimiento injusto por la víctima de dichos daños, ya que esta tiene una causa, que es la existencia de tales daños. Sin embargo, en el supuesto de que la presunción de daños morales no pueda ser contrariada, la justicia estará enriqueciendo a la víctima solo por el hecho de serlo, y no veo causa para no aplicar una presunción “iuris tantum” a los daños morales, pues por difícil que sea combatir una presunción de daños morales si hay una posible prueba en contra de dichos daños, creo que habrá ser valorada por el tribunal y a continuación ser este el que decida. De este modo, en caso de que no se demuestren los daños morales debido a la dificultad que ello acarrea, pero sea muy probable que se hayan producido, habrá justa indemnización de los mismos al partir de su existencia, a no ser que dichos daños no hayan concurrido al demostrarse por prueba en contrario.

Hemos de tener en cuenta los casos en que el daño moral, quede reparado totalmente por el resto de medidas no pecuniarias contempladas en la LO 1/1982, como son la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición en el estado anterior o la publicación total o parcial de la sentencia a costa del intromisor, o medidas para prevenir ulteriores violaciones de los derechos en cuestión. En tales casos, considero no deberá proceder indemnización de daños morales, pues se estará de nuevo enriqueciendo a la víctima solo por el hecho de serlo. Por tanto, concluyo que los tribunales, antes de pasar a las medidas pecuniarias de indemnización, habrán de tener en cuenta todo el potencial de reparación del daño que ostentan las medidas no pecuniarias citadas, pues hoy estas son infravaloradas por los tribunales, y si no se tienen en cuenta podrá estarse indemnizando a la víctima más de lo debido e incluso dañando al intromisor con una pérdida económica innecesaria. En caso de que el daño moral causado a la víctima de intromisión llegue a ser reparado parcialmente, pero no totalmente, mediante las ya citadas medidas no pecuniarias, la indemnización por daños morales habrá de serle pagada en aquella parte del daño que quede aún sin ser compensado.

IV. En cuanto al cálculo de la indemnización por daños morales, las “circunstancias del caso” a las que alude el Art. 9.3 de la LO 1/1982, han de

¹²⁷ Ver cita 54.

incluir gran variedad de criterios, como son la edad de la víctima, sus experiencias previas y el cómo le afecta la intromisión en cuanto a dichas experiencias. También han de valorarse las circunstancias personales y sociales de la víctima, pues quedará afectada en su vida social o laboral de uno u otro modo en virtud de tales circunstancias, pudiendo quedar gravemente afectadas sus relaciones profesionales, o sociales.

Las circunstancias del caso establecidas en el Art. 9.3 LO 1/1982 no constituyen una lista cerrada, y en base a los criterios que la jurisprudencia ha establecido y establezca, se ha de atender a todo factor relevante en cuanto a consecuencias morales para la víctima a la hora de calcular indemnización.

“La difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido la intromisión”, se trata de un criterio muy engañoso, tal como he expuesto en varios casos y así lo ha reconocido la jurisprudencia. Pues en un territorio pequeño, donde el sujeto desarrolle su vida personal y/o profesional, podrían estas verse gravemente afectadas con consecuencias morales nefastas para la víctima.

Respecto de “la gravedad de la lesión efectivamente producida”, este criterio no se refiere a la gravedad de la conducta causante de la lesión, sino al daño producido efectivamente producido como consecuencia de la intromisión, es decir, tal gravedad se refiere a la lesión misma y sus efectos, no a la conducta que provoca tal lesión.

En efecto, siempre se habrá de indemnizar a la víctima de daños morales en cantidad suficiente para reparar la lesión causada, sin embargo, haciendo una referencia a los denominados “*punitive damages*” propios del “*Common Law*”, una solución para que no sea igualmente condenado quien ha llevado a cabo una conducta responsable pese a producir la lesión, que quien ha sido negligente en su conducta, este último debería ser condenado al pago de una mayor cantidad dineraria, como en los citados daños punitivos. Tal cantidad extra de dinero podría bien formar parte de la indemnización, o bien ir a parar al Estado o la Administración correspondiente en concepto de multa, interviniendo aquí el derecho penal.

Considero más apropiada la opción de no incluir tal cantidad en concepto de “*daños punitivos*” en la indemnización, evitando un enriquecimiento injusto de la víctima de intromisión, pues el problema del derecho anglosajón es que al incluirse tal cantidad en la indemnización se estará enriqueciendo a la víctima de intromisión solo por el hecho de serlo, cuando la indemnización, sin incluir los “*daños punitivos*” ya incluía inicialmente cantidad suficiente para reparar el daño causado (el cual es el fin de la indemnización). Se habría de modificar la legislación española para contemplar este tipo de daños punitivos, pues de lo contrario supondría una intromisión injustificada del “*Common Law*” anglosajón.

Las indemnizaciones simbólicas, las cuales suponen una incursión de los “*nominal damages*” del “*Common Law*” creo que suponen un absurdo, pues llegan a menospreciar las pretensiones del individuo ante la justicia más que reconocer simbólicamente las mismas, todo ello en cuanto a efectos prácticos. Si los daños son escasos o han sido prácticamente reparados mediante otras medidas, entonces es preferible no indemnizar antes que hacerlo con una cantidad ridícula. Basta con que el tribunal reconozca que ha habido intromisión en los derechos a la intimidad, honor y/o propia imagen del individuo, no es necesaria una cantidad simbólica de indemnización para que quede constancia de ello. De modo que, tal como se ha establecido en el Derecho Francés, si no hay daño del que se deba responder no habrá indemnización, o en el Derecho Alemán, cuya jurisprudencia ha establecido como inadmisibles una indemnización que pretenda reconocer una lesión de la personalidad del individuo¹²⁸

- V. En cuanto a la apropiación del lucro obtenido por el infractor, establecida en el Art. 9.2 de la LO 1/1982 de 5 de mayo, podría significar un enriquecimiento injusto por la víctima de intromisión a costa del enriquecimiento injusto obtenido por el intromisor, siempre y cuando, el apropiamiento del beneficio obtenido por el infractor, exceda el valor del contenido de atribución de los derechos a la intimidad, honor y/o propia imagen de la víctima de intromisión.

Mediante el Art. 9.2 de la LO 1/1982, apartado d), lo que se pretende es la apropiación por la víctima de intromisión, del valor de uso de sus derechos, no de la cantidad dineraria total obtenida por el infractor mediante la intromisión al incluir los frutos, pues aunque obtenida gracias a la explotación de derechos ajenos, dicho negocio ha sido llevado a cabo bajo esfuerzo y habilidad del intromisor. La víctima de intromisión tiene derecho únicamente a la cantidad dineraria correspondiente al valor de uso de sus derechos.

Un buen referente para calcular el valor de uso de los derechos de la víctima de intromisión, es el criterio de mercado lícito existente (caso de los derechos a la intimidad y a la propia imagen), o mercado existente aunque no oficial (como es el caso del derecho al honor, tal como expuse con el ejemplo del caso Ramoncín, resuelto por la SJPI Madrid número 44 de 13 de septiembre de 2007, debido a el ofrecimiento de pagos al cantante a cambio de tolerar manifestaciones difamatorias contra el en una página web).

En caso de que la ganancia obtenida por el intromisor, supere el valor de uso de los derechos violados, tal cantidad excedente, para evitar un

¹²⁸ Ver notas a pie de página 96 y 97.

enriquecimiento injusto de la víctima de intromisión, y al tiempo del intromisor habrá de pasar a la Hacienda Pública (tal como proponen Salvador Coderch o Castiñeira Palau), o establecerse por la vía Penal una multa (por la vía que propone Pantaleón), medidas a fin de persuadir al intromisor y a intromisores en potencia de sus conductas ilícitas, pero de modo que no se enriquezca injustamente a la víctima de intromisión.

- VI. Respecto de las indemnizaciones por violación post-mortem de los derechos de la personalidad, es apropiado que se puedan continuar las acciones entabladas en vida por la víctima, o interponer las que esta no tuvo tiempo de hacerlo, demostrándolo mediante prueba clara. Todo ello se debe a que los derechos al honor, intimidad y propia imagen, han de persistir en el tiempo, como consecuencia de la supervivencia de la memoria del difunto. No se puede permitir que la muerte del individuo justifique que se manche su memoria o reputación de mala manera, pero con una menor protección de la que ostentarían si el sujeto aún viviera.

Sin embargo, considero arriesgado el que los destinatarios de las cantidades por indemnización debida a intromisiones post-mortem en los derechos al honor, intimidad y/o propia imagen del individuo, no puedan ejercer la acción por la cual cobrarán dicha cantidad si no son legitimados. No se trata de que defiendan la memoria del difunto inmoralmemente por economía, sino de que el daño moral que les provoca tal ofensa a los derechos de la persona con la que tienen vínculo, puede llegar a quedar sin compensación para los más allegados del difunto y con ello dejarles más afectados por la intromisión. Por ello considero que aquel que se haya visto fuertemente afectado debido a la intromisión en la intimidad, honor y/o propia imagen del fallecido, debido a sus vínculos con este los cuales pueda demostrar, debería estar legitimado para interponer acción, en caso de que sea destinatario de la indemnización pero no legitimado para llevar a cabo tal acción legal.

9. Bibliografía:

AMERICAN LAW INSTITUTE; *Restatement of the Law of Torts*, vol. 4, ST Paul, Minn., 1979, ps.462- 464.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Bienes de la Personalidad: XIII Jornadas de la asociación de profesores de derecho civil*, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2008, ps 106, 107, 112, 147-149.

ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL; *Centenario del CC*, O.C, Madrid, 1990, p. 1231, 1238, 1264.

CARRILLO LÓPEZ; *Los límites a a libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*. PPV. Barcelona, 1987, p. 35.

CARLES MINISTERIO DE JUSTICIA; *Comentarios al CC, tomo II*, Madrid 1991, p 1971.

DÍEZ-PICAZO; *El escándalo del daño moral*, Civitas, 2008, ps. 80-82, 84-85, 95-97, 99-101.

DÍEZ PICAZO; *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6ª ed. Thomson-Civitas, Madrid, 2007

FRANCISCO BALAGUER CALLEJÓN; *Manual de Derecho constitucional*, Volumen II, Tecnos Madrid 2012. p. 132.

IGARTÚA ARREGUI, TESIS DOCTORAL; *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Universidad Autónoma de Madrid, 1986. p 26.

LOUIS BRANDEIS AND SAMUEL L. WARREN; *The right to privacy*, Harvard Law Review, Vol, IV, December 15, 1890, N°.5

MARCELO BARRIENTOS ZAMORANO; *El resarcimiento por daño moral en España y en Europa*, Ratio Legis, Salamanca, 2007, ps 50, 53, 59, 112

MARÍA ATIENZA NAVARRO; “*Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor intimidad y propia imagen*”, *Revista Boliviana de derecho*, nº15, enero de 2013, ps 216-233.

PANTALEÓN PRIETO, *Del Concepto de daño*, Tesis Doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, 1981, ps. 742-818.

REGLERO CAMPOS; *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Pamplona, 2006 , p. 1393

SALVADOR CONTRERAS, NAVIDAD; *La protección del honor, intimidad y propia imagen en internet*, Aranzadi, Pamplona, 2014. ps 21, 33,97.

SALVADOR CODERCH, P./Castiñeira Palou; *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*”, Marcial Pons, Madrid, 1997. P 168.

XABIER BASOZÁBAL ARRUE; *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998. ps. 92, 169-172.

VENDRELL Cervantes, Carles;“*La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen*”, *Anuario de Derecho Civil*, Julio 2012,p. 1135, 1147, 1149, 1185-1186,

YZQUIERDO TOLSADA; “*La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, S.L.DYKINSON, Madrid, 1993, p.19.

