

El resarcimiento del daño moral en España por las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro cónyuge* / *The recovery of non-material damages in Spain for unlawful interferences in the intimacy of the other spouse*

José Ramón de Verda y Beamonte**
Luis de las Heras Vives***

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre el concreto aspecto de la responsabilidad civil en España derivada de las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro cónyuge, y ello con independencia de que el resarcimiento del daño se otorgue en la jurisdicción civil o penal, pues el artículo primero 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, establece que sus criterios serán igualmente aplicables para la determinación de la responsabilidad civil del delito.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la intimidad, intimidad familiar, cónyuges, responsabilidad civil, indemnización daños morales.

ABSTRACT

The present study sets out the concrete aspect of civil liability in Spain derived from unlawful interferences in the intimacy of the other spouse. This is independent of the recovery of non-material damages permitted under civil or criminal jurisdiction, wherein Article 1 of Organic Law 1/1982, dated 5th May, for the civil protection of the right to honour, personal and familial intimacy and personal likeness, establishes that its criteria will be equally applicable for the determination of civil liability for the crime.

KEY WORDS: *Right to intimacy, family intimacy, spouses, civil liability, compensation, non-material damages.*

* Artículo de reflexión. Recibido el 16 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación el 30 de mayo de 2019.

** Catedrático de Derecho Civil en la Universidad de Valencia, España. Presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. (j.ramon.de-verda@uv.es) orcid.org/0000-0001-8669-3474

*** Abogado. Vicepresidente del Instituto de Derecho Iberoamericano. (luisdelaheras@icab.cat) orcid.org/0000-0003-4942-5088

SUMARIO

1. Introducción
2. El derecho a la intimidad en el ámbito conyugal frente a la llamada dimensión familiar de la intimidad
3. Las intromisiones conforme a derecho en la intimidad del otro cónyuge
4. Las intromisiones contrarias a derecho y el régimen de responsabilidad civil
5. Conclusiones

1. Introducción

Uno de los focos de conflicto en el ámbito de las relaciones conyugales es el libre desarrollo de los derechos de la personalidad. En ocasiones ocurre que estos pueden verse afectados por una deficiente comprensión del significado o alcance de estos y qué puede o no hacer un consorte respecto del otro.

El régimen de la responsabilidad civil ante las intromisiones ilegítimas del cónyuge en la intimidad del otro es un tema ampliamente tratado por la jurisprudencia penal, concretamente, a través del delito de descubrimiento y revelación de secretos regulado en el artículo 197 del Código Penal. Sin embargo, en cualquier caso, será de aplicación el artículo noveno 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, que establece el régimen indemnizatorio.

Del aludido precepto penal, dos son los apartados nucleares que ahora nos interesan. Por un lado, el artículo 197.1 establece que “el que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años”. Por otro lado, el artículo 197.7 dispone: “Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona”.

La principal diferencia de ambos apartados es que uno se construye sobre el paradigma de acceso ilícito y el otro sobre la difusión ilícita. El primero de ellos se construye sobre la acción típica de “apoderarse”, “interceptar” o

“utilizar”. Así, castiga el apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico, documentos o efectos personales; la interceptación de telecomunicaciones y la utilización de artificios técnicos para escuchar, transmitir, grabar o reproducir el sonido, imagen o cualquier señal de comunicación. Por ello, nos encontramos ante un tipo mixto alternativo, y que, además, es un delito imperfecto mutilado.¹

En cualquier caso, utilizar en el tipo la preposición *para* significa que la voluntad del sujeto activo durante el tracto del apoderamiento, interceptación o utilización deberá venir configurada por un ánimo dirigido a descubrir el secreto o conocer la intimidad de otro.

En consecuencia, en ausencia de ese dolo específico, no habrá delito. Esta fue la conclusión a la que llegó el AAP Huesca, el 21 de septiembre de 2001 (JUR 2001, 291866), a la hora de abordar un caso relativo a la escucha por parte de la mujer de una conversación que su marido estaba manteniendo desde otro terminal del domicilio. Concretamente, “al ir a hacer una llamada, sin saber que su marido estaba hablando por otro terminal, descolgó el auricular pudiendo escuchar entonces cómo su marido y su cuñada, los hoy denunciantes, hablaban de prepararle un montaje para la separación matrimonial, procediendo entonces la denunciada a dirigirse donde estaba su marido a comunicarle que lo que tuviera que decir de ella que se lo dijera a la cara, discutiendo el matrimonio. Más tarde la denunciada relató estos hechos en la demanda de separación”.

Más concretamente, la audiencia afirmó que “no se le puede hacer ningún reproche por no haber procedido a colgar el teléfono más rápidamente, como se pretende por los denunciantes, pues la conversación que accidental y casualmente comenzó a oír le concernía directamente y se hablaba de preparar un montaje en su contra por lo que a la misma no se le puede exigir una conducta distinta a la que hizo”. Más adelante, añadiría que:

La denunciante en ningún momento quiso descubrir los secretos de nadie, inmediatamente se encaró a su marido, procediendo luego a comunicar al juzgado lo sucedido, haciendo todo ello, no para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de nadie, sino para defenderse, ante la autoridad judicial de la separación, del montaje que se anunciaba en la conversación casualmente escuchada.

¹ La STS (Sala 2) de 30 de abril de 2007 (RJ 2007, 3724) observa que “se trata de conductas distintas que no precisan que el autor llegue a alcanzar la finalidad perseguida. En los dos primeros casos requiere sin embargo un acto de apoderamiento o de interceptación efectivos, mientras que en el supuesto de utilización de artificios basta con la creación del peligro que supone su empleo con las finalidades expresadas para la consumación de la infracción penal”.

En un razonamiento similar se expresó la SAP, del 22 de noviembre 2006 (JUR 2007, 181899), que absolvió a un marido separado que, encontrándose en el antiguo domicilio conyugal, contestó el móvil que su mujer había dejado olvidado en casa y escuchó la voz de un detective. El acusado declaró que había respondido por pensar que la llamada podía proceder de Colombia, ya que, cuando no conseguían localizarle, le llamaban al móvil de su mujer.

La audiencia consideró que esta declaración no había sido desvirtuada, porque:

el número de procedencia no apareció en la pantalla del teléfono, siendo, por ello, verosímil que pudiera haber pensado que la llamada pudiera proceder de un país extranjero al no aparecer número de teléfono alguno, ni de procedencia española, ni colombiana. En consecuencia, no ha quedado probado que el acusado al atender el teléfono móvil de su esposa tuviera la intención de vulnerar su intimidad, por lo que, al no poder presumir aquella intención, consideramos que la acción del acusado fue atípica.

Sucede otras veces que los apoderamientos tienen lugar en el contexto de un litigio entre los cónyuges, habitualmente de disolución del vínculo, para aportarlos al procedimiento. La jurisprudencia reiteradamente ha sostenido que el ejercicio legítimo de un derecho (el del acceso al proceso) no puede suponer la intromisión ilegítima en el derecho de la parte contraria. Así, por ejemplo, se ha considerado el hecho de apoderarse de un pendrive que contenía conversaciones de la esposa con terceras personas y traspasarlas a un ordenador para entregarlas a un abogado, que las aportó al proceso de divorcio que entabló contra aquella.² En otro caso se abrió una carta del INSS dirigida a su marido³ o de la Agencia Tributaria.⁴

No obstante, que la mayoría de los casos de vulneración de intimidad en el ámbito de las relaciones conyugales se encaucen a través del artículo 197.1 no impide acudir a la vía civil ex artículo 1.2 lo 1/1982. “El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9 de esta Ley”. En cualquier caso, como habíamos anticipado, las normas que regulan el resarcimiento del daño moral por vulneración del derecho a la intimidad son las mismas, con independencia de que se trate de un ilícito penal o civil, esto es, las contenidas en el artículo 9 de la lo 1/1982, de 5 de

² SAP, Madrid, 26 de octubre, 2015 (JUR 2015\305834).

³ SAP, Huesca, 26 de noviembre, 2009 (JUR 2010\315715).

⁴ SAP, Zaragoza, 15 de enero, 2015 (JUR 2015\62053).

mayo, de protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Por su parte, el artículo 197.7 castiga la difusión, revelación o cesión a terceros de imágenes o grabaciones audiovisuales sin consentimiento de la persona afectada, pero que hubieran sido obtenidas con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, y siempre que la divulgación menoscabe gravemente su intimidad personal. Como vemos, esta estructura típica comporta que el sujeto activo entrega o consiente la captación. Así, se fija el foco delictivo en la difusión y se establece una cláusula de salvaguardia que dicha divulgación debe afectar gravemente a la intimidad.

El caso paradigmático de este delito lo encontramos en el ámbito del *sex-ting* de pareja, esto es, en el envío de mensajes e imágenes eróticas entre los partenaires, pero que, tras la ruptura, se difunden a terceros con el ánimo de vulnerar la intimidad y causar un perjuicio. Este es el caso, por ejemplo, de la SAP Valencia, 25 de noviembre, 2016 (ARP 2016/1467) que condenó al varón que difundió unas imágenes de su pareja desnuda a la madre de esta. Se fijó una indemnización de 1.500 €.

2. El derecho a la intimidad en el ámbito conyugal frente a la llamada dimensión familiar de la intimidad

El artículo 18.1 CE y la LO 1/1982 reconocen el derecho a la intimidad, personal y familiar.

Como ha destacado la doctrina, no parece que hablar de intimidad familiar de suyo comporte que la familia como grupo pueda ser titular de ese derecho, como si pudiera atisbarse un sujeto plural. La denominación de *familiar* tiene que ver con la relación o vínculo entre el titular del derecho y determinadas personas sobre las que, de algún modo, viene a proyectarse o extenderse el ámbito del derecho a la intimidad de aquél. En ese sentido, y solo en ese, cabe denominar a la intimidad como “familiar”. Se trataría, pues, de una denominación que tendría que ver única y exclusivamente con el ámbito de proyección del derecho y no con la titularidad de este que seguiría siendo en todo caso rigurosamente individual.⁵

⁵ CARRIÓN OLMOS, SALVADOR, “El Derecho a la intimidad”, en *Veinticinco años de aplicación 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*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 97-99.

Es por ello que, por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad familiar el que un medio de comunicación revele la filiación biológica de un menor y el hecho de ser su madre natural una prostituta⁶ o atribuyera a un padre una conducta infiel y una adicción al sexo.⁷

Ahora bien, el derecho a la intimidad ha de ser también respetado por los miembros de la misma, lo que se traduce en el deber de quienes la forman de no desvelar a terceros aspectos de la vida íntima de los otros, conocidos, por ejemplo, como consecuencia de la especial relación de confianza entre ellos. En general, han de respetar el espacio personal o de reserva que cada uno de ellos quiera tener resguardado frente a la curiosidad de los demás. Esto, por ejemplo, se proyecta en el ámbito de la correspondencia epistolar, las conversaciones telefónicas o el intercambio de correos electrónicos.

La familia es un cauce al servicio del libre desarrollo de la personalidad de los seres humanos, lo que presupone garantizar en su seno la efectividad de los derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho a la intimidad de sus componentes.

A los efectos de analizar con más detalle qué debe entenderse por *intimidad familiar* pueden verse las afirmaciones de Isabel Pantoja, Sara Montiel e Isabel Presley.⁸

El primero de ellos⁹ tuvo lugar con ocasión de la mortal cornada que sufrió el esposo de la señora Pantoja en la plaza de toros de Pozoblanco (Córdoba) el 26 de septiembre de 1984. Concretamente, la entidad mercantil Prographic S. A., sin autorización alguna por parte de la familia del diestro, comercializó el célebre video captado por el periodista Antonio Salmoral, de la cornada y su posterior asistencia médica en la enfermería de la plaza, donde el torero ya agonizante le dijo al doctor Eliseo Moral aquellas palabras que hoy todavía son recordadas por muchos: “Doctor, yo quiero hablar con usted o no me voy a quedar tranquilo. La cornada es fuerte. Tiene al menos dos trayectorias, una para acá y otra para allá. Abra todo lo que tenga que abrir, lo demás está en sus manos. Y tranquilo, doctor”.

El TC partiría de la premisa que el derecho a la intimidad es un derecho fundamental íntimamente vinculado con la propia personalidad y derivado de la dignidad de la persona reconocido en el artículo 10 CE, de forma que supone “un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás,

⁶ STC 197/1991, 17 de octubre, 1991 (RTC 197, 1991).

⁷ STS, 17 de junio, 2009 (RJ 2009, 3403).

⁸ Véase DE LAS HERAS VIVES, LUIS, “La llamada ‘intimidad familiar’ y las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro consorte”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, vol. 2, núm. extra 8, pp. 289-312.

⁹ STC 231/1988, 2 de diciembre (RTC 1988, 231).

necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de vida humana. Se muestran así esos derechos como personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo”.

Coherentemente con lo sentado, razonaría el TC, que una vez fallecido el titular de esos derechos y extinguida su personalidad, a tenor de lo previsto en el artículo 32 del Código Civil, lógicamente desaparece también el bien jurídico protegido por el artículo 18 CE, pues con la muerte deviene superfluo garantizar ese ámbito vital reservado. Por consiguiente, de mantenerse acciones de protección civil en favor de terceros, distintos del titular de esos derechos de carácter personalísimo, ello ocurre fuera del área de protección de los derechos fundamentales que se encomienda al Tribunal Constitucional mediante el recurso de amparo. Por ello, el tribunal no pudo pronunciarse sobre aquellas cuestiones que, por el fallecimiento del afectado, carecían ya de dimensión constitucional; concretamente, sobre la explotación comercial de la imagen de Francisco Rivera en el ejercicio de su actividad profesional.

Isabel Pantoja, sin embargo, invocaría los derechos a la intimidad personal y familiar cuyo titular no es ya exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia afectada en su dolor e intimidad. Precisamente por ello sostendría el tribunal que “debe estimarse que, en principio, el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar; aspectos que, por la relación o vínculo existente con ellas, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 protegen. Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión. Al menos, no cabe dudar de que ciertos eventos que puedan ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente, y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho –propio, y no ajeno– a la intimidad, constitucionalmente protegible”.

Este razonamiento permitió al tribunal constitucional declararse competente para analizar y determinar si las escenas de la cinta editada por Prographic se incardinaban o no en el ámbito de la intimidad de Isabel Pantoja, y, en segundo lugar, si la filmación y divulgación posterior supusieron una intromisión ilegítima. Por tanto, se deslindaron dos planos diferenciados: el de la incidencia en la intimidad y el de la legitimidad o no de la intromisión.

En este caso, legitimada estuvo la señora Pantoja, en la medida en que cuando hablamos de intimidad familiar no significa que la titularidad sea de

la familia, sino que el derecho se extiende tanto a aspectos de la vida propia y personal como a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar. Tales aspectos, por la relación o vínculo, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo.

En similares términos se expresó la STC 197/1991, de 17 de octubre,¹⁰ en el caso del hijo de la señora Montiel. Se consideró que el derecho a la intimidad no se limita a los aspectos de la vida propia personal

sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 C.E. protegen, “No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegido” (STC 231/1988). Ello significa que la noticia no sólo ha afectado al derecho a la intimidad personal del menor, sino también al derecho a la intimidad de sus padres adoptivos.

De igual manera ocurrió en el caso Isabel Presley contra *Lecturas*. En correspondencia con la doctrina que hemos ido exponiendo en los pronunciamientos anteriores, el tribunal consideró que inequívocamente había una afectación de la intimidad personal, por un lado, y la intimidad familiar, por el otro.

Aplicando la anterior doctrina al presente caso, de la lectura del reportaje publicado en la revista *Lecturas* se desprende con claridad que las declaraciones que se contienen en el mismo han invadido ilegítimamente la esfera de la intimidad personal y familiar de la recurrente, al dar al público conocimiento de datos y circunstancias que a este ámbito indudablemente pertenecen. Como es el caso, entre otros extremos relativos a la esfera de la intimidad personal, de la divulgación de ciertos defectos, reales o supuestos, en el cuerpo o de determinados padecimientos en la piel, así como de los cuidados que estos requieren

¹⁰STC 197/1991, 17 de octubre (RTC 1991, 197).

por parte de la Sra. Preysler Arrastia o los medios para ocultar aquéllos; al igual que la divulgación de los efectos negativos de un embarazo sobre la belleza de ésta. A lo que cabe agregar, asimismo, la amplia descripción que se ha hecho pública de la vida diaria y de los hábitos en el hogar de la recurrente, junto a las características de ciertas prendas que usa en la intimidad. Y en lo que respecta a la esfera familiar de la intimidad, también cabe apreciar que se han divulgado datos sobre las relaciones de la recurrente tanto con sus dos anteriores maridos como con el actual, con sus padres y, muy ampliamente, sobre el carácter y la vida de sus hijos; a lo que se une la difusión de la vida diaria y los hábitos de los familiares en el hogar, de los concretos regalos que se intercambian en las fiestas de Navidad o del dinero de que dispone una de sus hijas.

En cualquier caso, la intimidad familiar no puede confundirse con la dimensión familiar de la intimidad. En términos generales, puede afirmarse que ningún tipo de relación familiar (paternofilial, matrimonial, entre otras) comporta una causa de justificación o excusa absolutoria que exima de responsabilidad para quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona la intimidad de la otra persona.

A este respecto puede traerse a colación la sts 1 de 4 mayo, 2013 (RJ 2003\4359). El cónyuge, acusado en un procedimiento por delito contra la intimidad, trataría de justificar que la intimidad de su esposa no había sido lesionada porque el derecho a la intimidad que ampara el artículo 18.1 tiene una doble dimensión: personal y familiar. Aquí estaríamos ante la dimensión familiar de aquel derecho porque los hechos imputados afectarían únicamente a una familia. Sobre esta base, y ya que el artículo 68 cc impone a los cónyuges el deber de guardarse fidelidad, la infidelidad no formaría parte de la intimidad de un cónyuge frente a otro, pues por la libre voluntad de las partes, el contrato matrimonial dejaría fuera del derecho fundamental a la intimidad personal, el ámbito que afecta al derecho/obligación de fidelidad. Concluye que en el seno del matrimonio, el derecho a la intimidad no es personal, sino familiar de ambos cónyuges frente a terceros, pero no de uno frente a otro, de donde resultaría que, proyectándose la conducta del acusado en el ámbito de la obligación de fidelidad matrimonial, no habría en el caso enjuiciado bien jurídico protegido.

Sin embargo, el tribunal entendió que el razonamiento de la defensa resultaba manifiestamente insostenible e inaceptable, pues esa invocada “dimensión familiar” de la intimidad no autorizaba en modo alguno a uno de los cónyuges

a violar el derecho fundamental a la intimidad que, como persona, tiene el otro cónyuge, ni a vulnerar el secreto de las comunicaciones que a toda persona otorga el artículo 18 CE, tanto en el ámbito individual como en el familiar de su existencia.

En definitiva entendería el Alto Tribunal que la intimidad se trata de un derecho básico del ser humano.

Proscriben la injerencia de quien su titular no desee en el ámbito de su personalísima privacidad, que no cabe entender renunciado por el hecho de contraer matrimonio, y que explícita y específicamente establece el secreto de las comunicaciones telefónicas como una de las manifestaciones más relevantes de la intimidad personal que se ampara constitucionalmente en el apartado primero del artículo 18 de la Constitución con vocación de universalidad y sin otras excepciones que las expresamente contempladas en el precepto, que tiene su reflejo sancionador en el artículo 197 CP. Por ello mismo, resulta sencillamente inadmisibles la alegación del recurrente de que, por tratarse de su esposa, el acusado está exento de la obligación constitucional y penal de respetar el bien jurídico protegido de su cónyuge bajo la excusa de cerciorarse y allegar pruebas de la infidelidad de la esposa. Porque la única excepción a la invasión ajena de esos espacios íntimos y exclusivos del ser humano, cuya impenetrabilidad por terceros se establece *erga omnes*, la constituye la autorización judicial que, además, debe estar rigurosamente fundamentada, y motivada en graves y poderosas razones de interés público que justifiquen el sacrificio del derecho y la prevalencia del interés común, pero en ningún caso —como razona la sentencia impugnada— podrá dejarse la restricción del derecho fundamental al arbitrio de un particular y menos aun cuando se dirige a la satisfacción de un interés privado.

3. Las intromisiones conforme a derecho en la intimidad del otro cónyuge

No toda intromisión en la intimidad del otro cónyuge, entendida en el sentido estricto del término que se ha expuesto, es ilegítima. Tanto el consentimiento de la intromisión como ciertos comportamientos del afectado pueden determinar la licitud de la intromisión.

Por lo que respecta al consentimiento de la intromisión, serán legítimas las intromisiones que hayan sido consentidas por el cónyuge que las sufre,

quien, de este modo, estaría ejercitando la facultad positiva que forma parte del contenido del derecho fundamental de la intimidad, la cual consiste –como explica la jurisprudencia constitucional– “en un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona”.

No cabe, sin embargo, que un cónyuge realice una renuncia general a su derecho a la intimidad en favor del otro, ya que, como resulta del artículo 1.3 LO 1/1982, se trata de un derecho indisponible. Pero sí es posible que, como prevé el artículo 2.2 LO 1/1982, un cónyuge consienta “expresamente” un acto de intromisión en su intimidad, por ejemplo, que se le grabe desnudo o que se abra la correspondencia que llegue al domicilio conyugal.

Este consentimiento, aunque sea expresión de un acto de autonomía de la persona, no puede ser considerado como fuente de una obligación contractual, sino que opera como causa de exclusión de la ilegitimidad de una intromisión. De no darse dicho consentimiento, sería antijurídica y, en consecuencia, generaría una obligación de resarcir el daño moral causado.

El consentimiento, según el artículo 2.2 LO 1/1982, ha de ser “expreso”. Por lo tanto, el hecho de que un cónyuge consienta una vez en que el otro le fotografíe desnudo no significa que le autorice para volver a hacerlo posteriormente. Ese consentimiento para captar una imagen no significa, necesariamente, autorización para publicarla, por ejemplo, en una página de internet.

El segundo ámbito que comporta la licitud de la intromisión es la aplicación de la doctrina de los actos propios a la protección del derecho a la intimidad. Cuando una persona hace público cierto aspecto de su intimidad, por ejemplo, en un programa de televisión o en un círculo significativo de personas, este, objetivamente, deja de formar parte de su “ámbito, propio y reservado”. De ahí que no pueda lamentarse de que lo que voluntariamente ha divulgado sea después reproducido o comentado en otros medios de comunicación. Como tiene dicho el tribunal constitucional, “a cada persona corresponde acotar el ámbito de su intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”.¹¹

4. Las intromisiones contrarias a derecho y el régimen de responsabilidad civil

Desde un punto de vista sistemático, podrán reputarse civilmente intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro cónyuge según la LO 1/1982:

¹¹ STC 115/2000, 5 de mayo (RTC 115/2000).

- El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas¹² (artículo 7.1).
- El uso de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción (artículo 7.2).
- La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo (artículo 7.3).

En cualquier caso, la responsabilidad civil de quien se entromete ilegítimamente en el derecho a la intimidad del otro cónyuge, ya se trate de infracción penal o civil, se regirá por lo previsto en el artículo 9 LO 1/1982, precepto que estable ciertas especialidades respecto al régimen general de responsabilidad civil del artículo 1902 cc.

Sentado lo anterior, según el artículo 9.3 LO 1/1982, “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”. El principal escollo jurídico que se plantea a este respecto gira en torno al alcance y prueba de los daños.

Una primera postura entiende que el precepto engloba tanto los daños patrimoniales como los morales. Asimismo, estos coinciden en sostener que los primeros gozarían de una presunción *iuris tantum*, mientras que los segundos *iuris et de iure*.¹³

¹² Del tenor literal del precepto se puede advertir que el mero emplazamiento de los aparatos enunciados comporta en sí mismo una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad con independencia del resultado. Cuestión distinta es que, tal y como decíamos más arriba, el mero emplazamiento no necesariamente cause un daño moral que deba ser resarcido.

¹³ El argumento de este primer grupo no hace sino seguir la aparente voluntad del legislador, expresada por el ministro de Justicia en su informe para la presentación del proyecto de la que sería la LO 1/1982. De modo expreso, esta declara que “una vez que se acredite la intromisión ilegítima, se presume siempre la existencia de un perjuicio. No hay por tanto que demostrar la existencia de éste para tener abierta la vía judicial. Es acerca del carácter legítimo o ilegítimo de la intromisión sobre lo que versará, fundamentalmente, y creo que ese es el acierto, la controversia judicial. Ahora bien, si el perjuicio se presume siempre, otra cosa es su prueba, porque la norma no exime de este requisito, común a todas las acciones de responsabilidad civil, como se sabe. Habrá siempre un daño de carácter moral, y de ahí que aquella presunción por la que respecta a éste sea *iuris et de iure*, pero podrá haber otros perjuicios de carácter patrimonial, según que la agresión haya tenido una repercusión indirecta en el patrimonio del ofendido, y entonces esta presunción sólo jugará *iuris tantum*”. “Actas de la Sesión del Congreso de los Diputados”, *Pleno*, núm. 206, 10 de diciembre, 1981.

Una segunda postura entiende que la presunción, a diferencia del criterio anterior, solo abarcaría los morales. El principal argumento es la dificultad probatoria de los daños morales. Lo anterior no ocurre con los patrimoniales, en los cuales, para obtener una sentencia que condene a indemnizar por los daños materiales, estos tendrán que ser probados; esto es, no bastan las alegaciones de carácter general sobre el desprestigio o afrenta sufrida por la intromisión ilegítima.¹⁴

El siguiente problema, entonces, alcanza a resolver el carácter de la presunción de los daños morales, es decir, si son *iuris et de iure* o *iuris tantum*. La cuestión, a nuestro modo de ver de ver, se zanjaría por la directa aplicación de la ley adjetiva civil cuando en su artículo 386.3 dispone que “las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”. En la referida Ley Orgánica de protección de los derechos de la personalidad no existe precepto alguno que prohíba la prueba en contrario. Lo que debe ser así porque el sufrimiento o perturbación de carácter moral es cuestión eminentemente subjetiva que exige analizar cada caso de manera concreta.

Ahora bien, lo cierto es que la jurisprudencia mayoritaria del tribunal supremo no lo ha entendido de esa manera y considera que es una presunción *iuris et de iure*.

Sin embargo, como acertadamente ha señalado la doctrina, “puede haber intromisiones ilegítimas sin que haya un daño que indemnizar, bien porque se repara íntegramente de forma específica (a través, por ejemplo, de la difusión de la sentencia o del ejercicio del derecho de réplica o de la rectificación), bien porque, a pesar de la intromisión, el daño no llega a producir. La existencia de esos supuestos justifica, a mi modo de ver, que la presunción del artículo 9.3 LO 1/1982 tenga un carácter *iuris tantum*, porque, como ya dije, si no pudiera destruirse la presunción, el sujeto acabaría respondiendo civilmente por un daño inexistente”.¹⁵

De conformidad con el artículo 9.3 de la LO 1/1982, para la cuantificación del perjuicio se tendrán en consideración la gravedad de la lesión efectivamente producida y la difusión o audiencia del medio a través del que se produzca la intromisión.

¹⁴ STS, 25 de noviembre, 2002 (RJ 2002\10274).

¹⁵ ATIENZA NAVARRO, MARÍA LUISA, “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Veinticinco años de Aplicación 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*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007, pp. 296-297.

Respecto al “beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”, hay que tener en cuenta que la Disposición Final Segunda de la LO 5/2010, de 22 de junio, ha suprimido dicha referencia, y ello para la satisfacción de cierto sector doctrinal que venía considerando que ese parámetro de cuantificación era ajeno al daño *per se* y, por tanto, ajeno al instituto de la responsabilidad civil por cuanto esta persigue una finalidad distinta. Además, tampoco podía operar como una suerte de *punitive damages*, toda vez que la indemnización acordada por la intromisión carece de carácter sancionatorio.

Con todo, precisamente a través de dicha cláusula los perjudicados vetaban al infractor a lograr un enriquecimiento injusto en la medida que podía producirse la paradoja de que al infractor le resultara, en frío ejercicio contable, económicamente rentable difamar, inmiscuirse en la vida privada o explotar la imagen ajena. Sea como fuere, lo cierto es que, tras la reforma, el artículo 9.2 distingue claramente entre: *a)* la indemnización de los daños y perjuicios causados y *b)* la apropiación que el perjudicado podrá hacer del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Por otro lado, y en nuestro caso concreto de intromisiones en la intimidad de los cónyuges, para determinar la gravedad de la lesión a efectos indemnizatorios no habrá que estar en abstracto a la insidiosidad del medio o al desvalor del resultado. Incluso cuando la injerencia afecte a ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual del perjudicado, es irrelevante a priori, porque lo que habrá que resarcir es el daño moral efectivo que padece el perjudicado. Lógicamente, la afectación del núcleo duro de la intimidad podrá irrogar un mayor daño moral que si se afectan otras parcelas. Sin embargo, insisto, lo auténticamente importante es el perjuicio real sufrido por el perjudicado.

El aspecto relevante, por tanto, se halla en la “la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido”. Este parámetro, vigente desde hace más de tres décadas, hoy debe quedar contextualizado en un ámbito distinto al que el legislador de 1982 concibió. Concretamente, debe quedar cifrado respecto del llamado “entorno digital” caracterizado por la proliferación de redes sociales, grandes foros de internet y múltiples plataformas de difusión masiva de la información por el propio usuario.

5. Conclusiones

La intimidad familiar no puede confundirse con la dimensión familiar de la intimidad. En términos generales, puede afirmarse que ningún tipo de relación familiar (paternofilial, matrimonial, entre otras) comporta una causa

de justificación o excusa absolutoria que exima de responsabilidad para quien consciente y voluntariamente violenta y lesiona la intimidad de la otra persona.

Asimismo, no toda intromisión en la intimidad del otro cónyuge es ilegítima, pues, tanto el consentimiento de la intromisión como ciertos comportamientos del afectado pueden determinar la licitud de la intromisión. Por lo que respecta al consentimiento de la intromisión, serán legítimas las intromisiones que hayan sido consentidas por el cónyuge que las sufre, quien, de este modo, estaría ejercitando la facultad positiva que forma parte del contenido del derecho fundamental de la intimidad. En cuanto a la aplicación de la doctrina de los actos propios a la protección del derecho a la intimidad, cuando una persona hace público cierto aspecto de su intimidad, este, objetivamente, deja de formar parte de su “ámbito, propio y reservado”.

Por otro lado, la responsabilidad civil de quien se entromete ilegítimamente en el derecho a la intimidad del otro cónyuge, ya se trate de infracción penal o civil, se regirá por lo previsto en el artículo 9 LO 1/1982, precepto que establece ciertas especialidades respecto del régimen general de responsabilidad civil del artículo 1902 cc.

Bibliografía

- “Actas de la Sesión del Congreso de los Diputados”, *Pleno*, núm. 206, 10 de diciembre, 1981.
- ATIENZA NAVARRO, MARÍA LUISA, “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Veinticinco años de Aplicación 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*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.
- CARRIÓN OLMOS, SALVADOR, “El Derecho a la intimidad”, en *Veinticinco años de aplicación 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*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2007.
- DE LAS HERAS VIVES, LUIS, “La llamada ‘intimidad familiar’ y las intromisiones ilegítimas en la intimidad del otro consorte”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, vol. 2, núm. extra 8.