

# LA PROTECCIÓN DE LA DIGNIDAD DE LAS VÍCTIMAS DE UN DELITO (LA REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 1/1982 POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010)

PEDRO GRIMALT SERVERA  
Profesor Titular de Universidad  
Universidad de las Islas Baleares

*Recepción:* 29/06/2011  
*Aceptación después de revisión:* 22/07/2011  
*Publicación:* 28/10/2011

I. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: EL USO DEL DELITO PARA MENOSCARAR LA DIGNIDAD DE LA VÍCTIMA: 1. «*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*» como intromisión ilegítima tipificada (art. 7.8 LO 1/1982): 1.1. El menoscabo de la dignidad de las víctimas. 1.2. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad u obtener provecho económico. 1.3. La divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos. 2. *La libertad de expresión y la libertad de información como causas justificadoras de la conducta del art. 7.8 LO 1/1982*: 2.1. La libertad de información. 2.2. La libertad de expresión. 3. *El consentimiento de la víctima*. 4. *Los actos propios de la víctima del delito*. 5. *Los usos sociales como criterio delimitador del contenido de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*. II. LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD, DEL HONOR O DE LA PROPIA IMAGEN DE LA VÍCTIMA DE UN DELITO: 1. *El ejercicio de la acción por parte de la víctima del delito aunque no haya sostenido acción alguna en el proceso penal precedente*. 2. *La legitimación del Ministerio Fiscal*. 3. *La víctima del delito que ve menoscabada su dignidad ya ha fallecido*. III. LA TUTELA JUDICIAL FRENTE A LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS: 1. *La modificación del art. 9 de la LO 1/1982: cuestiones generales*. 2. «*La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos*» como tutela de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. BIBLIOGRAFÍA.

## RESUMEN

Para proteger la dignidad de las víctimas de un delito, en la LO 1/1982: a) se han introducido nuevos tipos de intromisiones ilegítimas, que se analizan; también se estudia si condicionan esta calificación las libertades de información y de expresión, el consentimiento o los actos propios de la víctima, y los usos sociales; b) se legitima al Ministerio Fiscal para soste-

ner la acción cuando se den estas nuevas intromisiones ilegítimas, analizándose cómo, cuándo y contra quién puede actuar; c) se establece en beneficio de cualquier persona que ve vulnerado su honor, intimidad o propia imagen, sea víctima de un delito o no, y como una medida distinta a la indemnización: la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos, que se analiza, así como si son posibles correctores de esta medida.

*PALABRAS CLAVES:* honor, intimidad, propia imagen; protección de la dignidad de la víctima de un delito; límites a la protección de la dignidad de la víctima de un delito; indemnización *versus* daños punitivos.

#### ABSTRACT

The article analyses the following measures introduced in the Organic Law 1/1982 to protect crime victims dignity: a) new kinds of illegitimate interferences, whose legal treatment depends on diverse factors, as freedom of speech, victim's consent or behaviour, and social norms; b) District Attorney has authority to bring an action when the mentioned new illegitimate interferences occur; c) any person whose honour, privacy or own image has been damaged can claim the benefit of the infringer.

*KEY WORDS:* honour, privacy, own image; protection of crime victim dignity; limits to the protection of crime victim dignity; compensation *versus* punitive damages

No descubro nada si afirmo que en diferentes cadenas de televisión han ido proliferando programas que se dedican a desmenuzar la vida privada de las personas. En principio, siempre que no se trate de menores, nos gusten o no, no cabe negar licitud a estos programas si las personas que ven aireadas sus intimidades participan voluntariamente en ellos, ya busquen notoriedad, ya intenten obtener un rédito económico. Ahora bien, el problema no se centra *per se* ni en las personas que cuentan sus intimidades ni en los programas en los que participan estas personas, sino: a) primero, en las historias que se relatan o en las imágenes que se difunden y que afectan al honor, a la intimidad o a la propia imagen de terceras personas que no participan en estos programas (o, cuando participan, lo hacen involuntariamente o desconociendo qué va a pasar); b) segundo, y lo que a mí me parece más preocupante, en el halo de impunidad, por muy repulsiva que sea la invasión en los derechos fundamentales del art. 18.1 CE, en el que parecen moverse los llamados «periodistas del corazón» bajo el amparo de la libertad de expresión o de información, y, sobre todo, en «la rentabilidad» que supone esta agresión al honor, a la intimidad o a la propia

imagen: la posible indemnización que se tenga que pagar por dicha lesión se puede ver compensada por los beneficios que obtiene el programa o el personaje que vilipendia a terceros.

El legislador, siendo perfectamente consciente de este problema, tanto de que existen conductas que deben reprocharse, aunque luego deba matizarse «esta reprochabilidad» por el juego de la libertad de información o de expresión o de los actos propios de la «víctima», como de que no es de recibo que el agresor obtenga un beneficio económico de su inadmisibles conducta (a pesar de haber sido condenado a pagar una indemnización), ha reformado la LO 1/1982 a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal<sup>1</sup>: «[...] Finalmente, entre las reformas que se realizan con ocasión de esta modificación del Código Penal figura también —en la línea de protección de las víctimas de delitos que la caracteriza— la introducción de una tutela civil específica de los derechos de éstas. No infrecuentemente, en los últimos tiempos han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable. Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad. Dadas las limitaciones que caracterizan al Derecho penal, se ha considerado que la vía idónea para responder adecuadamente a este fenómeno consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima. Además, a fin de reforzar la tutela, se ha optado por legitimar para la acción al Ministerio Fiscal, en tanto que defensor de los derechos de los ciudadanos» (Preámbulo de la LO 5/2010).

## I. INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: EL USO DEL DELITO PARA MENOSCABAR LA DIGNIDAD DE LA VÍCTIMA

La LO 5/2010 introduce nuevos supuestos de intromisión ilegítima en el art. 7 LO 1/1982, a los que me referiré a continuación. Ahora bien,

<sup>1</sup> A partir de ahora, LO 5/2010.

que el art. 7.8 LO 1/1982 califique determinadas conductas como intromisiones ilegítimas no significa que necesariamente deban ser consideradas como tales, pues pueden entrar en juego otros derechos que legitimen la intromisión descrita en el art. 7 LO 1/1982 o concurran ciertas circunstancias que obliguen a revisar la calificación de la intromisión como ilegítima (como, p. ej., los usos sociales o los actos propios), que también serán objeto de referencia en este epígrafe, aunque sólo destacando aquellos puntos que puedan resultar de especial interés atendidos tanto los hechos descritos en el art. 7.8 LO 1/1982 como el porqué de esta reforma de la LO 1/1982 operada por la LO 5/2010.

1. *«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» como intromisión ilegítima tipificada (art. 7.8 LO 1/1982)*

### 1.1. *El menoscabo de la dignidad de las víctimas*

Primera idea. A diferencia de lo que ocurre con los otros supuestos de intromisión ilegítima recogidos en el art. 7 LO 1/1982 (salvo la referencia que se contiene en el art. 7.7 LO 1/1982<sup>2</sup>), el nuevo apartado sí que exige expresamente, para poder considerar que ha existido intromisión ilegítima, que la conducta del agente del daño haya producido un «menoscabo de la dignidad de las víctimas»<sup>3</sup>. ¿Supone esta exigen-

<sup>2</sup> «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» (la cursiva es mía —con el fin de no ser reiterativo, en este estudio, todas las palabras marcadas en cursiva de una norma o de una sentencia son mías—). Esta referencia a la dignidad no estaba incluida en la redacción inicial del art. 7.7 LO 1/1982, sino que es fruto de la modificación operada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (a partir de ahora, CP). En cualquier caso, obsérvese cómo la lesión a la dignidad de una persona debe suponer el «menoscabo de su fama» (trascendencia) o debe «atentar» contra su propia estimación (inmanencia).

<sup>3</sup> La literalidad del precepto nos podría hacer dudar de si esta exigencia de «menoscabo de la dignidad de la víctima» sólo se refiere a la segunda de las conductas descritas en el precepto (la divulgación de datos falsos) o también es exigible en la primera de las conductas (uso del delito para conseguir notoriedad u obtener un provecho económico). No creo que ni el Preámbulo de la LO 5/2010 ni una interpretación sistemática del precepto (véase lo que se dice en las dos ideas siguientes, segunda y tercera, y en la quinta) permitan afirmar que existe intromisión ilegítima por el solo hecho de usar del delito para conseguir notoriedad u obtener un provecho económico, aunque no haya menoscabo del honor, la intimidad o la propia imagen.

cia de menoscabo de la dignidad de las víctimas un plus en relación con el resto de supuestos del art. 7 LO 1/1982 que no exigen expresamente un menoscabo a la dignidad del agredido en su honor, en su intimidad o en su propia imagen? Esto es, para que la conducta descrita en el art. 7.8 LO 1/1982 sea calificada como intromisión ilegítima, ¿es preciso que, además de vulnerar los derechos del art. 18.1 CE, dicha conducta deba suponer un ataque a la dignidad de la víctima? ¿O, por el contrario, puede entenderse que la idea de dignidad humana que recoge el art. 7.8 LO 1/1982 es más amplia que los conceptos de honor, intimidad y propia imagen? Esto es, para calificar la conducta descrita en el art. 7.8 LO 1/1982 no haría falta vulnerar los derechos del art. 18.1 CE, sino que sería suficiente con menoscabar la dignidad de la víctima.

Sí que parece claro que la literalidad del art. 7.8 LO 1/1982 impide equiparar 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 con menoscabo de la dignidad de las víctimas<sup>4</sup>: para que se dé el primero de los supuestos del art. 7.8 LO 1/1982 no basta con que el condenado penalmente utilice el delito para conseguir notoriedad u obtener un provecho económico, sino que además debe menoscabar la dignidad de la víctima; para que se dé el segundo de los supuestos no basta con divulgar datos falsos, esta divulgación además debe suponer un menoscabo de la dignidad de la víctima.

Segunda idea. Debe responderse negativamente a la primera de las preguntas que nos hemos formulado: la referencia expresa al menoscabo de la dignidad de la víctima no supone un plus de exigencia en relación con el resto de conductas del art. 7 LO 1/1982 calificadas como intromisiones ilegítimas y que no contienen referencia a la dignidad de la persona, pues toda intromisión ilegítima en el honor, en la intimidad o en la propia imagen de una persona supone un menoscabo de su dignidad. Dicho de otra manera: el menoscabo de la dignidad de la persona es consustancial a toda intromisión ilegítima en los derechos del art. 18.1 CE; por tanto, si el condenado penalmente utiliza el delito para conseguir notoriedad, p. ej., y su conducta no supone «un menoscabo para la dignidad de la víctima», no puede existir lesión al honor, a la intimidad o a la propia imagen de la víctima.

La respuesta anterior es consecuencia lógica de la propia naturale-

<sup>4</sup> «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». A contrario, si no supone menoscabo, no hay intromisión.

za de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: son, sin duda, derechos de la personalidad y, por tanto, vinculados a la idea de dignidad humana del art. 10.1 CE: «[...] este Tribunal tiene declarado que los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, consagrados en el art. 18.1 de la Constitución, a pesar de su estrecha relación en tanto que derechos de la personalidad, *derivados de la dignidad humana*<sup>5</sup> y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, tienen, no obstante, un contenido propio y específico [...]» (STC 156/2001 de 2 julio).

Tercera idea. Tampoco creo que la referencia a la dignidad de la víctima en el art. 7.8 LO 1/1982 implique que no haga falta que se produzca una lesión en los derechos del art. 18.1 CE de la víctima para considerar la conducta como intromisión ilegítima, primero, porque el art. 7 regula las intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y, segundo, porque el Preámbulo de la LO 5/2010 vincula claramente la conducta descrita en el art. 7.8 LO 1/1982 con la lesión al honor o a la intimidad: «[...] Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, que son sometidos a una nueva experiencia traumática derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad [...]».

Cuestión distinta es que la protección del honor, de la propia imagen y, muy especialmente, de la intimidad se circunscriba a las conductas descritas en el art. 7 LO 1/1982, pues, como se dirá, este precepto no agota las posibles agresiones al honor, a la intimidad o/y a la propia imagen.

Cuarta idea. El art. 7.8 LO 1/1982 habla del menoscabo de la dignidad de la víctima de un delito: ¿se podría aplicar el art. 7.8 LO 1/1982 si la conducta descrita, además de menoscabar la dignidad de la víctima, afecta también a la «dignidad de otras personas»? Frente a la literalidad del precepto, que sólo se refiere a las víctimas del delito, podríamos argüir el Preámbulo de la LO 5/2010, pues en el mismo se dice que estos «[...] comportamientos [se refiere a las conductas que va a tipificar como intromisiones ilegítimas] atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y *de sus allegados* [...]». En cualquier caso, no creo que la discusión sea especialmente relevante, pues en la medida en que la conducta descrita en el art. 7.8 LO 1/1982 vulnere

---

<sup>5</sup> Véanse, p. ej., vinculando la dignidad humana con honor, intimidad o propia imagen, las SSTC 41/2011, de 11 abril (honor); 14/2003, de 28 enero (propia imagen); 185/2002, de 14 octubre (intimidad y propia imagen).

la intimidad familiar, «los familiares protegidos (allegados)» podrán reaccionar contra el condenado penalmente que además lesiona la intimidad familiar, por estar protegida directamente por el art. 18.1 CE<sup>6</sup>.

Quinta idea. ¿Era necesario, por tanto, referirse expresamente al menoscabo de la dignidad de la víctima como presupuesto para considerar la conducta descrita como intromisión ilegítima? Aunque no pueda decirse que esté de más, no parece necesaria esta referencia expresa, ya que, dado el contexto en el que se describe la conducta ilícita, necesariamente debe entenderse que 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, para ser considerados como intromisión ilegítima, deben suponer una agresión al honor, a la intimidad o a la propia imagen de la víctima (por tanto, deben entrañar un menoscabo de su dignidad).

## 1.2. *La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad u obtener provecho económico*

Primera idea. Doy por supuesto (y así se deduce de la redacción del precepto) que el condenado penalmente utiliza el delito por el que ha sido condenado para obtener notoriedad o un beneficio económico, no cualquier otro. Esto es, si un condenado penalmente se refiere a un delito por el que no ha sido condenado, su conducta no puede integrarse en el art. 7.8 LO 1/1982, sin perjuicio de que sí pueda integrarse en otros supuestos del art. 7 LO 1/1982 o suponer, más genéricamente, una violación del art. 18.1 CE.

Segunda idea (primer interrogante). La literalidad de este supuesto de hecho genera, de entrada, algunos interrogantes. Vayamos con el primero: si el condenado no utiliza el delito para conseguir notoriedad (imaginemos que ya la tiene) o para obtener un provecho económico (no cobra), sino simplemente para menoscabar el honor, la intimidad o la propia imagen de la víctima, ¿esto no puede calificarse de intromi-

<sup>6</sup> Véanse las SSTC 60/2010, de 7 octubre; 236/2007, de 7 noviembre; 134/1999, de 15 de julio; 197/1991, de 17 de octubre; 231/1988, de 2 de diciembre. Forman parte del vínculo íntimo familiar, al menos, las relaciones entre cónyuges (y, por extensión, las relaciones análogas de afectividad) y las relaciones padres e hijos —véase ROMERO COLOMA, A. M. (1985), *Los bienes y los derechos de la personalidad*, Trivium, S.A., pág. 43—, aunque yo incluiría, además y como mínimo, aspectos de las relaciones entre hermanos y entre abuelos y nietos —GRIMALT SERVERA, P. (2007), *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, págs. 36-37—.

sión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen de la víctima? ¿Podemos interpretar *a contrario* este supuesto de hecho? Como diré más adelante, debemos dar una respuesta negativa a esta última pregunta.

Tercera idea (segundo interrogante). El art. 7.8 LO 1/1982 se refiere al condenado por sentencia penal firme, ¿significa eso que si el condenado ha recurrido o está en periodo en el que aún puede recurrir si se aprovecha del delito para conseguir notoriedad u obtener provecho menoscabando la dignidad de la víctima no es intromisión ilegítima? Es más, si un sujeto violenta/humilla a otro y lo graba y se va a la televisión alardeando de la agresión y muestra la grabación, haya condena penal o no, incluso haya diligencias penales o no, ¿tal conducta no podrá ser considerada como una intromisión ilegítima en los derechos del art. 18.1 CE (sin perjuicio de que hayan lesionado otros derechos)? ¿Habrá que esperar a que haya condena penal firme? También aquí creo que hay que dar una respuesta negativa a esta última pregunta por lo que se señalará a continuación.

Cuarta idea. No creo que fuera voluntad del legislador que del art. 7.8 LO 1/1982 se derivara una interpretación *a contrario* puesto que no se deduce para nada que pretendiese regular cuáles son las concretas conductas del condenado penalmente que puedan calificarse como intromisiones ilegítimas en el honor, en la intimidad y en la propia imagen, sino que la regulación del legislador es una reacción frente a unas conductas lesivas muy concretas y muy visibles del condenado penalmente (se regulan estas conductas, no se excluyen otras —yo creo que el Preámbulo, que se ha reproducido al principio, permite tal afirmación—). Además, otra interpretación posiblemente fuese inconstitucional, porque supondría un recorte de los derechos fundamentales del art. 18.1 CE. En efecto, el art. 7 LO 1/1982 no puede considerarse como una lista cerrada de casos de intromisión ilegítima (lo que dificultaría la aplicación *a contrario* del art. 7.8 LO 1/1982), pues la protección del honor, de la intimidad y de la propia imagen deriva directamente del art. 18.1 CE: «[...] El art. 7 de la LO 1/1982 tipifica conductas que tienen la consideración de intromisión ilegítima. Se entiende que se trata de un regulación abierta (no es *numerus clausus*)<sup>7</sup>; por tanto, el art. 7 no agota las posibles agresiones a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Es más, si se compara el alcance que ha dado el Tribu-

<sup>7</sup> Véanse las SSTs de 19 de julio de 2004 (ref. Iustel § 229844) —con matices—, de 1 de julio de 1992 (RJ 1992\6499) y de 4 de noviembre de 1986 (RJ 1986\6205). Véase GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 63-65 y doctrina que se cita en su nota 130.



nal Constitucional a los derechos al honor, a la intimidad (especialmente a éste) y a la propia imagen es fácil percatarse de que es de más largo recorrido que el que pueda deducirse del art. 7 de la LO 1/1982. Por tanto, y teniendo en cuenta que la LO 1/1982 no puede limitar el contenido esencial de los derechos del art. 18.1 CE, hay que concluir que el art. 7 LO 1/1982 no puede suponer una restricción de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, por lo que los supuestos de hecho en él descritos, no pueden ser excluyentes de otras intromisiones a estos derechos [...]. «[...] Por tanto, si se considera que pueden existir agresiones atípicas a los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, el art. 7 de la LO 1/1982 no resulta definitivo para determinar todo el elenco de intromisiones ilegítimas [...]»<sup>8</sup>; aunque la tipificación expresa de ciertas conductas como intromisiones ilegítimas puede resultar importante, como se dirá más adelante.

Quinta idea. Antes de la reforma operada por la LO 5/2010, no me cabe duda alguna que podía considerarse como intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen «la utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad u obtener provecho económico [...] cuando ello [supusiera] el menoscabo de la dignidad de las víctimas», aunque tal conducta no estuviera concretada expresamente en el art. 7 LO 1/1982<sup>9</sup>; entonces, nos podríamos preguntar si regular expresamente este supuesto era necesario. Considero que la regulación de este supuesto puede resultar importante: a) tanto por la calificación expresa del supuesto como intromisión ilegítima (no sólo porque si se dan los supuestos descritos en el art. 7.8 LO 1/1982, no hay duda, existe intromisión en el honor, en la intimidad o en la propia imagen; también, como diré, es importante porque creo que la tipificación de esta conducta como intromisión ilegítima debe condicionar el conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de información); b) como por el mensaje que se puede extraer: da igual si la conducta descrita en el art. 7.8 LO 1/1982 se reitera en los medios de comunicación, el legislador (representante de los ciudadanos) ha dejado patente que la utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad u obtener provecho económico, cuando ello suponga

<sup>8</sup> GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 63-64.

<sup>9</sup> El Tribunal Constitucional «maneja» una acepción amplia de intimidad, en consonancia con los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad (GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 30-37). Si la información relativa al delito se lleva a cabo con imágenes, también puede entrar en juego el derecho a la propia imagen.

el menoscabo de la dignidad de las víctimas, supone una intromisión en el derecho al honor, o a la intimidad, o a la propia imagen (según el caso); por tanto, a mi juicio, se puede deducir que queda claro que «esa práctica de los medios televisivos», por muy reiterada que sea, no puede ampararse bajo los «usos sociales», que más adelante comentaré (tampoco es que piense que antes de la reforma de la LO 1/1982 esta conducta pudiera ampararse en «los usos sociales», pero ahora parece que no puede haber discusión).

### 1.3. *La divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos*

Primera idea. Aquí también doy por supuesto (y creo que así se deduce de la redacción del precepto) que para que se dé la última de las conductas descritas en el art. 7.8 LO 1/1982 debe ser el condenado penalmente el que divulgue datos falsos sobre los hechos delictivos por los que ha sido condenado. Esto es, si una persona (condenada penalmente o no por algún delito) divulga datos falsos de un delito por el que no ha sido condenada, su conducta no puede integrarse en el art. 7.8 LO 1/1982, sin perjuicio de que sí pueda integrarse en otros supuestos del art. 7 LO 1/1982 o suponer, más genéricamente, una violación del art. 18.1 CE.

Segunda idea. No parece nada difícil considerar como una lesión al honor la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos que supongan un menoscabo en la dignidad de la víctima; antes de la reforma operada por la LO 5/2010 era una conducta que también, sin duda, podía ser calificada como intromisión ilegítima en el honor o incluso en la propia imagen de la víctima (p. ej., mediante unas imágenes manipuladas)<sup>10</sup>.

Tercera idea. Es más, no se trata sólo de que la LO 1/1982 proteja a la víctima del delito contra la divulgación de datos falsos, el art. 18.1 CE la protege directamente de la divulgación de datos verdaderos cercanos (intimidad y/o propia imagen) o lejanos en el tiempo. Creo que puede afirmarse que actualmente es idea generalizada que la intimidad protege los recuerdos o las situaciones pasadas de las personas como manifestación de la tutela al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) para evitar, como afirmaba hace años Ortí Vallejo, que «[...] la carga del pasado [...] aplaste [a la persona] haciéndole perder su li-

---

<sup>10</sup> Puede verse en GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 27-30, 37-40 y 97-98, la protección que confieren los derechos constitucionales al honor y a la propia imagen.

bertad y le impida renovar o rehacer su personalidad [...]»<sup>11</sup>: es el derecho al olvido<sup>12</sup>; por tanto, la divulgación de datos verdaderos sobre los hechos delictivos que supongan un menoscabo en la dignidad de la víctima también puede suponer una intromisión ilegítima en la intimidad de la víctima. La víctima de un delito tiene derecho a que no se le recuerde constantemente esta, como mínimo, desagradable experiencia: la víctima tiene derecho al olvido. El Preámbulo de la LO 5/2010 no es ajeno al olvido de esta vivencia de la víctima: «[...] Tales comportamientos atentan contra la dignidad de quienes han sufrido las consecuencias de esos actos y de sus allegados, *que son sometidos a una nueva experiencia traumática* derivada de esta invasión pública de su honor e intimidad [...]». Es de sentido común: si la persona condenada penalmente tiene derecho a que su conducta ilícita sea olvidada para que pueda rehacer su vida (como manifestación al libre desarrollo de la personalidad), cuanto más la víctima de esa conducta ilícita tiene derecho a que no se la recuerden para evitar tener que revivir nuevamente una dura situación.

Cuarta idea. Si es correcto lo que acabo de señalar en la idea anterior, entonces, también nos podríamos preguntar si resultaba necesario regular expresamente este supuesto (divulgación de datos falsos de un delito con menoscabo de la dignidad de la víctima). Posiblemente sea menos necesaria que la primera de las conductas descritas en el art. 7.8 LO 1/1982, puesto que la exigencia de que los datos divulgados sean falsos para poder subsumir una determinada conducta en el último supuesto del art. 7.8 LO 1/1982 hace que la intromisión, si existe menoscabo de la dignidad de la víctima, sea evidente, sin necesidad de regulación expresa, y hace muy difícil, por no decir imposible (quiero pensar que ello es así), que dicha conducta pueda llegar a «legitimarse» a través de los usos sociales. Lo que sí me parece claro es que con la regulación expresa de este supuesto el legislador no pretendía una regulación integral de las intromisiones en «la dignidad de la víctima» por parte del condenado penalmente, sino reprochar expresamente ciertas conductas que vienen siendo habituales en el mundo televisivo.

---

<sup>11</sup> ORTÍ VALLEJO, A. (1994), *Derecho a la intimidad e informática*, Comares, págs. 150-152, siguiendo a KAYSER, P. (1984), *La protection de la vie privée*, Economica, pág. 130.

<sup>12</sup> Hace tiempo que la doctrina está configurando el derecho *al olvido*: véase la doctrina que se cita en GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., pág. 31 (nota 21). Una breve reflexión crítica muy reciente sobre el derecho al olvido y sus relaciones con Internet puede verse en SALVADOR CODERCH, P. (2011), «Entre recordar y olvidar», *El País*, 1 junio.

## 2. *La libertad de expresión y la libertad de información como causas justificadoras de la conducta del art. 7.8 LO 1/1982*

La libertad de expresión [art. 20.1.a) CE] y la libertad de información [art. 20.1.d) CE], como ha puesto de manifiesto el Tribunal Constitucional, son garantía de una opinión pública libre y del mantenimiento del pluralismo político en una sociedad democrática<sup>13</sup>. La libertad de expresión, como manifestación de ideas y opiniones, y la libertad de información, como «investigación» y/o divulgación de hechos de terceros, de una persona pueden entrar en conflicto con los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de un tercero. En tales casos será preciso ponderar las circunstancias del caso para determinar si prevalece el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen o si bien prevalecen las libertades del art. 20 CE, en cuyo caso, a pesar de que una conducta pueda ser subsumida en alguno de los supuestos del art. 7 LO 1/1982 (incluido el apartado 8), dicha conducta no podrá ser calificada de intromisión ilegítima en los derechos al honor, o a la intimidad, o a la propia imagen, sino que se tratará de una intromisión legitimada por el art. 20 CE.

### 2.1. *La libertad de información*<sup>14</sup>

Primera idea. Aunque no existe relación de jerarquía entre la libertad de información (art. 20 CE) y los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen (art. 18.1 CE), se puede deducir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que si, en la divulgación de una noticia, esta noticia es veraz y tiene relevancia pública, la libertad de información justificaría una intromisión en los derechos del art. 18.1 CE<sup>15</sup>.

Segunda idea (relevancia pública de la información como manifestación de la opinión pública libre y del mantenimiento del pluralismo político en una sociedad democrática). Se puede afirmar que si una noticia tiene trascendencia para la sociedad (o en el seno de la comunidad en la que se divulga la noticia) al contribuir a la «formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político» y, además, afecta a «personalidades públicas que ejercen funciones públi-

<sup>13</sup> Pueden verse, p. ej., las SSTC 235/2007, de 7 de noviembre; 112/2006, de 5 de abril; 53/2006, de 27 de febrero.

<sup>14</sup> La doctrina general se ha extraído de GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 85-97.

<sup>15</sup> Véanse, p. ej., las SSTC 171/2004, de 15 de octubre; 61/2004, de 19 de abril; 54/2004, de 15 de abril.

cas»<sup>16</sup> (o a personas que resultan implicadas en asuntos de relevancia o interés público<sup>17</sup>), puede afirmarse que se cumple con el primero de los requisitos para que prevalezca la libertad de información sobre los derechos del art. 18.1 CE: la relevancia pública de la información.

Es perfectamente factible que la comisión de un delito pueda tener un especial interés informativo y que afecte a personajes públicos, bien como víctimas, bien como condenados penalmente. En tales casos habría que analizar el delito como noticia desde una doble perspectiva: a) desde la perspectiva del medio de comunicación: en tal caso, siempre que la noticia fuera veraz, parece que debería prevalecer la libertad de información (en cuyo caso al medio de comunicación no debería podersele responsabilizar de la conducta del condenado penalmente); b) desde la perspectiva del condenado penalmente: como punto de partida, podría decirse que si la conducta del condenado penalmente se puede subsumir en el art. 7.8 LO 1/1982 es porque el órgano jurisdiccional ha considerado que el condenado penalmente buscaba notoriedad o un mero beneficio económico; por tanto, su interés no estaba en el ejercicio de la libertad de información, en cuyo caso la intromisión del condenado penalmente deberá seguir siendo calificada como ilegítima (esto en abstracto, porque en el caso concreto no resultará fácil afirmar que el condenado penalmente sólo busca notoriedad o sólo tiene un interés económico en la noticia de relevancia pública).

Tercera idea (relevancia pública de la información pero no como manifestación de la opinión pública libre y del mantenimiento del pluralismo político en una sociedad democrática). Para apreciar la relevancia pública o interés público en una noticia, no creo que sea necesario que ésta tenga que influir *per se* en la «formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político» (un accidente de circulación<sup>18</sup>, una acción de salvamento, la información sobre una persona con notoriedad pública no por su condición de cargo público, sino por su trabajo —artista, deportista, etc.— o porque se dedica a «divulgar» su vida privada<sup>19</sup>, sin duda pueden tener relevancia pública o ser

<sup>16</sup> Véanse las SSTC 54/2004, de 15 de abril; 148/2001, de 27 de junio.

<sup>17</sup> Véase la STC 114/1998, de 30 de junio.

<sup>18</sup> Expresamente, la STS de 15 de julio de 2005 (ref. Iustel § 243634).

<sup>19</sup> La relevancia pública de una información, en relación con las personas, va más allá de las «personalidades públicas que ejercen funciones públicas», pues se maneja un concepto más amplio como el de «personas con proyección o notoriedad pública», que incluye a personas «[...] que exponen al conocimiento de terceros su actividad profesional o su vida particular [...]» (STC 134/1999, de 15 de julio; véase también la STC 112/2000, de 5 de mayo). Por tanto, parece que pueden distinguirse tres grupos de sujetos con proyección pública: las personas que ejercen una función pública (autoridades y funcio-

de interés público<sup>20</sup>). Ahora bien, precisamente por no concurrir este requisito de la «formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político», la tutela constitucional de la libertad de información se ve reducida<sup>21</sup>; por tanto, ya no podrá afirmarse la primacía de la libertad de información sobre los derechos del art. 18.1 CE, sino que habrá que atender a las concretas circunstancias del caso.

Pues bien, si es cierto lo que acabo de decir respecto a la disminución de la protección de la libertad de información cuando la información divulgada no coadyuva a la «formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político», y teniendo en cuenta que parece obvio que el legislador tiene especial interés en proteger a las víctimas de un delito en relación con las informaciones relativas a este delito, no parece descabellado afirmar que la combinación de «la disminución de la protección de la libertad de información» y el «plus de protección de la víctima» debe hacer muy complicado que pueda justificarse la conducta del art. 7.8 LO 1/1982 en el ejercicio de la libertad de información.

Cuarta idea (relevancia pública de la información y menores). Si las personas con proyección pública tienen mayores limitaciones en sus derechos, ocurre todo lo contrario con los menores de edad, aun cuando sean los sujetos de una noticia con relevancia pública, ya que, como han resaltado la doctrina<sup>22</sup> y la jurisprudencia, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del menor gozan de un plus de protección, muy especialmente en los medios de comunicación (arts. 20.4 CE<sup>23</sup> y 4.3 LOPJM<sup>24</sup>): «[...] el superior interés del menor [es

---

narios); las personas con una actividad profesional con notoriedad pública (artistas, deportistas, literatos, etc.); las personas que se caracterizan simplemente por «divulgar» su vida privada.

<sup>20</sup> AZURMENDI ADARRAGA, A. (1997), *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, págs. 211-212.

<sup>21</sup> Idea que se puede deducir de la STC 105/1990, de 6 de junio. Véase también la STC 138/1996, de 16 de septiembre.

<sup>22</sup> Muy especialmente, DE LAMA AYMÁ, A. (2006), *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, págs. 275-285. Véase el epígrafe 3.4 de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2006, de 15 de marzo.

<sup>23</sup> Las libertades de expresión y de información «[...] tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los 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».

<sup>24</sup> «Se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales».

un] valor a primar en el conflicto existente entre los derechos fundamentales en juego [...]»<sup>25</sup>. Esto significa que sin estar vedada, a mi juicio<sup>26</sup>, la libertad de información, el punto de partida debería ser que el menor que es objeto de una información no puede ser identificado en modo alguno si la información menoscaba su honra o su interés<sup>27</sup>, y si la información que menoscaba la dignidad del menor está relacionada con un menor por ser víctima de un delito y, encima, la información noticia no coadyuva a la «formación de la opinión pública como manifestación del pluralismo político», la libertad de información no parece que pueda tener cabida como causa justificadora de la conducta del art. 7.8 LO 1/1982: «[...] el legítimo interés de un menor de que no se divulguen datos relativos a su vida familiar o personal parece imponer un límite infranqueable tanto a la libertad de expresión como al derecho fundamental a comunicar libremente información veraz, sin que la supuesta veracidad de lo revelado exonere al medio de comunicación de responsabilidad por la intromisión en la vida privada de ambos menores [...]» (STC 134/1999, de 15 julio).

Quinta idea (noticia veraz). Además del requisito de la relevancia pública de la noticia, para que pueda prevalecer la libertad de información sobre los derechos del art. 18.1 CE la noticia divulgada debe ser veraz, con lo cual, y a pesar del «concepto de veracidad» que maneja el Tribunal Constitucional (al que me referiré en la idea siguiente), cuando el condenado penalmente difunda datos falsos no podrá escudar su conducta en el ejercicio de la libertad de información. Ahora bien, si el condenado penalmente divulga a través de un medio de comunicación datos falsos relativos al delito por el que ha sido condenado menoscabando la dignidad de la víctima, ¿deberá responder este medio de comunicación?

Sexta idea (noticia falsa y responsabilidad de los medios de comunicación: doctrina general). Los medios de comunicación pueden ser responsables de las informaciones falsas que se divulgan a través de sus medios en virtud del art. 65.2 de la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta,

<sup>25</sup> Véanse, p. ej., los supuestos de hecho y los fundamentos jurídicos de las SSTs de 13 de octubre de 2010 (RJ 2011\1299), los menores eran noticia como víctimas de un delito; de 26 de julio de 2010 (RJ 2010\6938); de 2 de junio de 2010 (RJ 2010\2667); de 9 de julio de 2009 (RJ 2009\4461), los menores eran noticia como víctimas de un delito; de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009\3175); de 12 marzo de 2009 (RJ 2009\1646); de 28 de junio de 2004 (ref. Justel § 229645).

<sup>26</sup> Véanse algunos matices en GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., pág. 91 (nota 203).

<sup>27</sup> DE LAMA AYMÁ, A., *ob. cit.*, págs. 278 y 285.

de 18 de marzo<sup>28</sup> (a partir de ahora, Ley de Prensa). Para determinar la responsabilidad de estos medios de comunicación por informaciones falsas, el punto de partida debe ser la doctrina de la investigación diligente, que debe ser matizada por la doctrina del reportaje neutral y la doctrina de las cartas al director; doctrinas del reportaje neutral y de las cartas al director que, a su vez, deben ser matizadas por la doctrina del riesgo. A priori, no es posible señalar cuál de las doctrinas debe pesar más a los efectos de determinar la responsabilidad del medio de comunicación, sino que serán las circunstancias del caso las que determinen cuál debe prevalecer.

Si se atiende a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el requisito de la veracidad no exige una información objetivamente veraz, sino que se confunde con un deber de diligencia: «[...] cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas como estableciendo un deber de diligencia sobre el informador a quien se le puede y debe exigir que lo que transmite como “hechos” haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos [...]. De este modo, el requisito de la veracidad deberá entenderse cumplido en aquellos casos en los que el informador haya realizado con carácter previo a la difusión de la noticia una labor de averiguación de los hechos sobre los que versa la información y la referida indagación la haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información [...]» (STC 61/2004, de 19 de abril, p. ej.). «[...] Deber de diligencia que la jurisprudencia constitucional ha ido dotando de unas pautas para su concreción en las que se combinan dos criterios distintos: por un lado, el carácter de la información publicada; de otro, la concreta conducta del sujeto informador en relación con la fuente de la información [...]» (STC 52/1996, de 26 de marzo, p. ej.). Esto significa que cuanto mayor sea el posible descrédito que pueda implicar en una persona la información (o cuanto mayor sea la trascendencia) que se va a divulgar, mayor será el grado de diligencia exigible, pero también cuanto mayor sea la fiabilidad de la fuente de la que se obtiene la información, menor grado de comprobación se requiere<sup>29</sup>.

Ahora bien, en ciertos casos, la diligencia del informante se ve limitada a la comprobación de la fuente, como ocurre en el caso de la

---

<sup>28</sup> «La responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos, no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario».

<sup>29</sup> Véanse, p. ej., las SSTC 192/1999, de 25 octubre; 144/1998, de 30 de junio; 52/1996, de 26 de marzo.



«doctrina del reportaje neutral» o en la doctrina «de las cartas al director».

Para que sea de aplicación la doctrina del reportaje neutral se precisa: a) Que el objeto de la noticia se halle constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas. b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia, de modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral. c) En los casos de reportaje neutral la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido<sup>30</sup>. En cualquier caso, el reportaje neutral no es una patente de corso para cualquier entrevista, pues aquí puede recordarse tanto la STC 40/1992, de 30 de marzo, en la que se afirma respecto a una entrevista a una persona en un programa emitido en diferido que existe un «[...] necesario deber de diligencia en la comprobación razonable de lo que se afirma en el programa [...]», como las matizaciones que sobre la «doctrina del reportaje neutral» ha hecho el Tribunal Supremo, afirmando que «[...] no toda información está exonerada del deber de contrastación, la cual se habrá de poner en relación con la fiabilidad y objetividad de la fuente, así como con la real posibilidad de comprobación [...]»<sup>31</sup>.

Pueden ser muchos los supuestos que oscilen entre el necesario contraste de las afirmaciones del condenado penalmente con los que no resulte necesario dicho contraste. Por ejemplo, si el medio de comunicación se limita a reproducir una rueda de prensa del condenado penalmente, parece que resultaría procedente la aplicación de la doctrina del reportaje neutral, pero si hace un reportaje de información/investigación sobre los hechos delictivos por ser noticia de relevancia pública, sí que posiblemente fuera preciso contrastar diligentemente las declaraciones del condenado penalmente.

Junto a la doctrina del reportaje neutral hay que tener presente la doctrina de las cartas al director. Es habitual que los medios de comunicación escritos (y, desde hace un tiempo, los medios de comunicación radiofónicos o televisivos) dejen un espacio, una sección, para que las personas ajenas al medio de comunicación puedan ejercer su propia

<sup>30</sup> Véanse, p. ej., las SSTC 53/2006, de 27 de febrero; 1/2005, de 17 de enero; 76/2002, de 8 de abril.

<sup>31</sup> Véanse las SSTs de 5 de julio de 2004 (RJ 2004\4940); de 7 de mayo de 2002 (RJ 2002\460).

libertad de expresión o su libertad de información (las cartas al director son un buen exponente de ello). Los escritos (o las intervenciones en los espacios de participación de los oyentes en programas radiotelevisivos) de estas terceras personas pueden lesionar los derechos de terceros del art. 18.1 CE, con lo cual se ha planteado cuál es la responsabilidad de los medios de comunicación en los que se publican estas cartas lesivas. En estos casos, y siendo necesario proteger estos espacios para que los ciudadanos puedan disponer de un medio a través del cual ejercitar sus libertades del art. 20 CE, la responsabilidad de los medios de comunicación se ha modulado a través de la doctrina de las cartas al director (doctrina también aplicable, a mi juicio, a los espacios de participación de los oyentes de programas radiotelevisivos<sup>32</sup>): resumidamente, dicha doctrina supondría que la responsabilidad de los medios de comunicación por la publicación de la carta dependería de la «diligente identificación», por parte del medio de comunicación, del autor de la carta. Este deber de revelar la identidad del autor estaría encaminado a evitar «[...] la creación de espacios inmunes a posibles vulneraciones del derecho al honor constitucionalmente garantizado [...]»<sup>33</sup>, o del derecho a la intimidad, añadido yo<sup>34</sup>. Si el medio de comunicación no ha sido diligente en la identificación del autor, la «carta al director» «[...] no constituye una acción que pueda ser separada de la de su publicación por el medio, [...] [d]e suerte que al autorizar la publicación del escrito pese a no conocer la identidad de su autor ha de entenderse que el medio, por ese hecho, ha asumido su contenido»<sup>35</sup> [...]»<sup>36</sup>.

La responsabilidad por hecho ajeno de los editores y de los directores que emana del art. 65.2 Ley de Prensa es una responsabilidad subjetiva, que se deriva de una culpa *in eligendo* o *in vigilando* (y así puede deducirse de la jurisprudencia constitucional<sup>37</sup>). Ahora bien,

<sup>32</sup> Véase GRIMALT SERVERA, P. (2007b), «La responsabilidad de los proveedores de información en Internet y la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta», en *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares, pág. 67.

<sup>33</sup> En este sentido, la STC 336/1993, de 15 de noviembre.

<sup>34</sup> Las «cartas al director» no pueden ser anónimas, porque de lo contrario las mismas podrían ser utilizadas como «cobertura» para atentar impunemente contra el honor o la intimidad de las personas.

<sup>35</sup> En este sentido, la STC 3/1993, de 13 de enero; la STS de 25 de junio de 2000 (RJ 2000/5303).

<sup>36</sup> Eso no significa que automáticamente el medio de comunicación sea responsable de intromisión ilegítima, sino que la responsabilidad civil se atribuirá al medio de comunicación si, previa ponderación de las libertades de expresión y/o de información, se llega a la conclusión de que ha existido intromisión ilegítima en el derecho al honor o a la intimidad de un tercero (en este sentido, la STC 3/1993, de 13 de enero).

<sup>37</sup> Véanse las SSTC 240/1992, de 21 diciembre; 172/1990, de 12 de noviembre; 171/1990, de 12 de noviembre.

esta responsabilidad por culpa ha sido matizada por el Tribunal Supremo<sup>38</sup>, al introducir la idea del riesgo como elemento determinante de la responsabilidad en relación con los programas radiofónicos o televisivos en directo: sin perjuicio de matices, podría decirse con carácter general que los directores de los programas en directo y los medios de comunicación en los que se emiten dichos programas responderían de las agresiones injustificadas al honor, a la intimidad o a la propia imagen realizadas en ese programa, pues si bien es cierto que en los programas en directo las intervenciones de los participantes pueden ser imprevisibles y no controlables, este tipo de espacios supondrían un riesgo para los derechos del art. 18.1 CE, riesgo al que no serían ajenos dichos directores y dichos medios de comunicación, por lo que el fundamento de su responsabilidad, más que en la culpa, estaría en la creación del riesgo originador (el programa en directo) del daño (a los derechos del art. 18.1 CE)<sup>39</sup>.

¿Cómo pueden incidir las doctrinas de las cartas al director y del riesgo en los supuestos del art. 7.8 LO 1/1982? Creo que me pueden servir dos ejemplos: a) Primer ejemplo, el condenado penalmente es invitado a un programa que se dedica a polemizar sobre la vida privada de las personas para que exponga «su versión de los hechos»; a mí me resulta obvio que, en este caso, el punto de partida debe ser la aplicación de la doctrina del riesgo: los editores o directores del programa son conscientes (o deberían serlo) de que la intervención del condenado penalmente puede menoscabar la dignidad de la víctima (sea la información que dé el condenado penalmente verdadera o no); por tanto, debe entenderse que asumen la responsabilidad de lo que pueda decir el condenado penalmente en el programa. b) Segundo ejemplo, la intervención del condenado penalmente no está pactada de antemano con el programa que se emite en directo, sino que es casual fruto de las circunstancias del programa: en tal caso, y siempre que estuviera claro (atendiendo al principio de normalidad de las cosas<sup>40</sup>) que la interven-

---

<sup>38</sup> Véanse las SSTs de 18 de noviembre de 2004 (RJ 2004\7729); de 23 de julio de 1990 (RJ 1990\6164).

<sup>39</sup> Esta doctrina puede matizarse: si el espectador u oyente que interviene en un programa en directo empieza a vulnerar el honor o la intimidad de un tercero y el conductor del programa actúa de modo y en el momento oportuno cortando la intervención de ese espectador u oyente, podría decirse que el medio de comunicación ha actuado diligentemente y, por tanto, no hay responsabilidad por lo dicho por ese espectador u oyente correctamente identificado. Véase GRIMALT SERVERA, P., «La responsabilidad...», cit., pág. 67.

<sup>40</sup> O del modo de proceder del común de las gentes. Principio recogido expresamente, p. ej., en las SSTs de 28 de enero de 1999 (RJ 328); de 25 de marzo de 1995 (RJ 2141); de 11 de diciembre de 1995 (RJ 9478); de 14 de mayo de 1994 (RJ 3583).

ción del condenado penalmente es casual, fruto de las circunstancias del programa, se podría aplicar la doctrina de las cartas al director, salvo que de la intervención del condenado penalmente se esté derivando una clara intromisión ilegítima en alguno de los derechos del art. 18.1 CE de la víctima del delito y el conductor del programa no pone fin oportunamente a esta intervención, en cuyo caso, a mi juicio, sí que deberían responder editor y director del programa en directo<sup>41</sup>.

## 2.2. *La libertad de expresión*<sup>42</sup>

Si nos atenemos al primer supuesto de hecho del art. 7.8 LO 1/1982 (doy por sentado que la libertad de expresión no ampara las falsedades), no se puede descartar que el condenado penalmente pueda alegar, en su defensa, la libertad de expresión como la libertad de expresar ideas y opiniones, especialmente si emite juicios de valor sobre la víctima o muestra su desacuerdo con la sentencia condenatoria, aunque parece más factible que alegue la libertad de información para justificar su conducta.

Distinto es que terceras personas sí que «valoren» a la víctima del delito en relación con el delito, y aquí debe tenerse en cuenta que la libertad de expresión permite la emisión de juicios de valor, de opiniones, la crítica en general, «aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige»<sup>43</sup>, pero no autoriza manifestaciones ultrajantes u ofensivas.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las personas con notoriedad pública están obligadas a soportar un «grado mayor de crítica» que los simples particulares<sup>44</sup> (si la víctima de un delito tiene proyección pública está más expuesta a la valoración de su persona que una víctima que no tiene esa proyección). También tiene que tenerse en cuenta, a los efectos de determinar la supremacía en el caso concreto de la libertad de expresión o del derecho al honor<sup>45</sup>, si la «crítica» coadyuva a la formación de la opinión pública desde una perspectiva de pluralismo político

<sup>41</sup> Véase GRIMALT SERVERA, P., «La responsabilidad...», cit., pág. 67.

<sup>42</sup> La doctrina general se ha extraído de GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 97-100.

<sup>43</sup> P. ej., SSTC 23/2010, de 27 de abril; 77/2009, de 23 de marzo; 56/2008, de 14 de abril.

<sup>44</sup> Véanse, p. ej., las SSTC 151/2004, de 20 de septiembre; 160/2003, de 15 de septiembre; 112/2000, de 5 de mayo.

<sup>45</sup> Sobre si es posible que la libertad de expresión entre en conflicto con los derechos a la intimidad y a la propia imagen, véase GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 97-98 y doctrina y jurisprudencia que se citan.

o no<sup>46</sup>, así como el grado de relevancia pública de la información objeto de «crítica»<sup>47</sup>, pues a menor relevancia pública de la misma, menor es la tolerancia en la injerencia en el derecho al honor<sup>48</sup>. Y, por último, es preciso recordar que la protección del derecho al honor de los menores de edad se refuerza en los conflictos con la libertad de expresión.

### 3. *El consentimiento de la víctima*<sup>49</sup>

Primera idea. El art. 2.2 de la LO 1/1982 dispone que: «[...] No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido [...] cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso»; por tanto, el consentimiento del titular del derecho puede justificar una intromisión en sus derechos al honor<sup>50</sup>, a la intimidad o a la propia imagen. El consentimiento no permite la renuncia «completa y para siempre» del derecho (art. 1.3 de la LO 1/1982), pero sí permite una disposición aunque sólo pueda ser parcial, eventual y concreta (tanto desde la perspectiva del «para qué» como del «a favor de quién») del mismo<sup>51</sup>. Por tanto, si la víctima del delito autoriza al condenado penalmente a que pueda realizar cualesquiera de las conductas descritas en el art. 7.8 LO 1/1982, dichas conductas podrían quedar legitimadas<sup>52</sup>.

Segunda idea. Los menores de edad pueden prestar el consentimiento para legitimar las conductas del art. 7 LO 1/1982, siempre que sus condiciones de madurez se lo permitan<sup>53</sup>. Ahora bien, teniendo en

<sup>46</sup> El TC tiene dicho que la sujeción a la crítica es inseparable de todo cargo de relevancia pública (SSTC 151/2004, de 20 de septiembre; 20/2002, de 28 de enero; 3/1997, de 3 de enero).

<sup>47</sup> Véanse HERRERO-TEJEDOR, F. (1994), *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, pág. 125; RUIZ MIGUEL, C. (1995), *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, pág. 250. Véase también la STC 148/2001, de 27 junio.

<sup>48</sup> Véanse, p. ej., las SSTC 99/2002, de 5 de mayo; 204/2001, de 15 de octubre; 112/2000, de 5 de mayo.

<sup>49</sup> La doctrina general se ha extraído de GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 104, 106 y 117.

<sup>50</sup> Es posible dar el consentimiento para justificar una intromisión en el derecho al honor aunque pueda resultar una cosa excepcional o de muy «difícil encaje» en este art. 2.2 de la LO 1/1982. Véase GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., pág. 104 (nota 241) y doctrina y jurisprudencia que se citan.

<sup>51</sup> Véase, en el mismo sentido o similar, la doctrina y la jurisprudencia que se citan en GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., pág. 106.

<sup>52</sup> Incluso si la víctima autoriza la divulgación de datos falsos relativos al delito, siempre que sea correcto lo que se dice en la nota a pie de página 50.

<sup>53</sup> Sobre este tema, véase GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 110-117 y doctrina y jurisprudencia que se citan.

cuenta que los hechos descritos en el art. 7.8 LO 1/1982 se producen generalmente en los medios de comunicación, resulta absolutamente obligado referirse al ya citado art. 4.3 LOPJM, que prevé que el consentimiento del menor de 18 años (art. 1 LOPJM)<sup>54</sup> —o el de sus representantes legales— no será suficiente para legitimar la intromisión ilegítima cuando se utilice «[...] su imagen o su nombre en los *medios de comunicación* que pueda implicar menoscabo *de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses* [...]». Por tanto, el consentimiento prestado por un menor, tenga o no madurez suficiente, no debería poder justificar las intromisiones del art. 7.8 LO 1/1982 cuando éstas se den a través de los medios de comunicación.

#### 4. *Los actos propios de la víctima del delito*<sup>55</sup>

La LO 1/1982 prevé que los actos propios de una persona puedan incidir negativamente en la protección de su honor, intimidad o propia imagen: «La Protección Civil del Honor, de la Intimidad y de la Propia Imagen quedará delimitada [...] por los usos sociales atendiendo al ámbito que, *por sus propios actos*, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia [...]» (art. 2.1 LO 1/1982). ¿Es posible que los actos propios de la víctima de un delito impidan que los órganos jurisdiccionales la puedan proteger de las conductas del art. 7.8 LO 1/1982?

Primera idea. Con los «actos propios» se pretende proteger la confianza que el titular<sup>56</sup> de los derechos ha generado en terceros. Sin perjuicio de posteriores matizaciones, la idea sería la siguiente: «[...] quien tolera actos de intromisión en su vida privada, p. ej., de forma habitual, suscitando en los terceros la confianza razonable de una determinada configuración personal de su esfera íntima, no puede después sorprendernos exigiendo un respeto como si tal esfera fuera dis-

<sup>54</sup> Sobre si el art. 4.3 LOPJM es de aplicación a los menores de edad emancipados, véase GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 117-118 y doctrina que se cita.

<sup>55</sup> Sobre si los usos sociales y los actos propios son dos criterios independientes o configuran un solo criterio delimitador de los derechos del art. 18.1 CE, véase GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 53-54 y doctrina que se cita. Yo los voy a tratar como dos criterios independientes. La doctrina general relativa a los actos propios se ha extraído de GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., págs. 58-61.

<sup>56</sup> Por tanto, es discutible que pueda aplicarse esta doctrina respecto de los derechos del menor no emancipado sin suficiente madurez, aunque véase el caso de la STS de 12 de julio de 2004 (ref. Iustel § 231540), que serviría para apoyar esta idea. Véase GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., pág. 59 (nota 119).

tinta [...]»<sup>57,58</sup>. Ahora bien, «los actos propios» no pueden servir como fundamento para «superar» la idea de irrenunciabilidad de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 1.3 de la LO 1/1982)<sup>59</sup> y, en todo caso, «los actos propios» como criterio independiente deben ser objeto de interpretación restrictiva<sup>60</sup>; fundamentalmente porque permite justificar la «agresión» a unos derechos fundamentales obviando la necesidad de recabar el consentimiento de los titulares; sin perjuicio de que, llegado el caso, los actos propios (p. ej., buscar notoriedad en programas de televisión) sí que puedan reforzar las libertades de expresión y/o información en el momento de ponderar los conflictos con los derechos del art. 18.1 CE.

Segunda idea. Atendiendo a lo que acaba de decirse, si la propia víctima del delito ha aireado públicamente las circunstancias del delito en programas televisivos e incluso ha participado en la divulgación de datos falsos, difícilmente podrá justificar un ataque contra su honor, intimidad o propia imagen si el condenado penalmente también se aprovecha en los mismos términos del delito que la víctima, aunque el condenado penalmente lo haga para conseguir notoriedad u obtener un provecho económico. Posiblemente, también resultaría complicado hablar de intromisión ilegítima cuando la víctima ha aceptado conscientemente participar en un debate con el condenado penalmente, siempre que éste se mantenga en los límites de la libertad de expresión y no falsee la realidad.

### 5. Los usos sociales como criterio delimitador del contenido de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen<sup>61</sup>

La LO 1/1982 prevé que los usos sociales puedan delimitar (incluso negativamente) los derechos al honor, a la intimidad o a la propia

<sup>57</sup> DíEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A. (2003), *Sistema de Derecho Civil I*, Ed. Tecnos, 11.ª ed., pág. 351.

<sup>58</sup> En este mismo sentido pueden verse ROMERO COLOMA, M. A., *ob. cit.*, pág. 47; ROVIRA SUERIO, M. E. (1999), *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen*, Cedecs Editorial, pág. 139; PLAZA PENADÉS, J. (1996), *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch, pág. 54.

<sup>59</sup> Véase la STS de 7 de julio de 2004 (ref. Iustel § 229805).

<sup>60</sup> Véanse MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2001), *Curso de Derecho Civil I*, Colex, 2.ª ed., pág. 552; DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2002), *Elementos de Derecho Civil*, volumen segundo, Dykinson, 3.ª ed., pág. 100.

<sup>61</sup> Véase nota a pie de página 55. La doctrina general relativa a los usos sociales se ha extraído de GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, *cit.*, págs. 56-58.

imagen: «La Protección Civil del Honor, de la Intimidad y de la Propia Imagen quedará delimitada [...] por los *usos sociales* atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia [...]» (art. 2.1 LO 1/1982). ¿Es posible que la reiteración de una conducta pueda impedir que sea considerada como intromisión ilegítima a través de los usos sociales?

Primera idea. A través de los «usos sociales» se intentaría adecuar la protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen a las convicciones sociales imperantes en cada momento: «[...] la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad [...]»<sup>62</sup>. Entonces cabría preguntarse, como ya se ha hecho, si la reiteración de las conductas descritas en el art. 7.8 LO 1/1982 hubiera podido legitimar tales conductas a través de los usos sociales si el legislador no las hubiera tipificado como intromisiones ilegítimas.

Segunda idea. Como he avanzado, siendo cierto que el contenido de los derechos al honor, intimidad y propia imagen puede ser modulado por los usos sociales, estos usos no podrían justificar una agresión a los referidos derechos: «[...] Que la libertad de expresión no puede justificar ni la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, *sean cuales fueren los usos sociales del momento*; ni el uso de expresiones inequívocamente injuriosas o vejatorias para las personas que con insidias y ataques innecesarios provocan el deshonor de las mismas [...]»<sup>63</sup>. El que una determinada conducta agresora de los derechos del art. 18.1 CE se repita frecuentemente en la sociedad no puede quedar *per se* legitimada por la vía de los «usos sociales». La idea que transmite la STS de 7 de marzo de 2006 (ref. Iustel § 247792) es perfectamente generalizable: «[...] la facilidad técnica para dañar ilegítimamente el derecho de las personas a su propia imagen, y *la correlativa frecuencia con que se produzcan intromisiones en esos mismos derechos, no son factores que por sí mismos puedan legitimar tales intromisiones [...]*»; en definitiva, a mi juicio, aten-

<sup>62</sup> Véanse la Exposición de Motivos de la LO 1/1982 y las SSTS de 4 de junio de 1990 (RJ 1990\4725); de 30 de diciembre de 1989 (RJ 1989\8880); de 29 de marzo de 1988 (RJ 1988\2480).

<sup>63</sup> STS de 12 de julio de 2004 (ref. Iustel § 231540). P. ej., pueden verse también las SSTS de 18 de marzo de 2011 (JUR 2011\125964); de 2 de junio de 2010 (RJ 2010\2667); de 18 de julio de 2007 (RJ 2007\4686).



diendo a esta doctrina, difícilmente las conductas descritas en el art. 7.8 LO 1/1982 hubieran podido legitimarse por vía de los usos sociales, pues las mismas vulneran los derechos del art. 18.1 CE. En cualquier caso, ahora ya no cabe ninguna duda que hay que calificar como intromisión ilegítima las conductas del art. 7.8 LO 1/1982, por mucho que se reiteren en los medios de comunicación.

## II. LEGITIMACIÓN PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD, DEL HONOR O DE LA PROPIA IMAGEN DE LA VÍCTIMA DE UN DELITO

La LO 5/2010 introduce un nuevo apartado 4 al art. 4 LO 1/1982: «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».

### *1. El ejercicio de la acción por parte de la víctima del delito aunque no haya sostenido la acción alguna en el proceso penal precedente*

El primer inciso del art. 4.4 LO 1/1982 «permite» a las víctimas de un delito que vean menoscabada su dignidad por algunas de las conductas del art. 7.8 LO 1/1982 ejercitar las acciones de protección de sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen aunque no hayan sostenido ninguna acción en el proceso penal en el que se ha juzgado el delito del que han sido víctimas. La regla me parece obvia e innecesaria, salvo que sea una regla preventiva. Las conductas previstas en el art. 7.8 LO 1/1982 están absolutamente desligadas de los hechos que llevaron al agresor del art. 7.8 LO 1/1982 a ser condenado penalmente: una persona comete un delito por el que es condenada en firme y, posteriormente, menoscaba la dignidad de la víctima con un uso torticero o falso de los «datos del delito». El delito y el menoscabo de la dignidad de la víctima hacen surgir dos acciones distintas, no de forma simultánea, sino de forma consecutiva, en la que ni siquiera cabe plantearse si resulta procedente la reserva de acciones (incluso, posiblemente, los bienes jurídicos lesionados por el delito y por la intromisión

ilegítima serán distintos); es más, si nos atenemos a la literalidad del art. 7.8 LO 1/1982, sería imposible que mientras se esté juzgando el delito el imputado pudiera comentar la conducta del art. 7.8 LO 1/1982, pues el supuesto de hecho del precepto exige condena penal firme, sin perjuicio de que la víctima pudiera reconducir su reclamación a través de otro de los supuestos del art. 7 LO 1/1982 o directamente a través del art. 18.1 CE.

El motivo que se me ocurre para esta «autorización» expresa es el de evitar que esa falta de actuación de la víctima en el proceso en el que se va a condenar al imputado pueda utilizarse para negar legitimación a la víctima del delito para reclamar posteriormente contra el ya condenado penalmente por las conductas del art. 7.8 LO 1/1982 por entenderse que su inactividad equivale a falta de interés por el delito y que, por tanto, pudiera ser procedente la aplicación de la doctrina de los actos propios contra la víctima del delito. Aun así, de no existir esta primera regla del art. 4.4 LO 1/1982 pienso que de ninguna de las maneras podría afirmarse que la falta de sostenimiento, por parte de la víctima del delito, de la acción penal o civil en el proceso penal permita deducir al condenado penalmente que la víctima está tolerando actos de intromisión en su vida privada y que, con ello, suscita en el condenado penalmente o en un tercero una confianza razonable de que la víctima está excluyendo la vivencia del delito de su esfera íntima, por lo que la víctima no puede después sorprender exigiendo un respeto sobre unas informaciones que la propia víctima habría excluido de su ámbito de intimidad<sup>64</sup>.

Es más, si «[...] la inactividad de una persona ante posibles ataques a su honor, intimidad o propia imagen no puede servir sin más para justificar ulteriores agresiones, pues “inactividad” no equivale a renuncia absoluta de los derechos al honor, intimidad o propia imagen (renuncia que además sería inadmisibles —art. 1.3 de la LO 1/1982—) [...]»<sup>65</sup>, con mucha mayor razón cuando esta inactividad no vaya referida al honor, a la intimidad o a la propia imagen, sino al bien jurídico protegido por el Código Penal al tipificar la conducta por la que ha sido condenado el agresor de la víctima del delito.

---

<sup>64</sup> Por tanto, no creo que resulte procedente la aplicación de la doctrina de los actos propios. Puede verse la muy reciente obra de TUR FAÚNDEZ, N. (2011), *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Thomson Reuters, págs. 25-42, en la que se analizan el fundamento y los presupuestos que deben concurrir para que resulte procedente la aplicación de la doctrina de los actos propios.

<sup>65</sup> GRIMALT SERVERA, P., *La protección...*, cit., pág. 60.

## 2. *La legitimación al Ministerio Fiscal*

Primera idea. El art. 4.4 LO 1/1982 también legitima en todo caso al Ministerio Fiscal para ejercitar las acciones de protección del honor, de la intimidad o de la propia imagen de la víctima de un delito cuando se den los hechos del art. 7.8 LO 1/1982. Teniendo en cuenta algunas de las situaciones subsumibles en el art. 7.8 LO 1/1982 que, como mínimo, producen estupor y chocan frontalmente con el art. 10.1 CE<sup>66</sup>, y las dificultades que pueden tener las víctimas de un delito (especialmente protegidas por el legislador) para sostener la acción de tutela de sus derechos del art. 18.1 CE, me sumo a la valoración positiva que hace Bercovitz Rodríguez-Cano<sup>67</sup> de esta concreta legitimación al Ministerio Fiscal.

La literalidad del art. 4.4 LO 1/1982, en principio, no parece dejar dudas: la expresión «en todo caso» permite interpretar que el Ministerio Fiscal podrá ejercer, sin limitaciones, la acción de protección de los derechos del art. 18.1 CE de la víctima de un delito cuando dichos derechos sean conculcados por el condenado penalmente a través de una de las conductas descritas en el art. 7.8 LO 1/1982. Ahora bien, esta rotundidad del art. 4.4 LO 1/1982, como destaca Bercovitz Rodríguez-Cano<sup>68</sup>, no resuelve todas las interrogantes del frente a quién, del cómo y del cuándo puede o debe interesarse el Ministerio fiscal por las conductas del art. 7.8 LO 1/1982.

Segunda idea. «Frente a quién». Respecto al «frente a quién» puede actuar el Ministerio Fiscal nos lo resuelve el art. 7.8 LO 1/1982: contra el condenado penalmente que utiliza el delito por el que ha sido condenado para menoscabar la dignidad de la víctima de ese delito. Efectivamente, el art. 4.4 LO 1/1982 permite al Ministerio Fiscal intervenir cuando se dé algunas de la conductas del art. 7.8 LO 1/1982, no cuando se den otros supuestos. Por tanto, si la víctima de un delito ve menoscaba su dignidad porque un tercero, no por el condenado penalmente, mal usa la información relativa al delito, el Ministerio Fiscal no podrá intervenir vía *ex art.* 4.4 LO 1/1982.

Tercera idea. «El cómo y el cuándo» (I): ¿El Ministerio Fiscal puede actuar de oficio o debe hacerlo a instancia de parte? En relación con el cómo y el cuándo surgen varias dudas. La primera cuestión que nos podemos formular es la siguiente: para que el Ministerio Fiscal pueda

<sup>66</sup> «La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás *son fundamento del orden político y de la paz social*».

<sup>67</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010), «La dignidad de las víctimas», *Aranza-di Civil-Mercantil* 6/2010 (*Tribuna*); fuente: westlaw BÍB 2010/1814.

<sup>68</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*

actuar, ¿es preciso denuncia previa de la víctima al Ministerio Fiscal o puede éste actuar de oficio? Si se trata de menores de edad que han visto menoscabados sus derechos en un medio de comunicación, el Ministerio Fiscal puede actuar de oficio: «Sin perjuicio de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, *corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública*» (art. 4.4 LOPJM<sup>69</sup>). Si no se trata de menores de edad, puede resultar cuanto menos chocante que el Código Penal exija denuncia previa del afectado, cuando el derecho afectado es la intimidad (art. 201 CP), y querrela criminal del propio afectado, cuando el derecho lesionado es el honor (art. 215.1 CP), y, en cambio, el Ministerio Fiscal pueda actuar de oficio en el proceso civil. Si entendemos que las conductas del Código Penal necesariamente son más graves que las previstas en la LO 1/1982 (sin perjuicio de que algunas puedan coincidir), pues por eso se prevén penas de cárcel, parece razonable interpretar el art. 4.4 LO 1/1982 en relación con los preceptos del Código Penal y exigir, al menos, denuncia previa de la víctima del delito para que el Ministerio Fiscal pueda actuar: *a fortiori*, y en relación con distintas conductas que lesionan un mismo bien jurídico, si para que el Ministerio Fiscal pueda intervenir para las conductas de mayor reproche jurídico se precisa al menos de previa denuncia del afectado, con mucha mayor razón respecto de las conductas que no merecen ese reproche penal.

Esta necesidad de denuncia previa de la víctima (o de su representante legal<sup>70</sup>) se puede atemperar siguiendo los criterios marcados por el propio Código Penal al permitir que el Ministerio Fiscal pueda denunciar cuando: a) la víctima sea menor de edad, incapaz<sup>71,72</sup> o perso-

---

<sup>69</sup> Complétese este precepto con el citado art. 4.3 LOPJM (véase nota a pie de página 24). En cuanto a la aplicación del art. 4.4 LOPJM, la Fiscalía General del Estado, en su Instrucción 2/2006, de 15 de marzo, se muestra muy prudente a la hora de actuar si existe un rechazo motivado por parte de los representantes legales a esta intervención del Ministerio Fiscal o si consta previamente el consentimiento del menor o de los representantes legales y, muy especialmente, si los intereses del menor parecen perfectamente defendidos por su representante legal.

<sup>70</sup> Si la víctima tiene representante legal y la facultad de decidir si se denuncia o no la ostenta el representante legal, no parece que sea necesaria denuncia previa pues, como se dirá, el Ministerio Fiscal puede denunciar si la víctima es menor de edad o incapaz.

<sup>71</sup> No parece que deba reducirse el término incapaz a las personas incapacitadas por sentencia, teniendo en cuenta que el Ministerio Fiscal también puede denunciar cuando el afectado sea una persona desvalida (incapaz o no).

<sup>72</sup> La actuación de oficio del Ministerio Fiscal cuando se trate de menores o de incapaces sin madurez suficiente para prestar consentimiento puede reforzarse por lo dispuesto en el art. 3.2 LO 1/1982; véase la cuarta idea.

na desvalida (art. 201.1 CP); b) la comisión del delito afecte a los intereses generales (quizá esta excepción se pudiera aplicar cuando el caso causara alarma social) o a una pluralidad de personas (¿cuando exista una pluralidad de víctimas que, además de sufrir una conducta penal, son, con posterioridad, vejadas como víctimas del delito?) o cuando el condenado penalmente o la víctima hayan cometido o sufrido, respectivamente, las conductas del art. 7.8 LO 1/1982 en el ejercicio de sus funciones públicas<sup>73</sup>. Estas excepciones a la necesidad de la denuncia previa por parte de la víctima previstas en el CP no deben suponer problema alguno, pues se integran sin dificultad en la literalidad del art. 4.4 LO 1/1982.

Que el Ministerio Fiscal, salvo excepciones, sólo pueda actuar a instancias de la víctima (o de su representante legal<sup>74</sup>) creo que es una interpretación sistemática razonable, aunque soy perfectamente consciente de que la literalidad del art. 4.4 LO 1/1982 permite una interpretación bien diferente.

En cualquier caso, tanto si el Ministerio Fiscal actúa de oficio como si lo hace a instancia de la víctima (o de su representante legal), el Ministerio Fiscal, como garante «[...] de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley [...]» (art. 1 Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal), debe ponderar todas las circunstancias en juego y si, dada alguna de las conductas del art. 7.8 LO 1/1982, considera que está justificada por las libertades del art. 20 CE o por alguno de los expedientes del art. 2 LO 1/1982 (consentimiento previo o actos propios de la víctima del delito), no debe ejercitar la acción de protección de los derechos del art. 18.1 CE.

Cuarta idea. «El cómo y el cuándo» (II): ¿Puede, o incluso debe, actuar el Ministerio Fiscal si la víctima del delito renuncia a la protección que le confiere la LO 1/1982 o si ha pactado la indemnización por daños con el condenado penalmente?

Nuevamente, es preciso distinguir si la víctima es un menor de edad o no. Si es un menor de edad y los derechos del art. 18.1 CE se han visto vulnerados a través de un medio de comunicación, resulta procedente la aplicación del ya citado art. 4.4 LOPJM: «*Sin perjuicio* de las acciones de las que sean titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso al Ministerio Fiscal su ejercicio [...]». En estos casos, el Ministerio Fiscal puede ejercitar las acciones de tu-

<sup>73</sup> Véanse los arts. 201.2, 198 y 215.1, todos del CP.

<sup>74</sup> Véase nota a pie de página 70.

tela del menor aunque los representantes legales del mismo también las estén ejercitando o hayan renunciado a ellas: cabe una actuación simultánea; por tanto, si el Ministerio Fiscal considera que los representantes del menor no han actuado adecuadamente, está legitimado *ex art. 4.4 LOPJM* para intervenir en defensa de sus intereses<sup>75</sup>.

Si se trata de personas menores de edad (cuya lesión a sus derechos no ha sido a través de un medio de comunicación) o de «incapaces» sin capacidad suficiente para prestar el consentimiento necesario para «legitimar» una intromisión en sus derechos del art. 18.1 CE, la intervención del Ministerio Fiscal en la tutela de sus derechos está perfectamente amparada por el principio que emana del art. 3.2 LO 1/1982, al disponer que si el «incapaz» no tiene las «condiciones de madurez» suficientes para prestar el consentimiento, éste «[...] habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el Juez [...]». De este precepto resulta claro que el Ministerio Fiscal puede actuar en defensa de los intereses del menor de edad o «incapaz» en contra de lo decidido por sus representantes legales; por tanto, no parece difícil colegir que si el incapaz no está adecuadamente representado, el Ministerio Fiscal puede y debe intervenir (y si el Ministerio Fiscal puede intervenir cuando hay representante legal, con mucha más razón cuando el incapaz no lo tenga).

En el resto de supuestos resulta muy complicado sostener que el Ministerio Fiscal puede actuar frente a decisiones adoptadas por la víctima del delito cuando ésta tiene capacidad suficiente para decidir<sup>76</sup>, y muy especialmente cuando el art. 9.4 LO 1/1982 dispone que: «En el caso del apartado cuatro del artículo cuarto, [de] [...] haberse ejercitado [la acción] 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*»: prevalece la renuncia sobre la actuación del Ministerio Fiscal<sup>77,78</sup>.

<sup>75</sup> En cualquier caso, recuérdese lo que se ha dicho en la nota a pie de página 69.

<sup>76</sup> La LO 1/1982 otorga a la víctima la posibilidad de consentir una «intromisión»; por tanto, ya de por sí, no vemos obstáculo para que pueda renunciar a la reclamación contra el condenado penalmente o para llegar a un acuerdo con él a los efectos de fijar la indemnización.

<sup>77</sup> Este doble argumento creo que refuerza la necesidad de denuncia previa de la víctima para que el Ministerio Fiscal pueda actuar ante las conductas del art. 7.8 LO 1/1982, sin perjuicio de las excepciones que hemos recalado en la idea tercera.

<sup>78</sup> Distinto es que pudiéramos considerar que la renuncia es contraria a derecho (art. 6.2 CC) o el consentimiento de la víctima sea nulo de pleno derecho; en cuyo caso

### 3. *La víctima del delito que ve menoscabada su dignidad ya ha fallecido*

Si la víctima del delito que ha visto menoscabada su dignidad (siempre relacionada con los derechos del art. 18.1 CE) por alguna de las conductas del art. 7.8 LO 1/1982 fallece antes de poder demandar al condenado penalmente o ya ha fallecido cuando el condenado penalmente lesiona su dignidad, el art. 4.4 LO 1/1982 dispone que se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores. Por tanto, la LO 1/1982 no introduce ninguna novedad en relación con el menoscabo de la dignidad de una persona que no puede ejercitar las acciones de protección de la LO 1/1982 por haber fallecido<sup>79</sup>.

## III. LA TUTELA JUDICIAL FRENTE A LAS INTROMISIONES ILEGÍTIMAS

### 1. *La modificación del art. 9 de la LO 1/1982: cuestiones generales*

Primera idea. La modificación del art. 9 LO 1/1982.

La LO 5/2010 también ha modificado el art. 9 LO 1/1982; en concreto, los apartados 2, 3 y 4 de dicho precepto. Así, el nuevo art. 9.2 dispone: «Dos. 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*<sup>80</sup>. *En caso de intro-*

---

sí que parece que el Ministerio Fiscal podría actuar, previa impugnación de la renuncia o del pacto, en las condiciones expuestas en la tercera idea.

<sup>79</sup> Respecto al régimen de las acciones de protección de los derechos del art. 18.1 CE de una persona (sea víctima de un delito o no) que no ha podido ejercitar dichas acciones por haber fallecido o de las acciones de protección de la memoria del fallecido (sea víctima de un delito o no), véase HUALDE SÁNCHEZ, J. J. (2008), «La protección post mortem de los derechos de la personalidad y defensa de la memoria del fallecido», en *Bienes de la Personalidad*, XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, págs. 93-148.

<sup>80</sup> La reposición al estado anterior es una expresión que ha introducido la LO 5/2010. Posiblemente, con esta expresión, «reposición al estado anterior», se quiere hacer hincapié de que tienen que eliminarse (siempre que sea posible, añadido yo) todos los hechos intromisivos y sus efectos. P. ej., destruir imágenes o negativos y/o copias de fotografías, carteles (véanse los casos de las SSTS de 23 de octubre de 2008 —RJ 2008\5790—; de 22 de octubre de 2008 —RJ 2008\5784—; de 19 de julio de 2004 —RJ 2004\5462—; de 7 de julio de 2004 —RJ 2004\5106—), aunque bien es cierto que la destruc-

*misión 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*<sup>81</sup>.

- 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*<sup>82</sup>.

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

El art. 9.3 LO 1/1982 dispone: «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». Por tanto, se ha suprimido «También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma». Sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, con esta modificación, el beneficio que ha obtenido el agresor pasa de ser una circunstancia a valorar por el órgano jurisdiccional para determinar la cuantía de la indemnización<sup>83</sup> a ser una cantidad que necesariamente debe ser «confiscada» en beneficio de la víctima.

También se ha añadido un segundo párrafo al apartado 4 del art. 9 LO 1/1982, al que ya nos hemos referido parcialmente al hablar de la legitimación del Ministerio Fiscal: «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<sup>84</sup>. De haberse

---

ción de las imágenes o fotografías podría integrarse en las medidas consistentes en prevenir intromisiones inminentes o ulteriores si están a punto de divulgarse o ya se han divulgado (y no se vuelva a repetir).

<sup>81</sup> Novedad que se comentará en la siguiente idea.

<sup>82</sup> Novedad que también se comentará más adelante.

<sup>83</sup> Véase la doctrina de la STS de 7 de diciembre de 1995 (RJ 1995/9268).

<sup>84</sup> Y si la víctima del delito hubiera fallecido, no vemos razón para no aplicar la regla del primer párrafo de este apartado 4 del art. 9 LO 1/1982: «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», pues el art. 4.4 LO 1/1982, como hemos visto, dispone que «[...] en los supuestos de fallecimiento [de la víctima], se estará a lo dispuesto en los apartados anteriores [del art. 4]».



ejercitado por el Ministerio Fiscal, éste podrá solicitar la indemnización para todos los perjudicados que hayan resultado debidamente identificados<sup>85</sup> y no hayan renunciado expresamente a ella».

Segunda idea. Las modificaciones de los arts. 4 y 7 LO 1/1982 responden a la finalidad perseguida por el legislador: protección de la dignidad de la víctima de un delito ante intromisiones ilegítimas en los derechos del art. 18.1 CE por el condenado penalmente a través de un uso ilícito de la información relativa al delito. En cambio, como señala Bercovitz Rodríguez-Cano, las modificaciones previstas en el art. 9 LO 1/1982 afectan a todas las intromisiones ilegítimas en el honor, la intimidad o la propia imagen de las personas: «[...] Pero resulta que ese tercer cambio<sup>86</sup> no se limita —como cabría deducir de la lectura del último apartado de la Exposición de Motivos— a la protección de la dignidad de las víctimas de delitos en este nuevo supuesto tipificado, sino que se extiende a todos los casos de intromisión ilegítima contemplados en la Ley Orgánica 1/1982, es decir, a todos los supuestos de infracción del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen [...]»<sup>87</sup>.

En efecto, la aplicación de las modificaciones operadas en el art. 9, apartados 2 y 3, LO 1/1982 no puede restringirse a las intromisiones previstas en el art. 7.8 LO 1/1982: a) primero, porque el art. 9 LO 1/1982 es de aplicación a cualquier intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen; b) segundo, porque las modificaciones en los apartados 2 y 3 del art. 9 LO 1/1982 se han hecho con carácter general, esto es, sin especiales referencias a supuestos concretos de intromisiones ilegítimas (es más, se han suprimido reglas de aplicación a todas las intromisiones cambiándolas por otras —el legislador no se ha limitado a introducir nuevas reglas de tutela, sino que ha sustituido unas por otras—); c) tercero, porque cuando el legislador ha querido limitar el ámbito de aplicación de la reforma operada por la LO 1/1982 a los supuestos del art. 7.8 LO 1/1982, lo ha hecho, como es el caso del art. 4.4 LO 1/1982.

Tercera idea. 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 en el derecho al honor.

Como apunta Bercovitz Rodríguez-Cano<sup>88</sup>, la publicación de la

---

<sup>85</sup> Esto es, ¿que hayan instado al Ministerio Fiscal a actuar? Véase la idea tercera del apartado 2 de este trabajo.

<sup>86</sup> Este autor aquí se está refiriendo al art. 9.2.d) LO 1/1982, aunque también se puede decir lo mismo respecto al art. 9.2.a) LO 1/1982.

<sup>87</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*

<sup>88</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*

sentencia condenatoria a costa del condenado es una medida obligada en caso de intromisión en el derecho al honor; o, mejor, es una medida a la que tiene derecho la víctima en caso de intromisión en su derecho al honor. Digo esto porque no creo que sea una medida que el juez pueda adoptar de oficio —la redacción del art. 9.2.a) LO 1/1982 no lo impide, pero el principio dispositivo que rige el ejercicio de la tutela de la intimidad, honor o propia imagen creo que sí—, pues debe ser la víctima la que determine si quiere que se publique la sentencia condenatoria o no (quizá pueda no interesarle), como tampoco el juez puede fijar una indemnización si la víctima, al solicitar su tutela de la intimidad, del honor o de la propia imagen, no la pide.

Asimismo, la redacción del art. 9.2 LO 1/1982 circunscribe la necesaria publicación de la sentencia condenatoria en caso de intromisión en el derecho al honor, y no menciona ni el derecho a la intimidad ni el derecho a la propia imagen. ¿Por qué esta diferencia de trato? Posiblemente, teniendo en cuenta el art. 7.8 LO 1/1982 y aunque sólo es una especulación, sea debido a la propia naturaleza de las intromisiones en estos derechos: el derecho al honor supondrá descalificaciones (incluso rayando la injuria o la calumnia) o la divulgación de datos falsos; si es así, se tiene que comunicar a los potenciales receptores de la información o de las expresiones emitidas por el condenado que lo dicho por este sujeto no era lícito o que era falso; en cambio, la publicación de la sentencia en la que se condena por invasión de la intimidad o por lesión del derecho a la propia imagen de una persona podría suponer ahondar aún más en la intromisión ilegítima al volver a recordar los hechos íntimos o la imagen captada o divulgada.

En cualquier caso, aunque el art. 9.2.a) LO 1/1982 no regula expresamente la publicación de la sentencia en caso de violación de la intimidad o de la propia imagen, la redacción del primer inciso del art. 9.2 LO 1/1982: «La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate», no impide que la víctima de la intromisión pueda solicitar la publicación de la sentencia. Entonces, si esto es así, ¿qué sentido tiene disponer la publicación de la sentencia en caso de lesión al derecho al honor? Si se lesiona el derecho al honor y la víctima solicita la publicación de la sentencia, el órgano jurisdiccional debe condenar al agresor a publicar a su costa la sentencia condenatoria; si se lesiona el derecho a la intimidad o a la propia imagen, la publicación de la sentencia no será *ipso iure* aunque lo haya solicitado la víctima y haya condena por intromisión ilegítima, sino que el órgano jurisdiccional deberá ponderar las circunstancias del caso para fijar esta medida.

## 2. «La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos» como tutela de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen

Primera idea. Si existe intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad o a la propia imagen, el órgano jurisdiccional debe proceder a la apropiación en beneficio del perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima de sus derechos; apropiación que se hará al margen de lo que corresponda de indemnización. La redacción del apartado 2 y la supresión del último inciso del apartado 3, ambos del art. 9 LO 1/1982, permiten afirmar que esta apropiación del lucro obtenido por el condenado por la intromisión [art. 9.2.d) LO 1/1982] no es indemnización [art. 9.2.c) LO 1/1982]; la persona que ha sufrido la intromisión ilegítima puede pedir: una indemnización por los daños sufridos y, además, la apropiación del lucro obtenido por el condenado (en el propio Preámbulo de la LO 5/2010 se distinguen ambas medidas tutelares: «[...] se ha considerado que la vía idónea [...] consiste en articular una acción civil eficaz que, en el marco de la Ley Orgánica 1/1982, permita a las víctimas actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima [...]).»).

Segunda idea. «Naturaleza jurídica» de «la apropiación del lucro obtenido por el condenado con la intromisión ilegítima». ¿Son daños punitivos?<sup>89</sup>. ¿La apropiación se puede equiparar a la acción de enriquecimiento injusto? Y si es equiparable a una acción de enriquecimiento injusto, ¿es preciso que se pruebe el empobrecimiento de la víctima?<sup>90</sup>. Es cierto que en el Preámbulo de la LO 5/2010 se dice que hay que evitar todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima, pero no me parece a mí que «este enriquecimiento injusto» responda al esquema de la acción de enriquecimiento injusto en el que se exige un correlativo empobrecimiento de la víctima (la LO 1/1982 no lo exige: sólo pone énfasis en la existencia de un lucro fruto de una intromisión ilegítima), sino, más bien, es una medida desincentivadora

<sup>89</sup> En este sentido, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *ob. cit.*

<sup>90</sup> Véase el análisis que se hace sobre cómo puede articularse la tradicional función compensatoria de la responsabilidad civil con los beneficios obtenidos por el causante del daño como consecuencia de su conducta dañosa en MARTÍN-CASALS, M. (2011), *La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, págs. 13-27, muy especialmente las págs. 24-27, que se refieren al art. 9.2 LO 1/1982 (fuente: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC-2011-PONENCIA-CASALS.pdf>).

(preventiva<sup>91</sup>, si se quiere): yo creo que el legislador lo que persigue es que la amenaza de una posible condena al pago de una indemnización por intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen sea un acicate suficiente para que partícipes en programas de televisión no divulguen intimidades de terceros o mientan porque resulta que, con lo que les paga el programa, no sólo cubren la indemnización, sino que incluso obtienen un beneficio. Yo creo que lo que acabo de exponer es más que plausible, sobre todo si atendemos al actual contexto sociotelevisivo y al Preámbulo de la LO 1/2010 («[...] en los últimos tiempos han accedido a la programación de los medios de comunicación autores de infracciones penales condenados por sentencia firme que llegan a hacer ostentación de la conducta criminal perpetrada, difunden datos manifiestamente falsos sobre la misma y obtienen además con ello un lucro económico injustificable [...]»).

Quizá, a raíz de lo que se acaba de comentar, nos podríamos preguntar si se puede atemperar la aplicación de la regla de la «apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos». P. ej., entendiendo que sólo existirá lucro cuando la indemnización a la que es condenada una persona por intromisión ilegítima en los derechos del art. 18.1 CE de un tercero es inferior a lo que ha obtenido el condenado con su conducta, en cuyo caso el lucro obtenido sería la diferencia entre lo percibido por su conducta y la indemnización a la que ha sido condenado por intromisión ilegítima<sup>92</sup>.

Yo personalmente pienso que esta posible interpretación no se deduce ni de la literalidad de la Ley (ambas medidas están perfectamente diferenciadas —indemnización y beneficio—, a diferencia de lo que ocurría antes de la reforma operada por la LO 5/2010), ni de la literalidad del Preámbulo (indemnización y apropiación de beneficios son dos de los tres pilares sobre los que se quiere construir la acción civil de tutela de los derechos de la LO 1/1982), ni tampoco se adecua a la finalidad perseguida por el legislador: si finalmente, a través del lucro

---

<sup>91</sup> En este sentido, BUSTO LAGO, J. M./PEÑA LÓPEZ, F. (1997), «Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual», *Anuario da Facultade de Dereito*, 1997-1, págs. 155-157 y doctrina que citan estos autores. Aunque el razonamiento de estos autores va referido al art. 9.3 LO 1/1982 cuando incluía entre los criterios a tener en cuenta para valorar el daño el beneficio que hubiese obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma, creo que es perfectamente trasladable a la actual redacción del art. 9.2.d) LO 1/1982.

<sup>92</sup> Un ejemplo con números: si A obtiene 100 vendiendo una fotografía captada ilícitamente y es condenado al pago de una indemnización de 50, el lucro que habría obtenido es de 50. Por tanto, A sería condenado al pago de 50, por indemnización, y al pago de 50, por lucro.

obtenido, se puede pagar la indemnización y el condenado no ve perjudicado su patrimonio, ¿dónde está el acicate para que no se arriesgue a una intromisión ilegítima: quizá se me condene o no, pero si se me condena posiblemente no supondrá ningún perjuicio para mí?

Ahora bien, esto no significa que no se pueda estudiar la aplicación de correctores legales en la aplicación de la regla de la apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos (aunque yo tengo mis dudas de que sean aplicables por el paralelismo que se hará al final con el Código Penal): a) podría analizarse si resulta de aplicación el instituto del enriquecimiento injusto (con el esquema enriquecimiento de la víctima/empobrecimiento del condenado), siempre que pueda alegarse mala fe o el abuso del derecho (art. 7 CC) de la víctima, entendiendo que la víctima no debería poder apropiarse de todo el lucro obtenido por el condenado cuando existiera una desproporción patente entre la intromisión ilegítima (por ser muy leve) y el lucro obtenido por el condenado (muy alto); b) incluso si pensamos que el art. 9.2.d) LO 1/1982 es una verdadera sanción (civil), podría plantearse la aplicación de los principios que rigen las reglas generales de graduación de la responsabilidad administrativa<sup>93</sup> o los penales que se refieren al comiso de los beneficios obtenidos a través del delito. En efecto, y en relación con el comiso penal, no podemos dejar de lado la opinión de Martín-Casals: si se considerase que la apropiación del lucro es un daño punitivo, dice Martín-Casals, «[...] como los daños punitivos tienen por objeto castigar al infractor, no absorber ganancias, deberían medirse como una pena de multa, es decir, en función del grado de reprochabilidad de la conducta del agente y de la cuantía de su patrimonio o, como dice el art. 50 CP, [...]... teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo[...] [...]»<sup>94</sup>. Este paralelismo apropiación del art. 9.2.d) LO 1/1982

<sup>93</sup> Se puede tener en cuenta el art. 131.3 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: «En [...] la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: A) La existencia de intencionalidad o reiteración. B) La naturaleza de los perjuicios causados. C) La reincidencia [...]», sin olvidar que el art. 131.2 de esa misma norma dispone: «El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas».

<sup>94</sup> MARTÍN-CASALS, M., *ob. cit.*, págs. 18-19.

como daño punitivo con pena de multa del Código Penal es muy discutible; es más, si tuviéramos que hacer algún paralelismo de la regla del art. 9.2.d) LO 1/1982 con las medidas previstas en el Código Penal lo haríamos con lo dispuesto en el art. 127.1, primer párrafo, CP: «*Toda pena [paralelismo: toda condena] que se imponga por un delito o falta dolosos [paralelismo: por intromisión ilegítima dolosa] llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta [paralelismo: del lucro obtenido por el condenado], cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente*»<sup>95</sup>.

En tal caso, también pudiera tenerse en cuenta, a través de la vía de los principios, lo dispuesto en el art. 128 CP: «Cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente». Obsérvese cómo «[...] el artículo 128 CP únicamente se refiere a los efectos e instrumentos de la infracción criminal sin mencionar las ganancias, toda vez que la incautación de los beneficios ilícitos por elevada que sea su cuantía no queda afectada por la aplicación de esta cláusula de proporcionalidad [...]»<sup>96,97</sup>; por tanto, si atendiéramos a los criterios del Código Penal, no cabría limitar la apropiación de lucro obtenido a favor de la víctima de una intromisión ilegítima en alguno de sus derechos del art. 18.1 CE: estas intromisiones ilegítimas no sólo no pueden ser rentables de ningún modo (apropiación del lucro); además, el agresor debe notar en su patrimonio el daño que ha hecho (indemnización).

<sup>95</sup> Este decomiso es calificado en el Código Penal como «consecuencias accesorias», lo que ha llevado al menos a parte de la doctrina penalista y a la jurisprudencia (véase la STS —Sala de lo Penal— de 7 de febrero de 2007 —RJ 2007\1921—) a no considerar el decomiso ni como pena ni como medida de seguridad.

<sup>96</sup> Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado, de 30 diciembre 2010, sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal (JUR 2011\3943).

<sup>97</sup> Además, no creo que la facultad del juez de no llegar a decretar el comiso en los dos casos del art. 128 CP (desproporción o satisfacción por completo de las responsabilidades civiles) pudiera ser de aplicación en relación con el art. 9.2 LO 1/1982, porque sería ir en contra de la finalidad perseguida por el legislador: debe existir siempre un mínimo de apropiación de los beneficios, pues debe servir de medida desincentivadora de futuras conductas intromisivas; es más, y en relación con la indemnización, ésta y el decomiso del art. 9.2 LO 1/1982 son claramente cumulativas.

Tercera idea. La prueba del lucro obtenido por el condenado con la intromisión ilegítima corresponde a la víctima<sup>98</sup>, lo que no siempre será fácil. Como dice la SAP de León de 27 de noviembre de 2001 (AC 2002\475): «[...] Este criterio [el beneficio obtenido por el causante de la lesión como consecuencia de la misma] plantea un grave problema de prueba. En realidad, se trata de una “probatio diabólica”, ya que se puede uno preguntar lo siguiente: [“]¿Se podría atribuir el aumento en la venta de un número de una revista a la publicación de la intromisión ilegítima, entre otras muchas noticias?[”]»; ahora bien, en ciertos casos, aplicando el ya citado principio de normalidad de las cosas, se puede llegar a determinar razonablemente este posible beneficio: imagine-mos que una determina revista pueda vender diez mil ejemplares mensuales de forma habitual y que en el mes de abril publica la fotografía de una conocida persona pública en una situación muy comprometedor y esto hace que las ventas, este mes, se disparen a veinte mil ejemplares, volviendo a los diez mil ejemplares el mes de mayo. ¿Realmente no es muy fácil deducir el porqué del incremento de las ventas en el mes de abril?

La «confiscación» de los beneficios obtenidos por el condenado no sólo afecta a los medios de comunicación, sino a cualquier persona; esto es, si una persona cobra una determinada cantidad de dinero por salir en un programa de televisión para entrometerse en la intimidad de un tercero o para difamarlo (que, si atendemos al Preámbulo de la LO 5/2010, es posiblemente en el supuesto en el que estaba pensando el legislador), la cantidad cobrada se puede considerar como lucro obtenido por el condenado con la intromisión ilegítima.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALEGRE MARTÍNEZ, M. A. (1997): *El derecho a la propia imagen*, Ed. Tecnos.
- AZURMENDI ADARRAGA, A. (1997): *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2010): «La dignidad de las víctimas», *Aranza-di Civil-Mercantil 6/2010 (Tribuna)*; fuente: westlaw BIB 2010/1814.
- BUSTO LAGO, J. M./PEÑA LÓPEZ, F. (1997): «Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual», *Anuario da Facultade de Dereito*, 1997-1.
- CABEZUELO ARENAS, A. L. (1998): *Derecho a la intimidad*, Ed. Tirant lo Blanch.
- DE LAMA AYMÁ, A. (2006): *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Ed. Tirant lo Blanch.

<sup>98</sup> Véase, p. ej., la STS de 27 de marzo de 1998 (RJ 1998\2192).

- DELGADO ECHEVERRÍA, J. (2002): *Elementos de Derecho Civil I*, volumen segundo, Dykinson, 3.<sup>a</sup> ed.
- DÍEZ-PICAZO, L./GULLÓN BALLESTEROS, A. (2003): *Sistema de Derecho Civil I*, Ed. Tecnos, 11.<sup>a</sup> ed.
- GARCÍA GARNICA, M. A. (2004): *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Ed. Thomson/Aranzadi.
- GRIMALT SERVERA, P. (2007a): *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel.
- (2007b): «La responsabilidad de los proveedores de información en Internet y la Ley 14/1966, de Prensa e Imprenta», en *Responsabilidades de los proveedores de información en Internet*, Comares.
- HERRERO-TEJEDOR, F. (1994): *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex.
- HUALDE SÁNCHEZ, J. J. (2008): «La protección post mortem de los derechos de la personalidad y defensa de la memoria del fallecido», en *Bienes de la Personalidad*, XIII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- KAYSER, P. (1984): *La protection de la vie privée*, Economica.
- LÓPEZ JACOISTE, J. J. (1986): «Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad», *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXVI.
- MARTÍN-CASALS, M. (2011): *La «modernización» del Derecho de la responsabilidad extracontractual*, Asociación de Profesores de Derecho Civil, págs. 13-27, muy especialmente las págs. 24-27, que se refieren al art. 9.2 LO 1/1982 (fuente: <http://www.derechocivil.net/jornadas/APDC-2011-PONENCIA-CASALS.pdf>).
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. (2001): *Curso de Derecho Civil I*, Colex, 2.<sup>a</sup> ed.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (1991): *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Ed. Edersa.
- ORTÍ VALLEJO, A. (1994): *Derecho a la intimidad e informática*, Comares.
- PASCUAL MEDRANO, A. (1997): «Los derechos fundamentales y la nueva Ley de protección al menor», en *La protección jurídica del menor* (coord. Ignacio García Serrano), Ed. Junta de Castilla y León.
- (2003): *El derecho fundamental a la propia imagen*, Ed. Aranzadi.
- PLAZA PENADÉS, J. (1996): *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo Blanch.
- REBOLLO DELGADO, L. (2000): *El derecho fundamental a la intimidad*, Ed. Dykinson.
- ROMERO COLOMA, A. M. (1985): *Los bienes y los derechos de la personalidad*, Trivium, S.A.
- ROVIRA SUERIO, M. E. (1999): *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen*, Cedecs Editorial.
- RUIZ MIGUEL, C. (1995): *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos.
- SALVADOR CODERCH, P. (1987): *¿Qué es difamar?: libelo contra la Ley de libelo*, Ed. Civitas.
- (2011): «Entre recordar y olvidar», en el periódico *El País*, 1 junio.
- TUR FAÜNDEZ, N. (2011): *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Thomson Reuters.