

# Publicación de la sentencia en los casos de intromisión en la intimidad y a la propia imagen

## Comentario a la STS de 27 de abril de 2022

**José Ignacio Esquivias Jaramillo**

*Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)*

<https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Sucintamente vamos a exponer la base fáctica y jurídica del asunto tratado en esta sentencia, para después proceder a comentar y reforzar los argumentos de la jurisprudencia.

La demanda se dirige contra Atresmedia Corporación de Medios de Comunicación, por intromisión en el honor de una persona, y el Juzgado de Primera Instancia n.º 19 de Madrid la estima parcialmente, «declarando que no se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante y sí se ha ocasionado una intromisión ilegítima en su intimidad personal y familiar y propia imagen». Luego, por sentencia n.º 176/2021 de fecha 29 de abril de 2021 el fallo contiene una indemnización en concepto de daños morales por la cantidad de 6.500 euros, aparte de la difusión de la sentencia y prohibir la difusión futura del programa en cuestión. Más las costas procesales. Como es lógico, se apela la sentencia, la cual mantiene la de primera instancia en lo esencial; es decir, en la vulneración de los derechos fundamentales descrita, pero corrigiendo el fallo en lo siguiente: «Salvo en el particular relativo a la condena a difundir el encabezamiento y fallo de la sentencia pronunciada en la instancia, pronunciamiento que se deja sin efecto».

Ahora sobreviene el recurso de casación, que se funda en la infracción de lo dispuesto en los artículos 18 y 20.4.º de la Constitución, en relación con los artículos 24 y 120 de la misma, y en los artículos 2.2, 7, 8 y 9 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y propia imagen (LOPDH). Y como segundo motivo, por infracción del artículo 9.2 de la LOPDH, y de la doctrina y jurisprudencia que lo interpreta.

**Nota:** Véase el texto de esta sentencia en <http://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho civil del 16 al 28 de febrero de 2023).

En el programa que da lugar a la demanda el actor, el perjudicado, como abogado, economista e inspector de Hacienda en excedencia, que desarrollaba su actividad profesional, había soportado que desde el año 2016 se iniciara

una investigación judicial frente a él y otras treinta y siete personas por presuntas irregularidades en labores de asesoramiento fiscal a sus clientes particulares, encargándose de la instrucción el Juzgado Central de Instrucción n.º 2 de la Audiencia Nacional; y que dicho procedimiento había entrado en la fase de preparación del juicio oral tras dictarse un auto, el 12 de junio de 2019, acordando dar traslado de las diligencias al fiscal y a las acusaciones personadas para formular acusación o pedir el sobreseimiento o la práctica de diligencias complementarias.

Se dice por el actor, y reproducimos literalmente:

Como fundamento de su pretensión, alegó, en esencia, que el documental emitido no cumplía el requisito de veracidad, dado que no se respetaba su derecho a la presunción de inocencia, pues se le presentaba como culpable sin que hubiera sido juzgado; que se había vulnerado su derecho al olvido al dar a conocer como ciertos unos antecedentes penales por un delito de apropiación indebida que ya estaban cancelados y se remontaban a hechos de hacía más de diecisiete años; que se utilizaban expresiones y hacían afirmaciones que suponían un atentado a su honorabilidad (al identificarle como «el asesor de las estrellas»; imputarle la creación de estructuras opacas para ayudar a sus clientes a defraudar a Hacienda; hacerle responsable de desfalcos; y recoger opiniones de ex clientes que decían que había pedido a la directora general de inspección del Ministerio de Hacienda que inspeccionara a quien le había denunciado, que creaba fundaciones para desgravar dinero, que no pagaba impuestos y que había diseñado una trama de empresas fantasmas para esconder los ingresos de su despacho); y, en fin, que también se habían vulnerado sus derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen al revelarse datos íntimos y personales de su infancia y familia innecesarios para la información difundida, insertando unas fotografías de su primera comunión, cuando tenía siete años, acompañado de sus padres y hermanos ya fallecidos, que habían sido obtenidas sin su consentimiento.

Tanto el juzgado como la audiencia niegan la vulneración del derecho al honor, porque prevalece el derecho a la información. A este respecto, conviene indicar que el Tribunal Constitucional en muchas ocasiones se ha referido a la jerarquía de los valores constitucionales, y, en caso de conflicto, ubica en el vértice de la pirámide a la libertad de expresión o de información. Sin embargo, esto no quiere decir que el honor de una persona privada o pública no deba ser respetado, o que triunfe en su contienda con los otros indicados. Pero para que así sea, se debe acudir a los criterios de modulación o de análisis. Por ejemplo: el interés social, el interés objetivo de la noticia, el derecho de una sociedad a conocer y a saber acerca de los asuntos destacados. Además de la ponderación de estos criterios, también hay que evaluar el contexto en el que se dicen esas cosas zaherientes.

Por el contrario, el honor se ve amparado cuando la crítica es extravagante y se convierte en el insulto innecesario, desconectado con la información. Se analizan asimismo otros elementos, tales como el *animus retorquendi* (yo te ofendo porque tú me has ofendido previamente, y entre ambos existe un pasado de enfrentamiento...). Importante es también saber que la información requiere de veracidad, mientras que la libertad de expresión no, tan solo una base fáctica sobre la que se apoya. Y esa verdad no hay que considerarla como una realidad incontrovertida de un hecho, sino como la veracidad derivada de una investigación periodística seria. A otros datos podríamos referirnos con el fin de ilustrar el sentido de la sentencia del Tribunal Supremo. Uno de ellos, y lo indicamos como último, es el de la reproducción de una noticia tal y como la emiten otros medios antes; lo llamado reportaje neutral. Criterio del que se predica que el nuevo emisor no añade nada diferente a los anteriores. En fin, la introducción de estos elementos pretende ubicar convenientemente el análisis que hace la sentencia que comentamos para resolver la casación; porque el recurrente está pidiendo la condena de Atresmedia también por vulneración del honor, además de la intimidad y la imagen así declaradas por la audiencia y el juzgado de origen. Y como indica la STS, Sec. 1.ª, de 11 de marzo de 2020, n.º 170/2020, rec. núm. 1768/2018 (NCJ064810): «Desde la perspectiva del deber de veracidad, la información referente al recurrente [...] fue divulgada luego de que los demandados agotaran su deber de diligencia mediante el adecuado contraste de lo que comunicaban a la opinión pública».

Expuesto los precedentes argumentos, al final la audiencia considera que, vulnerándose la intimidad y la imagen, no ocurre lo mismo con el honor porque

por todo lo expuesto, se ha de concluir que la información difundida se acomoda a las pautas requeridas por la jurisprudencia. Nos encontramos ante un reportaje de investigación centrado en el denominado caso Nummaria, del que ya se habían hecho eco diversos medios de comunicación, cuyo interés público surge, de una parte, de la causa penal instruida por la Audiencia Nacional por diversos delitos,

y también por la notoriedad de las personas y porque no se detecta intención de difamar.

Pero el estudio de los recursos hace que la sentencia sea significativa. Uno de ellos tiene por fundamento la infracción de lo dispuesto en los artículos 18 y 20.4.º de la Constitución, en relación con los artículos 24 y 120 de la misma, y artículos 2.2, 7, 8 y 9 de la LOPDH. El segundo, la infracción del artículo 9.2 de la LOPDH y de la doctrina y jurisprudencia que lo interpreta. O sea, el primero se centra en el derecho al honor y al olvido, asunto interesante y en todo caso concomitante con el derecho fundamental violado. El segundo impugna que no se haya admitido la difusión total o parcial de la resolución cuando el derecho fundamental es el de la imagen, junto con el de la intimidad personal y familiar. Aquí entra en conflicto la aceptación de esa difusión cuando se trata del honor y la negativa a ella cuando se trata de los otros dos derechos referidos, también fundamentales, y se alude al artículo 9.2 de la LOPDH. Tras la interpretación de la redacción anterior y la actual –se nos dice– se llega a la siguiente conclusión:

La diferencia en el caso de la intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y a la propia imagen estriba en que la ley no da por sentada la necesidad de la medida (ni, por lo tanto, su idoneidad, que la necesidad presupone), como en el caso de la intromisión ilegítima en el derecho al honor, en el que sí lo hace. Por lo tanto, para que pueda acordarse la publicación de la sentencia, el perjudicado que la solicita deberá justificar que resulta necesaria para el restablecimiento en el pleno disfrute de sus derechos o para prevenir intromisiones inminentes o ulteriores. «De esto se deduce que es el interesado quien debe probar la necesidad de la publicación de la sentencia por el condenado, siempre que lo justifique, y para prevenir otras intromisiones inminentes y futuras. Cuando las dos sentencias anteriores, la del Juzgado y la de la Audiencia, niegan esa publicación, utilizan como argumento: «la publicación de la sentencia solo es procedente para reparar la vulneración del derecho al honor. Cuando lo vulnerado es el derecho a la intimidad, no procede dicha publicación, puesto que la misma no supondría una reparación de la vulneración ilegítima de tal derecho fundamental. Tampoco procede dicha publicación cuando se trata de una intromisión del derecho a la propia imagen», con cita de dos STS en las que amparar esta posición, la STS núm. 684/2020, de 15 de diciembre (NCJ065357) y la núm. 617/2018, de 7 de noviembre. Sin embargo, en esta, la que comentamos, el Alto Tribunal hace una interesante precisión: «La redacción actual no excluye dicha posibilidad. Tampoco cabe afirmar apodícticamente y sin atender a las circunstancias concretas de cada caso la falta de idoneidad en tales supuestos de la publicación de la sentencia para conseguir las finalidades reparadoras o preventivas a las que se refiere la norma. Y descartarla, porque la publicación únicamente se menciona en el caso de intromisión ilegítima en el derecho al honor, no resulta ineludible, puesto que, como hemos visto, existe otra explicación, ni es lo más ajustado al sentido constitucional de un precepto cuyo fin «frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que se refiere la presente Ley», y no solo frente a la intromisión ilegítima en el derecho al honor, es la plenitud de la tutela, prestando al derecho vulnerado el amparo más amplio y completo posible, pudiendo constituir la publicación de la sentencia una medida necesaria para ello, incluso en los atentados contra la intimidad y la propia imagen». Por consiguiente, no acepta la exclusión apodíctica de esa facultad de difusión en la intimidad o la imagen, porque la nueva redacción del art. 92. de la ley LO 5/2010 aluda al honor expresamente en esta cuestión, no significa que no haya amparo en los otros derechos». La desestimación del recurso en este asunto, o motivo, está, en definitiva, en la falta de justificación de la necesidad de reparación presente, de inminente peligro o para el futuro del derecho invocado, y no en la proscripción de una ley que, como hemos visto, no impide hacer extensivo a los otros dos derechos fundamentales: el derecho a la publicación.

Hacemos una breve reseña al tema de la difusión de la sentencia que invoca el fiscal ante el TS para concluir que no hay uniformidad. Nos parece interesante su reflexión: Lo anterior evidencia que la cuestión no ha tenido una respuesta jurisprudencial uniforme. «En el presente caso, estima que, dado que el recurrente solicita esta medida para evitar intromisiones futuras y con un fin reparativo, pese a la escasa duración de la intromisión (solo 4 minutos de los 56 minutos que dura el

programa se refieren a hechos relativos a su ámbito privado) esta medida no resulta desproporcionada y cumple los fines previstos en el art. 9.2 LO 1/1982». El fiscal es partidario de la difusión en todos los casos, pero en la intimidad y la imagen debe justificarse la necesidad. Por tanto, el Supremo en esta sentencia solo está coincidiendo con el criterio del fiscal.

Nos queda por analizar el derecho al olvido invocado en el recurso de casación, pues esta sentencia no profundiza en exceso:

Contextualizamos las razones del recurrente, y decimos:

«En su desarrollo se alega, replicando a lo que la Audiencia argumenta sobre el derecho al olvido, por un lado, que «lo que se omite en la sentencia que se impugna, dicho sea en defensa, es la manifestación que se acompaña a esta información, en cuanto se manifiesta que pidió a la Directora General de Inspección del Ministerio de Hacienda que le hiciera una inspección a la persona que le denunció, lo que constituye por su falsedad, sin duda, una flagrante intromisión en el derecho al honor de mi mandante»; y por otro lado, «que también como intromisión en el Derecho al Honor de mi representado deben considerarse las manifestaciones referidas a una sentencia condenatoria, dictada en el año 2002, es decir, que han transcurrido diecisiete años desde entonces [...]. Los antecedentes penales, una vez cancelados, no pueden ventilarse como vigentes y como reflejo de una personalidad delictiva cuando ya se ha producido la rehabilitación [...]. Se ha vulnerado la doctrina del derecho al olvido al haber dado a conocer unos antecedentes penales que ya estaban cancelados y ser por tanto jurídicamente inexistentes».

Si el derecho al olvido, como dice la STS, Sec 1.<sup>a</sup>, de 2 de marzo de 2021, núm. 115/2021, rec. núm. 6029/2019, no es más que una manifestación del «derecho a la Calidad de los datos» telemática y globalmente publicitados que precisamente se plasma como derecho fundamental individual a la supresión de internet de informaciones ya no inexactas sino falsas», incluso difamatorias, no resulta extraño el siguiente argumento del fiscal, compartido por el Supremo, en esta causa: «toda referencia a una sentencia antigua y cancelada por un delito cometido en el ámbito profesional no supone necesariamente una intromisión en el honor de una persona, cuando además está en conexión con el personaje, la historia y sirve para contextualizar la noticia con el personaje. La veracidad de la noticia interesante absorbe esa vulneración invocada porque no es desproporcionada ni impertinente». Claro. Lo difamatorio queda velado por la información veraz. No se ofende sino que se da a conocer una información interesante de un personaje, como se ha indicado, de manera proporcional y pertinente. Es evidente que el derecho al olvido trata de eliminar cualquier dato o información lesivos para el sujeto, pero siempre que tengan esa consideración y que se haya declarado y juzgado la vulneración del honor. En caso contrario, descartada la vulneración que se demanda, poca sustancia tiene el derecho al olvido solicitado. Ahora bien, desde la perspectiva de la intimidad o de la imagen, por las que sí ha sido condenada Atresmedia, y puestos estos derechos en relación con el del olvido, la STS Sec. 1.<sup>a</sup>, de 12 de diciembre de 2011, núm. 928/2011, rec. núm. 848/2010, ampara al recurrente que trata por tanto de

garantizar el derecho a que los aspectos de la vida personal se respeten a ultranza, independientemente de que sean verdaderos, independientemente de que no constituyan secreto o datos de carácter íntimo, es el llamado «derecho al olvido» de la jurisprudencia francesa, y que la española ha optado por llamar «derecho a vivir en paz», «en tranquilidad». Pero conviene precisar que la intimidad y la imagen encuentran el cauce adecuado en el Procedimiento Ordinario, a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, mientras que el derecho al olvido es una consecuencia accesoria que se ubica en la normativa de la protección de datos, en las acciones con base en la normativa de protección de datos (Ley Orgánica 15/1999), a cuyo ámbito pertenece el derecho al olvido. El apartado a) 2 del art. 9 Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, dispone que «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 el restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida». De este precepto se deduce que los derechos fundamentales al honor, intimidad e imagen pueden conllevar como accesoria el ejercicio del derecho al olvido, a fin de retirar noticias de archivo digitales. A tal efecto ilustra la AP de Madrid, Sec. 20.ª, en su sentencia de 30 de diciembre de 2016, núm. 542/2016, rec. núm. 456/2016: Ha de desestimarse, finalmente, el motivo en el que se denuncia la improcedencia de la supresión de la noticia de los archivos de *El País* y de su retirada de los buscadores, ya que la tutela judicial no se agota en las previsiones expresamente enumeradas en el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1982, por cuanto que en el mismo se permite adoptar, sin carácter de *numerus clausus*, cualquier otra medida tendente a poner fin a la intromisión ilegítima, entre la que se comprende la decretada en relación con la desaparición de la noticia de los archivos digitales.

Con esta medida se imposibilitará el acceso al texto de la crónica, dando lugar a la completa satisfacción del demandante mediante el denominado «derecho al olvido», que según la Agencia Española de Protección de Datos «hace referencia al derecho que tiene un ciudadano a impedir la difusión de información personal a través de internet cuando su publicación no cumple los requisitos de adecuación y pertinencia previstos en la normativa». La retirada en los buscadores generales de la noticia cuando ha infringido el derecho a la intimidad, con el consiguiente cese de su difusión, es una consecuencia accesoria a la condena y responde a la petición deducida por el demandante, correspondiendo a los demandados garantizar la eliminación de tales enlaces en la red empleando para ello cuantos medios sean necesarios a tal fin.