

INDEMNIZACIONES DE DAÑOS Y PERJUICIOS E INTROMISIONES
ILEGÍTIMAS EN LOS DERECHOS AL HONOR,
A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN
*COMPENSATION OF DAMAGES AND RIGHTS-ILLEGAL
INTERFERENCE TO HONOR
PRIVACY AND TO OWN IMAGE*

Rev. boliv. de derecho n° 15, enero 2013, ISSN: 2070-8157, pp. 216-233



María L.
ATIENZA
NAVARRO

ARTÍCULO RECIBIDO: 25 de julio de 2012

ARTÍCULO APROBADO: 28 de septiembre de 2012

RESUMEN: El art. 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo regula la indemnización de los daños y perjuicios irrogados por las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. El precepto presume la existencia de daño siempre que se produzcan dichas intromisiones. Sin embargo, resulta controvertido el alcance y naturaleza de esa presunción. El presente estudio se destina a analizar la posibilidad de que no todas las intromisiones ilegítimas originen un derecho indemnizatorio.

PALABRAS CLAVE: Indemnización de daños y perjuicios, intromisiones ilegítimas, daño moral, daño patrimonial, presunción del daño.

ABSTRACT: The art. 9.3 in the law 1/1982, May 5 regulates the issue of compensation for the damages incurred by the illegitimate intrusions in the rights to honour, to the privacy and image. The precept presumes the existence of damage whenever there are such intrusions. However, it is a controversial issue the scope and nature of that presumption. The present study is intended to discuss the possibility that not all illegitimate intrusions originate a right of compensation.

KEY WORDS: Compensation for damages, illegitimate intrusions, moral damage, property damage, presumption of damage.

SUMARIO: I. Consideraciones generales.- II. La presunción del daño contenida en el art. 9.3 LO 1/1982, de 5 de mayo.- 1. Presupuestos preliminares.- 2. Aplicación de la presunción.- 3. Carácter de la presunción.- A) Planteamiento; posiciones doctrinales B) Intromisiones ilegítimas que causan daños reparables íntegramente en forma específica.- C) Intromisiones ilegítimas que no causan daños. III. Criterios de valoración del daño.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

Cuando un ciudadano sufre una intromisión ilegítima en su derecho al honor; a la intimidad o a la propia imagen, el art. 9.2 LO 1/1982, de 5 de mayo (reformada, en este punto, por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del Código penal), le brinda la posibilidad de recabar la tutela judicial, para conseguir poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecerle en sus derechos. Además, también se pretende garantizar que ya no se produzcan intromisiones futuras y que se le indemnicen los daños y perjuicios que se le hayan irrogado.

A tal fin, la LO 1982 contempla una serie de medidas, que pueden clasificarse en dos grandes grupos: a) las primeras, que tienen por finalidad atajar el daño (como sucede con la acción de cesación), o a evitar su propagación, como ocurre con el cierre o secuestro o con la retención o embargo de los medios de comunicación, que pueden adoptarse excepcionalmente; b) las segundas, que se destinan a su resarcimiento, ya sea en forma específica, ya en forma genérica. El primero incluye la declaración o reconocimiento de la intromisión sufrida, y la reposición del estado anterior; el ejercicio del derecho de réplica y el de rectificación, así como 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. El segundo, comprende el resarcimiento en forma genérica obtenido mediante la indemnización de los daños y perjuicios.

Como puede verse, se trata de un amplio abanico de medidas para lograr la protección y restablecimiento de los derechos lesionados. Sin embargo, lo cierto es que en la práctica la “medida estrella”, por así decirlo, es la del resarcimiento en forma genérica. Así las cosas, los Tribunales en cuanto aprecian la existencia de una intromisión ilegítima tienden a traducirla en su resarcimiento pecuniario, y, sin embargo, en ocasiones no es una práctica afortunada porque la misión de la responsabilidad civil no es defender los derechos de la personalidad agredidos, ni

• **María Luisa Atienza Navarro** es Profesora Titular de Derecho civil en la Universidad de Valencia, donde obtuvo el Premio Extraordinario de Licenciatura y el título cum laude de Doctora en Derecho. Ha escrito varias monografías, decenas de artículos, y ha participado en múltiples obras colectivas. Además, ha impartido conferencias y ha participado en Jornadas y Congresos, tanto nacionales como internacionales.

restablecerlos; su única función es reparar; cuando proceda, el daño producido¹. Y para ello se tienen que cumplir, como después explicaré, una serie de requisitos.

Por ello, no habría que restar importancia a esas otras medidas que pueden atajar el daño (mediante la cesación de la intromisión) o evitar que se produzca en un futuro, e incluso repararlo en forma específica (por ejemplo, a través de la rectificación de la información o de la publicación de la sentencia en la que se reconoce la intromisión). De ese modo, la indemnización de daños y perjuicios debería destinarse únicamente a los casos en que no se haya podido atajar y evitar el daño, o este último no haya quedado reparado íntegramente².

II. LA PRESUNCIÓN DEL DAÑO CONTENIDA EN EL ART. 9.3 LO 1/1982, DE 5 DE MAYO

I. Presupuestos preliminares

El legislador también otorga a la indemnización de daños y perjuicios un trato especial. Así el art. 9.3 LO 1/1982 la regula de forma independiente y pormenorizada. Lo primero que hay que decir es que esta norma fue la primera en nuestro Derecho en reconocer, a nivel legislativo, la indemnización de los daños morales, con independencia de que el hecho dañoso fuera o no constitutivo de delito.

El precepto comienza con una declaración que ha suscitado una gran controversia doctrinal: "La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima".

Se trata de una declaración que también es pionera en nuestro Derecho: nunca una norma había presumido el daño, que es el elemento más importante de la responsabilidad civil porque sin él ésta no puede existir. Es más, tampoco los Tribunales se han atrevido nunca a presumirlo (a diferencia de lo que ha ocurrido con la culpa, o, incluso, en ocasiones, con la relación de causalidad).

Así las cosas, hay que valorar a qué daños resulta aplicable esta presunción (si sólo se presumen los morales, o también los patrimoniales) y su naturaleza (esto es, si se trata de una presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*).

1 Puede verse, en ese sentido: PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario al art. 1.902 CC", en *Comentarios al Código civil*, tomo II, Madrid, 1991, p. 1972; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La ley del honor, veinte años después", "La Ley", 2002, p. 1782, y también en: "Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)", *Tratado de daños*, dirigido por REGLERO CAMPOS, Pamplona, 2006, p. 392; MACÍAS CASTILLO, A.: "El precio de la intimidad (reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982)", en *Estudios de Derecho de obligaciones en homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, Madrid, 2006, p. 193.

2 Pueden verse, en este sentido, los autores citados en la nota anterior.

2. Aplicación de la presunción

Dice el art. 9.3 LO 1/1982 que el perjuicio se presumirá siempre que exista intromisión ilegítima. Sin embargo, no especifica si el daño que se presume es sólo el moral o también el patrimonial.

a) Muchos autores entienden que la presunción comprende ambos tipos de daños, pero le otorgan distinta naturaleza según sean patrimoniales o morales. En el caso de estos últimos coinciden en que la presunción es *iuris et de iure*. En cambio, cuando los daños son patrimoniales se admite prueba en contrario porque se presumen *iuris tantum*³. Éste fue el criterio que se esgrimió durante la discusión parlamentaria de la Ley 1/1982.

b) Otra línea de opinión mantiene que la presunción alcanza sólo a los daños morales, mientras que los patrimoniales deben probarse conforme a las reglas de prueba comunes⁴. Creo que ésta es la interpretación más acertada porque es la que permite justificar la existencia de la presunción. El legislador, en mi opinión, se ha apartado de las reglas comunes probatorias por las dificultades que entraña demostrar esos daños consistentes en la angustia, intranquilidad, ansiedad, etc., que difícilmente admiten una valoración económica en términos de mercado.

También la jurisprudencia afirma que sólo los daños morales se presumen, y que los patrimoniales deben ser demostrados. En ese sentido es bien ilustrativa la STS 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 10274), que consideró que varios reportajes publicados en una conocida revista constituían una intromisión ilegítima en la intimidad y en la propia imagen de una famosa modelo española (Judith Mascó). En el primero de dichos reportajes se publicaban unas fotografías de estudio sin el consentimiento de la demandante; y en el segundo, había una suplantación de su imagen por la de otra persona, atribuyéndose a la modelo conductas (en particular, baños en la playa en *top less*) que ella no había realizado. Los demandados, condenados en primera y en segunda instancia, alegaron en casación, entre otros motivos, la vulneración del art. 9.3 LO 1/1982 en cuanto al *quantum indemnizatorio*. En particular, en el tema que ahora nos ocupa, señalaron que la sentencia de la instancia les condenaba a indemnizar unos daños patrimoniales que la demandante no había acreditado. El TS les dio la razón en ese punto y explicó claramente que los daños patrimoniales, para

3 En esta posición, entre otros: GITRAMA GONZÁLEZ, M.: "El derecho a la propia imagen hoy", en *Libro Homenaje a J. B. Goytisolo*, vol. VI, p. 249; DE COSSIO, M.: *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, 1993, p. 70; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L.: *Honor, intimidad e imagen*, Barcelona, 1996, p. 171.

4 Entre otros: MARTÍN CASALS, M. y SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario a la STS de 18 de abril de 1989", en *CCJ.C.*, 1989, 539, pp. 757 y 758; MARTÍN CASALS, M.: "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II, 1990, p. 1264; GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil por daño moral*, Madrid, 1990, p. 270; CARRASCO PERERA, A.: "Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993", en *CCJ.C.*, 1993, 894; AZURMENDI ADARRAGA, A.: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Madrid, 1997, p. 219; BELLÓN MOLINA, F.A.: "La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral", en *AC*, 1998, 2, pp. 397 y 399; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "La ley del honor", cit., p. 1783; y en "Daños a los derechos", cit., p. 1393.

su indemnización, han de ser probados: "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". El hecho de que la actora no realizara un pormenorizado detalle de los contratos truncados por los reportajes, así como el no haber cifrado siquiera los perjuicios materiales en razón del volumen de negocios pasados y del que previsiblemente hubiera tenido, de no mediar la publicación, era indicativo, explica el TS, de que no se había probado perjuicio material alguno. De ese modo, en contra de las sentencias de la instancia, el TS desestimó la indemnización en cuanto a ese tipo de daños, y condenó sólo al resarcimiento de los daños morales.

3. Carácter de la presunción

A) Planteamiento: posiciones doctrinales

En cuanto al carácter de la presunción, la doctrina ha discutido si se trata de una presunción que admite prueba en contrario (esto es, *iuris tantum*) o, si por el contrario, es una presunción que no puede destruirse por ser *iuris et de iure*.

a) Muchos autores, como acabo de explicar, relacionan esta cuestión con la naturaleza de los daños, y entienden que para los patrimoniales cabría destruir la presunción mediante prueba en contrario, mientras que en el caso de los daños morales aquélla operaría *iuris et de iure*⁵.

b) En cambio, quienes acogen la tesis, que yo comparto, de que sólo los daños morales se presumen en el art. 9.3 L.O. 1/1982 suelen mantener opiniones diversas acerca del carácter de la presunción: para algunos autores, acreditada la existencia de intromisión ilegítima, habrá siempre daño moral, sin que quepa prueba en contrario con lo que se trataría de uno de los denominados *damnum in re ipsa*⁶; mientras para otros juega *iuris tantum*⁷ y ello porque, entre otros argumentos, el art. 385.3 LEC 1/2000 dispone, al igual que el derogado art. 1251 CC, que "las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba", y como el art. 9.3 LO 1/1982 no prohíbe nada, se deduce que cabe destruir la presunción.

5 También hay quienes únicamente se pronuncian acerca del carácter de la presunción, sin distinguir si alcanza sólo a los daños morales o también a los patrimoniales. En ese sentido, entre otros, le atribuyen el carácter de *iuris et de iure*: VIDAL MARTÍNEZ, J.: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5-5-1982*, Madrid, 1984, p. 146; CARRERAS SERRA, L.: *Régimen jurídico de la información*, Madrid, 1996, p. 119; PLAZA PENADÉS, J.: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Valencia, 1996. En cambio, defiende que la presunción juega *iuris tantum* en cualquier tipo de daños: LETE DEL RÍO, J. M.: *Derecho de la persona*, Madrid, 1986, p. 190.

6 En esta posición: BELLÓN MOLINA, F.A.: "La condena a indemnizar", cit., pp. 397 y 399; MARTÍN CASALS, M.: "Notas sobre la indemnización", cit., p. 1264.

7 Así lo defienden: GARCÍA LÓPEZ, R.: *Responsabilidad civil*, cit., p. 270; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos", cit., p. 1393; CAVANILLAS MÚGICA, S. Y GRIMALT SERVERA, P.: "Honor, intimidad y propia imagen", en www.iustel.com; MACÍAS CASTILLO, A.: "El precio de la intimidad", cit., p. 202.

En cuanto a la jurisprudencia hay que destacar que muy pocas sentencias se han pronunciado expresamente acerca del carácter de la presunción. Las que lo han hecho, como la STS 7 marzo 2003 (RJ 2003, 2900), seguida por las SSTS 7 marzo 2006 (RJ 2006, 5695) y 9 marzo 2006 (RJ 2006, 5413), afirman que opera *iuris et de iure* y que “supone una aplicación de la regla *in re ipsa loquitur*”.

En mi opinión, esta cuestión está íntimamente relacionada con otra que hay que resolver de forma previa: ¿pueden existir en la práctica, aún en supuestos muy excepcionales, intromisiones ilegítimas que no causen daños morales? La respuesta a este interrogante condiciona, según creo, el carácter de la presunción:

a) Si se contesta de manera afirmativa, entiendo que el carácter de la presunción sólo puede operar *iuris tantum*. Es decir, si en la realidad práctica hay algún caso –aunque sea de forma excepcional– en que, a pesar de la intromisión ilegítima, no se causa daño alguno, el demandado debería tener la posibilidad de probar ese extremo. Y ello porque una cosa es proteger a la víctima (como marca la tendencia actual de nuestro Derecho de daños) y presumir un daño, como el moral, que por su naturaleza resulta de difícil prueba, y otra muy distinta es que cuando dicho daño no exista, se afirme igualmente la responsabilidad civil del demandado. Es más, entiendo que defender lo contrario (esto es, el carácter *iuris et de iure* de la presunción) atentaría contra uno de los principios básicos de nuestro Derecho de daños (cuya finalidad es estrictamente compensatoria): ninguna responsabilidad civil sin daño. En otras palabras: si el demandado no pudiera aportar prueba alguna en contra de la presunción, al final éste respondería civilmente de un hecho “ilegítimo” (la intromisión), pero no dañoso. Lo cual convertiría a la indemnización en una sanción civil, a mi juicio, inadmisibles en nuestro Derecho.

b) En cambio, si se llega al convencimiento de que toda intromisión ilegítima siempre lleva consigo un daño moral, ya no habrá peligro en llegar a declarar una responsabilidad sin daño porque esa posibilidad no se daría nunca en la práctica. Así las cosas, podría afirmarse que la presunción operaría *iuris et de iure* y que la controversia entre demandante y demandado recaería sobre la cuantía del perjuicio, y no sobre su existencia.

De ese modo, habrá que cuestionar si, efectivamente, en la práctica puede haber algún caso en que haya una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen que no causen ningún daño al ciudadano.

En mi opinión, a pesar de que la regla general es que la intromisión ilegítima en el honor, en la intimidad y en la propia imagen lleve implícita la producción de un daño moral, puede excepcionalmente ocurrir que no haya daño alguno que indemnizar. Y ello, según creo, puede darse por dos razones diversas: a) La primera que el perjuicio irrogado se repare de forma específica, y no mediante la indemnización de daños

y perjuicios; b) La segunda, menos frecuente en la práctica, que en realidad no haya llegado a infligirse daño alguno.

Al análisis de esta cuestión se destinan los epígrafes siguientes.

B) Intromisiones ilegítimas que causan daños reparables íntegramente en forma específica

Esta hipótesis puede darse porque, ante una intromisión ilegítima, el sujeto dispone, como hemos dicho al principio, de otras medidas distintas a la indemnizatoria, y alguna de ellas podría llegar a reparar la totalidad del daño, sin que por ende quede ya nada por indemnizar. Así sucede cuando el daño queda reparado, por ejemplo, con la publicación total o parcial de la sentencia o con el ejercicio del derecho de réplica o con la rectificación.

En realidad, la indemnización de daños y perjuicios sólo debería acogerse cuando, solicitado el resarcimiento en forma específica, éste sea insuficiente y no alcance a reparar la totalidad del daño. En cambio, cuando el juez entienda que el daño ya queda reparado íntegramente con esas medidas, la sentencia debería ser exoneratoria en cuanto a la indemnización.

Lamentablemente, como ya dije al principio, nuestra jurisprudencia parece infravalorar la eficacia reparadora de esas otras formas de resarcimiento contempladas en el art. 9.2 LO 1/1982 y, casi por inercia, suele condenar a indemnizar.

No obstante, hay alguna excepción digna de destacar: se trata de la STS 5 mayo 1988 (RJ 1988, 3881), que apreció la existencia de intromisión ilegítima, pero no concedió indemnización alguna al demandante. El Juzgado de Primera instancia, la Audiencia Provincial y el TS se limitaron a condenar a los demandados a abstenerse en un futuro de realizar manifestación alguna en contra del demandante, así como a divulgar la sentencia mediante su publicación en algunos periódicos de alcance local, regional y nacional, y a través de su difusión en varias emisoras de radio.

En el caso resuelto por la decisión, los demandados (alcalde y concejales de cierta localidad) habían lesionado el honor del demandante (concejal de otro grupo político) al atribuirle, en la prensa escrita y en la radio, ciertas conductas indicativas de su falta de lealtad y de la anteposición de sus intereses personales a los propios de sus cargos públicos. En la instancia se probó la falta de veracidad de esas manifestaciones, y la clara intención de los demandados de atentar contra la credibilidad del demandante, como persona y como cargo público.

La sentencia, en mi opinión, es loable porque en ningún momento negó la existencia de intromisión ilegítima y, sin embargo, no consideró procedente

condenar a indemnizar los daños y perjuicios. El daño moral, que en el caso sufrió el demandante, se reparó de forma específica mediante la difusión de la resolución judicial estimatoria de la demanda. Y esa medida permitió el restablecimiento al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como la reparación íntegra del daño. Por otro lado, como también permite el art. 9.2 LO 1/1982, la decisión, para evitar intromisiones futuras, condenó además a los demandados a abstenerse a realizar otras manifestaciones de ese tipo contra el demandante.

C) Intromisiones ilegítimas que no causan daños

Esta hipótesis despierta mayor dificultad porque, por la naturaleza de los derechos vulnerados, la regla general será que las intromisiones ilegítimas en el honor, en la intimidad y en la propia imagen lleven implícito un daño moral.

Sin embargo, aunque a primera vista parece difícil imaginar algún caso en que una intromisión ilegítima no cause un daño moral en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cabe encontrar algunas excepciones en los siguientes grupos de supuestos:

1) El primero nos lo aporta nuestra jurisprudencia constitucional, que en algún supuesto ha reconocido la existencia de intromisión ilegítima, pero sin daño alguno que reparar.

Se trata del caso resuelto por la STC 202/1999, de 8 de noviembre. La base fáctica de la decisión fue la siguiente: Una entidad crediticia disponía de un fichero automatizado denominado "absentismo con baja médica", en el que no sólo constaban las bajas y fechas de alta, sino también los diagnósticos de las enfermedades padecidas por los empleados. Uno de ellos demandó a dicha entidad porque entendió que la existencia de ese fichero vulneraba su derecho a la intimidad. El Juzgado de lo Social y el TSJ de Cataluña, ante el que se interpuso recurso de suplicación, desestimaron la pretensión. Sin embargo, solicitado el amparo, el TC entendió que el hecho de que en la mencionada base de datos constase, sin el consentimiento de los trabajadores, el diagnóstico de las enfermedades por ellos padecidas, vulneraba su derecho a la intimidad.

A lo que aquí interesa, el TC declaró la existencia de una intromisión ilegítima en la intimidad del trabajador y, para restablecerlo en su derecho, ordenó "la inmediata supresión de las referencias existentes a los diagnósticos médicos en la citada base de datos". Sin embargo, la sentencia no reconoció los daños morales y materiales alegados por el recurrente (a saber: "estados de nerviosismo y pesadumbre originados por el conflicto y por el tiempo de actividad dedicado a su resolución"), El TC entendió que el derecho a la intimidad ya queda preservado y restablecido con la supresión de la base de datos, y que ningún daño moral había que indemnizar.

Hay que tener en cuenta que en el caso no se habían divulgado datos relativos a la salud del trabajador. La intromisión ilegítima en la intimidad se produjo por la mera existencia de esa base de datos en las que se contenían, innecesariamente, referencias a las enfermedades de los empleados. Por ello, con muy buen criterio, el TC reconoció la vulneración del derecho y, como mecanismo para su restablecimiento, ordenó el cese en esa práctica ilegítima; pero, como no había daño alguno que reparar, no acogió ninguna medida resarcitoria.

Ejemplo parecido lo encontramos en los casos de inclusión indebida en un fichero de morosos. La jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto; por ejemplo, las SSTs 5 julio 2004 (RJ 2004, 4941), 24 abril 2009 (RJ 2009, 31 66) y 9 abril 2012 (RJ 2012, 4638) señalan que constituye un ataque al honor del demandante la inclusión indebida en un registro de morosos, puesto que implica un descrédito y desmerecimiento en la consideración ajena. El TS entiende que es intrascendente el hecho de que haya sido o no consultado por terceras personas: la intromisión ilegítima se da sólo por la mera posibilidad de su conocimiento público. Este dato es, sin embargo, relevante a la hora de ponderar el daño patrimonial (por ejemplo, la denegación de un préstamo hipotecario o de un préstamo personal). Así, en el caso resuelto por la citada STS 9 abril 2012 se indemnizó a la demandante con la concesión de 12.000 euros, teniendo en cuenta el tiempo de permanencia en el fichero (dos años y medio) y las veces que terceras personas habían consultado ese fichero (según el histórico, ocurrió en tres ocasiones).

2) Otro ejemplo de “intromisión ilegítima”, que no necesariamente causará un daño moral, lo constituye, en mi opinión, el supuesto del apartado 1 del art. 7 LO 1/1982, que dice que constituye una intromisión ilegítima: “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”. La simple colocación del aparato, aunque no se haga uso del mismo, permite calificar al supuesto de intromisión ilegítima, sin que sea precisa su utilización.

Ahora bien, aun cuando exista intromisión ilegítima, en mi opinión, si no se han utilizado, el demandado podría probar que no se ha producido daño moral alguno⁸. Así sucedería, por ejemplo, si ese emplazamiento sin utilización se realizara en los aseos de una cafetería. Si aquí también se afirma la existencia de de daño, se daría el inconveniente de que difícilmente podríamos verificar quién es la víctima, y, por ende, quién tiene legitimación para demandar la indemnización de daños y perjuicios⁹.

8 Parecidamente, YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos”, cit., p. 1336, quien cita la STC 98/2000, de 10 de abril, de la que puede deducirse que no es necesaria la grabación mediante micrófonos para que pueda considerarse la existencia de intromisión ilegítima.

9 El ejemplo es de CAVANILLAS MÚGICA, S. Y GRIMALT SERVERA, P.: “Honor, intimidad y propia imagen”; sin embargo, estos autores lo ponen para cuestionar la propia existencia de intromisión ilegítima. Según entienden, esta última se confunde, en el art. 7 LO 1/1982, con los medios a través de los que se puede producir “ya que se equipara equivocadamente lesión a los bienes jurídicos protegidos/medios de intromisión”. Por ello, en casos como el

En estos casos de emplazamiento de dispositivos ópticos, de escucha, etc., que no sean utilizados, cabrán lógicamente el resto de medidas que no tengan carácter resarcitorio (ni específico, ni genérico), como las cautelares, las de cesación y las de abstención, que pongan fin a la intromisión y que eviten o impidan intromisiones ulteriores. Es decir, en el ejemplo anterior, entiendo que cualquier cliente está legitimado pasivamente para pedir, por ejemplo, el cese de la intromisión consistente sólo en el emplazamiento de los aparatos. Sin embargo, sólo quienes resulten filmados estarían legitimados para entablar una acción indemnizatoria.

3) Por último, también como ejemplos de intromisiones ilegítimas que no causan daños, podrían traerse a colación muchos de los casos en los que se ha condenado a indemnizar una cantidad simbólica. Por ejemplo, alguna sentencia, como la STS 23 febrero 1989 (RJ 1989, 1250), que condenó a indemnizar en una peseta por la lesión al derecho al honor de un ginecólogo, que era partidario del aborto, y del que habían hablado otros compañeros suyos de modo ofensivo.

Claro, la duda es, si en casos como éste, hay realmente daño moral. Creo que la respuesta es negativa porque una indemnización simbólica, como ya ha señalado algún autor¹⁰, no es propiamente una indemnización, y en consecuencia si no hay indemnización es porque no hay daño en sentido jurídico, del que se deba responder; aunque ello no impide que puedan adoptarse otras medidas en tutela de su derecho, como, por ejemplo, una acción de abstención, para prevenir o evitar intromisiones ulteriores.

La indemnización simbólica, por tanto nada repara. Su razón de ser parece más bien la del reconocimiento de que ha habido una agresión del derecho, y, sin embargo, esta función no es propia de la responsabilidad civil.

Por ello, no es de extrañar que las "indemnizaciones simbólicas" hayan sido rechazadas y criticadas por la jurisprudencia mayoritaria¹¹, a pesar de que hay algunas sentencias que las han concedido y resultan dignas de análisis.

En ese sentido, ilustrativa es la controversia judicial originada en el caso de Isabel Preysler, cuando su niñera divulgó, en una conocida publicación, algunos datos referentes a su físico, alimentación, vestuario, costumbres familiares, etc. La STS 31 diciembre 1996 (RJ 1996, 9226) entendió que, dada la escasa entidad de los "chismes", no se había producido una intromisión en la intimidad de la demandante

del ejemplo, interpretan que en realidad sólo se produciría intromisión ilegítima en relación con el sujeto que fuera filmado.

10 MARTÍN CASALS, M.: "Notas sobre la indemnización", cit., pp. 1264 y 1265. Le sigue: YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos", cit., p. 1396.

11 Por todas, puede verse la STS 18 noviembre 2002 (RJ 2002, 10261).

y casó la sentencia de la Audiencia que le había concedido una indemnización de 10 millones de ptas., absolviendo, pues, a la niñera.

La decisión del TS fue anulada por la STC 115/2000, de 5 mayo, que declaró la existencia de intromisión ilegítima y propició que aquél tuviera que volver a pronunciarse sobre el asunto en la STS 20 julio 2000 (RJ 2000, 6184), que concedió una indemnización por daño moral de 25.000 ptas. La cantidad le pareció irrisoria a la demandante, que volvió a recurrir en amparo y a obtener una decisión favorable (STC 186/2001, de 17 septiembre). El TC, en esta ocasión, apreció que el TS, al valorar de esa manera el *quantum* indemnizatorio, se apartó de los criterios indicados por la STC 5 mayo 2000. No obstante, lo llamativo fue que en esta ocasión el TC no se limitó a anular la sentencia del Supremo, sino que fijó la indemnización del daño moral, remitiéndose a la que, en su día, acordó la Audiencia (esto es: 10 millones de ptas.). No es éste el momento de valorar la competencia del TC para dictar este tipo de pronunciamientos; lo único que me interesa es destacar lo que suelen esconder las indemnizaciones simbólicas. En el caso, el TS estaba convencido de que no existía intromisión ilegítima, ni daño moral alguno; sin embargo, tras la STC 5 mayo 2000, estaba obligado a afirmar lo contrario, con lo que optó por recurrir al expediente de la condena irrisoria (con el que tácitamente volvía a declarar la inexistencia de lesión jurídicamente relevante).

Exactamente lo mismo ha sucedido en otra controversia más reciente: una revista publicó las fotos de un conocido financiero, tumbado en una playa junto a una mujer; y el TS, en contra de la Audiencia que había concedido 20 millones de ptas. en concepto de indemnización, entendió que no se había producido intromisión ilegítima en su derechos a la intimidad y a la propia imagen¹². Solicitado el amparo, el TC¹³ lo otorgó y anuló la sentencia del TS, que tuvo que volver a pronunciarse sobre el asunto, concediendo, en esta ocasión, la cantidad de 200 euros por los “escasos” perjuicios sufridos por el demandante¹⁴. Éste volvió a recurrir en amparo contra esa decisión, y el TC, de nuevo, declaró la nulidad de la última sentencia del TS y volvió a declarar la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial, en cuanto a la indemnización¹⁵.

En esta última ocasión, hubo un interesante voto particular a la STC, que defiende la posibilidad de que existan intromisiones ilegítimas que no causan daños. Según el magistrado que lo formuló, en el caso concreto, sí existió una intromisión ilegítima, pero no hubo daño indemnizable. Además, el voto particular recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que también ha rechazado que las

12 STS 17 diciembre 1997 (RJ 1997, 9100).

13 STC 83/2000, de 22 abril 2002.

14 STS 14 noviembre 2002 (RJ 2002, 9816).

15 STC 23 de octubre 2006 (La Ley JURIS 2006, 1947).

vulneraciones al art. 8 CEDH (derecho al respeto a la vida privada y familiar) lleven necesariamente aparejada una indemnización económica.

Del análisis de las sentencias anteriores creo que puede concluirse que las indemnizaciones simbólicas, en la práctica, se conceden en dos casos: 1) Cuando resulta dudoso que haya existido una verdadera intromisión ilegítima, y, por ende, daño; 2) Cuando, a pesar de la intromisión ilegítima, no hay daño que indemnizar (como ocurrió en el caso del ginecólogo), aunque esto último sucede con menos frecuencia. En esta segunda hipótesis, el hecho de que no haya perjuicio, ni, por ende, responsabilidad civil, no significa que, ante la agresión, no puedan prosperar otras acciones, como la de cesación o de abstención, que no tienen carácter resarcitorio. Para estas medidas, aunque los jueces parecen olvidarlo, no hace falta que exista daño, ni ningún otro requisito de la responsabilidad civil.

Podría pensarse, sin embargo, que negar la indemnización, en casos en que se reconoce que se ha producido una intromisión ilegítima, protege a quienes la llevan a cabo en perjuicio de quienes la sufren. Sin embargo, la función de la responsabilidad civil es siempre compensatoria y no punitiva. Además de que existen otras medidas para frenar la intromisión y evitar que se propague en un futuro.

Lo que me parece inaceptable es que los jueces tengan que conceder “a toda costa” una indemnización de daños y perjuicios, siempre que aprecien la existencia de una intromisión ilegítima.

Del análisis de todos estos supuestos creo que es posible concluir que puede haber intromisiones ilegítimas sin que haya daño alguno que indemnizar, bien porque se repara íntegramente de forma específica (a través, por ejemplo, de la difusión de la sentencia o del ejercicio del derecho de réplica o la rectificación), bien porque, a pesar de la intromisión, el daño no llega a producirse.

La existencia de esos supuestos justifica, a mi modo de ver, que la presunción del art. 9.3 LO 1/1982 tenga un carácter *iuris tantum*, y que, por tanto, en todos ellos, el demandado pueda destruir la presunción acreditando que no hay daño alguno que indemnizar. Hay que tener en cuenta que si no pudiera destruirse la presunción, el sujeto acabaría respondiendo civilmente de un daño inexistente (lo cual resulta inconcebible, cuando de la responsabilidad civil se trata).

III. CRITERIOS DE VALORACIÓN DEL DAÑO

Dice art. 9.3 LO 1/1982 que el daño moral “se valorará atendiendo las circunstancias del caso y 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”.

La reciente reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del CP ha eliminado, de entre los criterios de valoración del daño, el que tenía en cuenta “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”, que ya no juega por tanto como tal, sino como finalidad que cabe perseguir con la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas (art. 9.2 LO 1/1982).

Es de alabar que el legislador, con la reforma, haya acogido las voces doctrinales que criticaron duramente la inclusión de ese parámetro como relevante a la hora de cuantificar el daño. Con razón se dijo que este último nada tiene que ver con la función compensatoria de la responsabilidad civil y que parecía, más bien, un intento de incursión de los daños punitivos¹⁶. La posibilidad de que a través de este criterio se concedieran indemnizaciones con fines punitivos creo que debía rechazarse porque, en nuestro Derecho de daños, la institución de la responsabilidad civil no pretende castigar un determinado comportamiento, ni reprochar una conducta, sino que busca algo distinto: la reparación del daño; y, para dicha reparación será indiferente el beneficio que haya podido obtener el infractor. También se explicó el criterio con base en la idea de la prohibición del enriquecimiento injusto, sin embargo, esta institución también es distinta a la de la responsabilidad civil¹⁷.

Los Tribunales, en las pocas ocasiones en que utilizaron el criterio del “beneficio obtenido por el infractor” para fijar la indemnización, también reconocieron los problemas que planteaba. En ese sentido es bien ilustrativa la STS 7 diciembre 1995 (RJ 1995, 9268), pronunciada en un asunto en el que los padres adoptivos de dos menores, en su representación, entablaron una demanda contra una famosa revista por la publicación de un reportaje en el que se entrevistaba a la madre biológica de aquéllos y se daba cuenta, entre otras cosas, de cómo y cuándo había ejercido la prostitución. El TS entendió que se había producido una intromisión ilegítima en la intimidad de los menores y que el daño moral debía valorarse atendiendo a la gran difusión de la noticia (por tener la revista una amplia divulgación en el ámbito nacional) y también conforme al beneficio obtenido por el infractor: Con este último criterio, según la sentencia, se puede impedir que la revista que incurrió en la intromisión ilegítima, obtenga, aún después del abono de la indemnización, un beneficio económico, y por tanto se puede evitar un enriquecimiento injusto por parte del infractor (además de alentarle de realizar futuras intromisiones).

16 YZQUIERDO TOLSADA, M.: “Daños a los derechos”, cit., p. 1395.

17 En ese sentido: MARTÍN CASALS, M. Y SALVADOR CODERCH, P.: “Comentario a la STS de 18 de abril de 1989”, cit., p. 761.

Por todo ello, parece loable que el legislador haya cambiado la naturaleza del criterio: insisto, ya no es un parámetro para valorar el daño sufrido, porque nada tiene que ver con éste, sino que es una de las finalidades que persigue la tutela judicial ante una intromisión ilegítima. O dicho en otras palabras: puede conseguirse que resulte económicamente más gravoso difamar que dejar de hacerlo.

En cuanto al resto de los parámetros a los que hace referencia el art. 9.3 LO 1/1982, no es éste el momento de analizarlos en profundidad; me limitaré, pues, a realizar algunas observaciones generales:

1) En lo atinente a las “circunstancias del caso”, la jurisprudencia siempre ha tenido en cuenta las de carácter subjetivo, referidas a la víctima del daño, tales como su edad y reputación social mejor o peor (dada la propia imposición que realiza el art. 2.1 LO 1/1982). En cambio, en la actualidad, se entiende que atentaría contra el art. 14 CE tener en cuenta el sexo del perjudicado.

Además, se plantea el problema de la inclusión, dentro de las “circunstancias del caso”, de algunos criterios que no aparecen expresamente mencionados en el art. 9.3 LO 1/1982, como ocurre, por ejemplo, con la situación económica del perjudicado. Si de daños morales se trata, difícilmente esa situación podrá ser tenida en cuenta para fijar la indemnización porque la misma lesión a la intimidad o al honor se le puede causar a un personaje rico que a otro pobre. Sin embargo, en alguna ocasión ese criterio ha sido tenido en cuenta por el TS para disminuir la indemnización. Así ha sucedido en la, ya comentada, STS 14 noviembre 2002, que se pronunció sobre la agresión ilegítima en la intimidad y en la propia imagen de un financiero, al aparecer publicadas unas fotografías suyas tumbado en la playa junto a una mujer. El TS atendió a la “capacidad económica alta” del perjudicado, a la escasa trascendencia de las fotos, a su obtención en un lugar público por persona amiga, y a su difusión por persona desconocida, para reducir el monto indemnizatorio fijado por la Audiencia (de 20.000.000 ptas. a 200 euros). Sin embargo, solicitado el amparo, el TC entendió que esos criterios carecían de sustento en los establecidos en el art. 9.3 LO 1/1982, y anuló la decisión del TS.

2) En cuanto a “la gravedad de la lesión efectivamente producida” confirma el carácter meramente compensatorio de la indemnización por daño moral. El legislador no se refiere a la gravedad de la conducta, sino sólo a la lesión que aquélla reporta a al víctima. Y es que, a los efectos de la responsabilidad civil, será irrelevante que dicha conducta sea más o menos grave, más o menos reprochable; lo determinante será el perjuicio sufrido. No obstante, cuando de daños morales se trata, no puede negarse que la indemnización podría ser mayor en los casos de dolo o culpa grave, y menor en los de culpa leve o levísima, porque, como dice PANTALEÓN, según se dé

uno u otro caso, será mayor o menor el daño moral mismo, la repercusión psíquica que el hecho dañoso tenga sobre el perjudicado¹⁸.

Para determinar la gravedad de la lesión, dice el art. 9.3 LO 1/1982, se puede tener cuenta "la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido". La referencia a este criterio parece pensada para los supuestos que más se presentan en la práctica: intromisiones ilegítimas producidas mediante los medios de comunicación. Así, para valorar la audiencia o difusión, los Tribunales tienen en cuenta el número de ejemplares vendidos, encuestas de audición, etc. Sin embargo, también puede ocurrir que la intromisión no se produzca mediante un medio de comunicación social, sino a través de un escrito privado o circular:

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha venido considerando que el ámbito geográfico del medio, al ser indicativo de la difusión o audiencia, está íntimamente relacionado con la gravedad de la lesión¹⁹. Sin embargo, como ya han matizado algunos autores²⁰ y algunas sentencias²¹, no siempre ocurrirá así: en algunos casos, a pesar de que dicho ámbito geográfico sea reducido, la lesión puede ser muy grave cuando se lleve a cabo en algún medio local o regional de gran difusión en el lugar en que el difamado vive o desarrolla su actividad social o profesional.

El criterio de la difusión o audiencia, en los últimos tiempos, presenta un problema añadido que debe ser tenido en cuenta: las agresiones ilegítimas producidas mediante la moderna sociedad de la información, y, especialmente, a través de Internet. En esos casos, puede conseguirse, por ejemplo, que una imagen o un sonido alcancen una difusión casi infinita. Lo peor es que, además, difícilmente funcionará la tutela inhibitoria o negatoria, ya que resulta imposible controlar el reenvío privado entre particulares.

Como síntesis de la aplicación de los criterios del art. 9.3 LO 1982 para la fijación del daño, puede traerse a colación la reciente STS 24 julio 2012 (RJ 2012, 8371), que ha concedido una cuantiosa indemnización (310.000 euros) a la actriz Elsa Pataky, en un caso que tuvo, en su día, gran repercusión mediática. Los hechos fueron los siguientes: La actriz estaba en una playa apartada, evitando las miradas ajenas, para realizar un reportaje fotográfico para otra revista, para la que iba a posar sin llevar la parte de arriba del bikini, pero sólo de espaldas. Otro medio de comunicación

18 PANTALEÓN PRIETO, F.: "Comentario al art. 1.902", cit., p. 1971.

19 Por todas, puede verse la STS 27 octubre 1989 (RJ 1989, 6966) que tuvo en cuenta "la no muy amplia difusión y audiencia del medio de publicidad demandado, el diario "La Región" de principal circulación en Orense únicamente".

20 MARTÍN CASALS, M. Y SALVADOR CODERCH, P.: "Comentario a la STS de 18 de abril de 1989", cit., p. 761; MARTÍN CASALS, M.: "Notas sobre la indemnización", cit., pp 1271 y 1272; YZQUIERDO TOLSADA, M.: "Daños a los derechos", cit., p. 1396.

21 En ese sentido, puede verse la STS 21 febrero 2000 (RJ 2000, 751), que tiene en cuenta el hecho de que el periódico fuera de ámbito regional.

captó imágenes de la actriz mientras llevaba a cabo la susodicha sesión fotográfica, y consiguieron incluso imágenes en las que aparecía desnuda de cintura para arriba, dándoles publicación en la revista *Interviú* y *Cuore*. Los Tribunales dieron la razón a la actriz y entendieron que se produjo una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la propia imagen porque ella no consintió ese tipo de fotografías (aun cuando tenía pactada la "exclusiva" de otras fotos con otra revista). A lo que aquí interesa, el TS considera que la valoración del daño realizado por el Juzgado de primera instancia es razonada y correcta, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto, por lo que confirma la sentencia dictada en la primera instancia en orden a la valoración y reparación del daño.

Así las cosas, para la valoración del daño moral se tuvieron en cuenta los siguientes criterios: de un lado, la entidad o gravedad del daño moral y la difusión que tuvieron los reportajes por las revistas demandadas. En cuanto a lo primero (gravedad del daño) considera el TS que la consiguiente angustia, desazón y graves sufrimiento moral que padeció la actriz al aparecer desnuda, máxime —y a este punto se le dio mucha importancia— cuando nunca antes había hecho posados de ese tipo, ni tampoco escenas cinematográficas (salvo una en una película, en la que aparece de espaldas). En relación con lo segundo (difusión de los reportajes), los Tribunales consideraron que tuvieron una notable repercusión mediática, porque se habló de ellos durante mucho tiempo en distintos programas radiofónicos y televisivos. Además, también se tuvo en cuenta los beneficios netos que obtuvo la revista con la publicación de las fotografías, por cuanto aumentó considerablemente el número de ejemplares vendidos. Este último criterio, no obstante, como ya se ha dicho, es altamente criticable porque no obedece a la reparación del daño. Además, conforme al art. 9.2 LO 1/1982, y para evitar la propagación del daño y futuras intromisiones ilegítimas, se condenó a las demandadas a entregar a la demandante para su destrucción todas las fotografías captadas, así como se les prohibió divulgarlas o utilizarlas en un futuro. Por otro lado, como medio de reparación específica, se ordenó a las demandadas publicar la sentencia en los diarios, revistas y páginas digitales elegidas por la demandante.

Por último, hay que tener en cuenta que la fijación del *quantum indemnizatorio* corresponde a los Tribunales de instancia, sin que pueda, en principio, revisarse en casación. Sin embargo, ya se ha consolidado en la jurisprudencia la regla según la cual el TS puede llegar a modificar la indemnización fijada en la instancia cuando considere que en su ponderación no han sido tenidos en cuenta los criterios legales especificados en el art. 9.3 LO 1/1982 o lo hayan sido de manera arbitraria, inadecuada o irracional. Por poner un ejemplo de esa práctica jurisprudencial cabe mencionar, entre otras muchas, la STS 28 abril 2003 que entendió que por las circunstancias del caso (abogado al que una publicación incluyó en el sumario de

una trama de tráfico de drogas) y por la gran difusión de la noticia, el importe de la indemnización debía cambiarse de 25.000 ptas. a 6.000 euros.

Se evita así que, al ser la fijación del *quantum* una cuestión confiada a los Tribunales de instancia, se consoliden decisiones arbitrarias, ya que en casación podrían corregirse las desviaciones notables que se observen respecto de los criterios de valoración.