

Vulneración del derecho a la intimidad por incumplimiento de las obligaciones de custodia de grabación

Comentario a la STS de 27 de noviembre de 2023

José Ignacio Esquivias Jaramillo

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid (España)

jesquivias1959@gmail.com | <https://orcid.org/0000-0001-8015-8964>

Los hechos sobre los que se sustenta esta sentencia –en su día notorios– tienen la siguiente base fáctica: el incumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales como consecuencia de una grabación a una señora en el centro comercial Eroski el 5 de mayo de 2011, posteriormente filtrada a la prensa y difundida en diferentes medios durante el año 2018.

El centro comercial fue demandado por vulneración a la intimidad, al honor y a la imagen. La indemnización solicitada fue alta (450.000 euros). El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Recurrida en apelación, la audiencia estima parcialmente el recurso y considera que la vulneración producida es la del derecho a la intimidad por incumplimiento de la normativa específica de la Ley de protección de datos. La indemnización fijada consistió en 30.000 euros.

Vistos, sucintamente, los hechos, diremos que la divulgación de los mismos –que puede, en principio, encontrar amparo en la libertad de expresión o el derecho a la información, así como en la autonomía de ambos derechos– no impide preservar la intimidad de la persona afectada cuando los datos, fuente de la noticia, no han sido custodiados convenientemente. En el conflicto de intereses que se produce, siempre se dice que los dos primeros dere-

Nota: Véase el texto de esta sentencia en <https://civil-mercantil.com> (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 31 de enero de 2024).

chos son preeminentes, pero sin que esta afirmación, utilizada en el juicio de ponderación, no pueda ser revisada con arreglo a unos parámetros. Por ejemplo, el interés de la noticia, el derecho a estar informados, la naturaleza pública o privada del personaje, la veracidad de la información, o la base fáctica que sustenta la expresión, etc. Pero, en este supuesto, la persona tiene el derecho a preservar asuntos de naturaleza privada, o la facultad de impedir que se conozcan aspectos íntimos que se deben proteger. O, como sucede aquí, el incumplimiento de la normativa de protección de datos por el error en la custodia de los mismos nos puede llevar a la vulneración de la intimidad, como luego veremos.

Para llegar a esta conclusión se estudia la normativa de la ley de protección de datos, así como la constitucional. Y se invocan los siguientes preceptos:

Sobre la vulneración del derecho a la intimidad de la demandante, se infringe el artículo 20.1, que dice así: «Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen». Luego se invocan los artículos 2.1 y 8.1 de la Ley de protección al honor, la intimidad personal familiar y a la propia imagen. Sobre «la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen», que «quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona, reservado para sí misma o su familia». Añade que «no se reputará, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante». Pretextándose con la invocación de este precepto la no vulneración del derecho a la intimidad y, por tanto, la autorización a la grabación de las imágenes sin merma de la normativa.

Por ello, a continuación, la sentencia invoca en recurso de casación, como motivo segundo, la inexistencia de infracción de las obligaciones de la Ley de protección de datos por Cecosa Hipermercados, infracción del artículo 217 de la LEC e infracción de los artículos 72, 73 y 74 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) con base en el siguiente planteamiento: se señala a quién corresponderá la carga de la prueba, pero sabiendo que la norma no dice cómo y qué se debe probar –como tantas veces ha reiterado la jurisprudencia–, sino solo las consecuencias de la falta de prueba. Además, y esto es lo importante, cuando se alega esa vulneración de la carga de la prueba, debe hacerse por la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, no por casación, estrictamente reservada para infracciones sustantivas, que no procesales. Pero si este motivo es suficiente para desestimar la casación por vulneración del artículo 217 de la LEC, más contundente es el siguiente que se esgrime en la sentencia:

Además, la sentencia recurrida no parte de que los hechos reveladores del incumplimiento de la obligación de custodia de la grabación no han resultado probados sino, al contrario, parte de que han resultado probados, por lo que no aplica las reglas de la carga de la prueba. Por tanto, aunque la infracción hubiera sido denunciada en un recurso extraordinario por infracción procesal y no en un recurso de casación, tampoco habría podido ser estimada.

Es decir, los hechos de la falta de custodia han sido probados, y no hay vulneración por tanto del artículo 217. Añadimos a este comentario, que, tras la reforma del recurso de casación, que ya no distingue expresamente entre casación e infracción procesal, sino que engloba ambos motivos dentro de la casación, el análisis de este motivo no habría podido ser rechazado o inadmitido, en su caso, a trámite, pero sí rechazado igualmente por el razonamiento probatorio indicado.

La recurrente alega que la demandante no ha probado que la demandada hubiera infringido la normativa de protección de datos; asimismo alude a la prescripción de las faltas, y por ello a la vulneración de los artículos que las regulan (72, 73 y 74) de la LOPD. Artículos que se refieren a las infracciones muy graves, graves y leves. Finalmente, se invoca la vulneración del artículo 9.3 de la Ley de Protección al honor, la intimidad personal familiar y a la propia imagen sobre la «fijación de la indemnización en razón de un criterio arbitrario generador de indefensión». Sirviendo, sobre esto, que es difícil el acceso a la casación por la indemnización por daños morales fijada, salvo cuando la imposición sea irracional o infundada.

Aunque se menciona que el razonamiento de la sentencia de la audiencia discurre al margen del conflicto entre la libertad de expresión, el derecho a la información y la intimidad, al enfocarse más bien desde la perspectiva de la infracción de la normativa de la LOPD, no está de más ilustrar un poco sobre cómo entiende la jurisprudencia ese derecho fundamental a la intimidad, pues el derecho a la intimidad consiste en preservar del conocimiento ajeno los aspectos de la vida personal o familiar que el particular entiende reservados, a diferencia de la protección constitucional del dato, que se centra en el control por el titular del mismo, de su uso o destino, para apartarlo del conocimiento público o de terceros, eludiendo asimismo el tráfico no consentido.

El Tribunal Constitucional, en sentencia de 11 de febrero de 2013, núm. 29/2013 (NormaCEF NSJ046447), nos dice que

la función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (STC 144/1999, de 22 de julio NormaCEF NFJ068939), en cambio, el derecho fundamental a la protección de datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado.

Porque, como añade la STC 292/2000 (NormaCEF NCJ051718),

el constituyente quiso garantizar mediante el actual art. 18.4 CE no solo un ámbito de protección específico sino también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precep-

to; [añadiendo en el fundamento jurídico 5 que] la peculiaridad de este derecho fundamental a la protección de datos respecto de aquel derecho fundamental, tan afín como es el de la intimidad, radica, pues, en su distinta función, lo que apareja, por consiguiente, que también su objeto y contenido difieran.

Y en cuanto a la protección de los datos y su relación con la intimidad o con la previsión constitucional, el Tribunal Constitucional, tras reconocer el carácter reservado de los datos, advierte que

el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos que se deriva del art. 18.4 CE no se reduce solo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos, sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el art. 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente, también alcanza a aquellos datos personales públicos, que, por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos (STC 292/2000, FJ 6.º [NormaCEFL NCJ051718]).

Y sobre la necesaria ponderación, ilustra el Tribunal Supremo de la siguiente manera (Sec. 1.ª, STS de 12 de noviembre de 2015, núm. 609/2015, rec. núm. 899/2014 [NormaCEFL NSJ052680])

conviene recordar los requisitos que conforman nuestra doctrina sobre los límites que pueden sufrir los derechos fundamentales, los cuales pueden resumirse en los siguientes: «que la medida limitativa del derecho fundamental esté prevista por la Ley, que sea adoptada mediante resolución judicial especialmente motivada, y que sea idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo» (SSTC 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4.º [NormaCEFL NCJ065131] y 25/2005, de 14 de febrero, FJ 6.º).

Tampoco resulta intrascendente llamar la atención sobre la distinta intensidad de protección del dato, según su naturaleza. La STS (Civil), Sec. 1.ª, de 22 de septiembre de 2020, núm. 483/2020, rec. núm. 1203/2019 (NormaCEFL NSJ061747) nos recuerda: conforme al principio general de que los datos serán únicamente recogidos, tratados y transmitidos a terceros con el consentimiento del afectado, con las excepciones legalmente previstas, se considera que solamente algunos pertenecen al acervo más íntimo del individuo, que nuestra legislación clasifica en tres grupos: a) ideología, religión y creencias; b) origen racial, salud y vida sexual; y c) comisión de infracciones penales o administrativas.

Pues bien, hechas las precedentes precisiones, la sentencia que estamos comentando matiza algo muy importante y que también puso de manifiesto el Ministerio Fiscal en su in-

forme: la razón de la estimación de la demanda no está en el conflicto entre el derecho a la libertad de información y la intimidad, sino en el incumplimiento de la custodia de la grabación efectuada. La difusión no fue cosa de la demandada, sino de un medio de comunicación. De ahí el déficit de custodia que sanciona la conducta negligente de la le empresa. Por otro lado, la invocación de los preceptos de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, no es válida porque no estaban en vigor cuando sucedieron los hechos. Siendo igualmente intrascendente si hubo o no infracciones administrativas, si hubo o no prescripción de las mimas, puesto que no se pidió la subsanación, en su caso, en la instancia y no fue objeto de pronunciamiento, y es sabido que aquello que no forma parte del objeto del proceso no es susceptible de invocación en casación, al ser una cuestión nueva.

Sobre las cuestiones nuevas, el Tribunal Supremo tiene dicho lo siguiente en su sentencia núm. 61/2018, de 5 de febrero (NormaCEF NCJ062983):

La sentencia número 398/2016, de 14 junio, recurso número 169/2014, recoge que afirma la sentencia de 13 de octubre de 2015, Rc. 2117/2013, que: «Es doctrina reiterada de esta Sala (SSTS de 13 de julio de 2011, rec. n.º 912/2007, 6 de mayo de 2011, rec. n.º 2178/2007, 21 de septiembre de 2011, Rc. n.º 1244/2008, y 10 de octubre de 2011, Rc. n.º 1331/2008) que no resulta admisible plantear en casación cuestiones nuevas, entendiéndose por tales tanto las que no fueron suscitadas por la parte recurrente en primera instancia como las que sí lo fueron pero no integraron el objeto del debate en apelación y, por tanto, quedaron fuera de la razón decisoria de la sentencia de la segunda instancia, ya que el recurso extraordinario de casación tiene por finalidad corregir las posibles infracciones legales en que hubiera podido incurrir la sentencia impugnada, que únicamente resultarán predicables respecto de aquellas cuestiones sobre las que se haya pronunciado por constituir objeto del recurso de apelación (SSTS de 28 de mayo de 2004, Rc. n.º 2171/1998, 3 de diciembre de 2009, Rc. n.º 2236/2005, 21 de julio de 2008, Rc. n.º 3705/2001, 10 de mayo de 2011 Rc. n.º 1401/2007, 10 de octubre de 2011, Rc. n.º 1331/2008, y 30 de abril de 2012, Rc. n.º 515/2009)». Es una manera de evitar que la otra parte alegue indefensión, pues no puede aprovecharse el recurso extraordinario de casación para introducir cuestiones que no fueron debatidas en la instancia, sobre las que la otra parte no se puede pronunciar. Esa novedad procesal que plantea la sentencia que comentamos (hacer referencia a las infracciones administrativas) implica privar a la otra parte del principio de igualdad, de preclusión y defensa, «al verse sorprendida la contraparte por unas alegaciones que no fueron objeto del debate (SSTC de 1 de julio de 2004 y 27 octubre 2004), y así se desprende del artículo 477.1 LEC.

Normalmente se dice que lo que es nuevo en la apelación más lo es en casación. Si la audiencia se ve sorprendida por alegaciones nuevas, más lo estará el Tribunal Supremo cuando se le pide un pronunciamiento extraño al proceso en la instancia. Por ello, el Tribunal Supremo dice literalmente, cuando se invocan la infracción de los artículos 72, 73 y 74

de la Ley Orgánica 3/2018: «El objeto del litigio no es determinar si han existido infracciones administrativas (que es lo regulado en esos preceptos legales) y sancionarlas, por lo que la sentencia recurrida no ha podido infringir tales preceptos».

Finalmente, la sentencia trata un tema recurrente en este tipo de demandas cuando la condena a la indemnización no se considera proporcional o adecuada. Al ser un daño moral, y no poder cuantificar el mismo por su propia naturaleza, se acude a criterios de ponderación o de valoración porque se presume siempre que la vulneración de la intimidad conlleva un daño. También se dice que normalmente la valoración de los tribunales no tiene acceso a la casación, porque es función «soberana» de tribunales de instancia y depende de las circunstancias del caso y del prudente arbitrio. No obstante, se admite a trámite la casación cuando hay una notoria desproporción o un error grave o manifiesto en su cálculo con arreglo a los criterios o a las bases del mismo. Y no puede desconocerse que no es necesaria la prueba del daño moral, pues este (como se ha dicho) se presume. Por tanto, la mera disconformidad de la recurrente con el importe fijado (30.000 euros) no es motivo suficiente para la estimación del recurso.