



Roj: **STS 2028/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2028**

Id Cendoj: **28079110012017100312**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2017**

Nº de Recurso: **589/2016**

Nº de Resolución: **278/2017**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **FRANCISCO MARIN CASTAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2980/2015,**
STS 2028/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 9 de mayo de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Antonio , representado por la procuradora D.ª Mónica Ana Licerias Vallina y bajo la dirección letrada de D. Plácido Alonso Peña Fumero, contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2015 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en el recurso de apelación n.º 353/2015 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 820/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Santa Cruz de Tenerife sobre tutela civil de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Ha sido parte recurrida el Ente Público Radiotelevisión Canaria, representado por la procuradora D.ª Inés Tascón Herrero y bajo la dirección letrada de D. Martín Enrique Orozco Muñoz. También ha sido parte, por disposición de la ley, el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 29 de noviembre de 2013 se presentó demanda interpuesta por D. Antonio contra el Ente Público Radio Televisión Autónoma Canaria, S.A. (en adelante RTVC) y D. Gerardo solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

«1º.- Que se condene solidariamente a la sociedad propietaria el ente Radio Televisión Canaria, SA, propietaria de la Radio Canaria, y a Don Gerardo , al pago a mi representado de la cantidad de SESENTA MIL EUROS, (60.000 ?) más los intereses que se devenguen desde que se dicte sentencia y hasta que se satisfaga dicha cantidad, por la intromisión ilegítima en el honor, intimidad y propia imagen, que ha causado a Don Antonio graves daños morales.

»2º.- Se ordene la divulgación en la citada Radio Canaria, del texto literal de la sentencia condenatoria, en los cinco días siguientes a que sea firme la misma.

»3º.- Se impongan las costas a los demandados».

SEGUNDO.- Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Santa Cruz de Tenerife, dando lugar a las actuaciones n.º 820/2013 de juicio ordinario, emplazados los demandados y dado traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, este contestó interesando se dictara sentencia con arreglo al resultado de las pruebas practicadas, mientras que los codemandados se personaron bajo una misma defensa y representación y contestaron conjuntamente a la demanda planteando las excepciones de falta de jurisdicción y de agotamiento de la vía administrativa previa, oponiendo a continuación la inexistencia de intromisión ilegítima en los



derechos fundamentales invocados y solicitando la íntegra desestimación de la demanda con imposición de costas al demandante.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 9 de marzo de 2015 en la que, tras rechazar con carácter previo la excepción de falta de competencia de la jurisdicción civil, acordó desestimar la demanda con imposición de costas al demandante .

CUARTO.- Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opusieron los demandados y que se tramitó con el n.º 353/2015 de la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife , esta dictó sentencia el 12 de noviembre de 2015 desestimando el recurso y confirmando la sentencia apelada, con imposición de costas al apelante.

QUINTO.- Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelante interpuso recurso de casación al amparo del art. 477.2-1.º LEC , fundado en infracción de los arts. 18 y 20 de la Constitución y 7 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 (en adelante LO 1/1982).

El recurso de casación se fundaba en dos motivos. El primero tenía el siguiente encabezamiento:

« 1º) Infracción de la doctrina constitucional y jurisprudencia al no realizar la sentencia recurrida un juicio ponderado y adecuados de los derechos fundamentales en conflicto, ya que en ningún momento el periodista advierte que sus palabras están siendo grabadas y serán puestas en antena».

Este motivo se desarrollaba en dos apartados:

«A) Falta de consentimiento de Don Antonio para ser grabado».

«B) Subsidiariamente, falta de capacidad de don Antonio , para prestar consentimiento»

El motivo segundo, de carácter subsidiario, se formulaba con el siguiente encabezamiento:

«2º) SUBSIDIARIAMENTE, y para el supuesto de no casarse el presente recurso, alegamos la improcedencia de las costas impuestas en primera instancia y en apelación.»

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de las procuradoras mencionadas en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 30 de noviembre de 2016, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la inadmisión del recurso o, subsidiariamente, su desestimación. Por su parte el Ministerio Fiscal interesó también la desestimación del recurso.

SÉPTIMO.- Por providencia de 6 de abril del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el siguiente día 26, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La controversia fundamental en casación se centra en determinar si el recurrente prestó consentimiento válido a la grabación y posterior difusión en una emisora de radio de una conversación telefónica que mantuvo con un periodista que le llamó a su domicilio pocas horas después de que el recurrente fuera puesto en libertad provisional tras prestar declaración como inculpado por su presunta implicación en la muerte violenta de una niña de tres años, hija de su compañera sentimental.

Con carácter previo conviene hacer dos precisiones:

La primera tiene que ver con la delimitación de los derechos fundamentales en conflicto. En este recurso de casación se debe partir de la delimitación realizada por la sentencia recurrida que, confirmando la de primera instancia también en este extremo, vino a disipar las dudas que sobre esta cuestión pudiera suscitar la ambigüedad y escasa precisión del hoy recurrente en sus escritos a la hora de concretar la lesión sufrida.

Así, aunque en la demanda se consideraron vulnerados el honor, la intimidad y la propia imagen (véase el encabezamiento de dicho escrito y la mención que se hace a los tres derechos fundamentales tanto en su fundamentación jurídica como en sus peticiones), desde un principio la sentencia de primera instancia centró la controversia en el conflicto entre intimidad y derecho a la información, razonando al respecto (fundamento de derecho segundo, párrafo segundo) lo siguiente:

«En el presente caso, denuncia el actor no propiamente una lesión o daño a su honor, entendido como reputación o consideración social, sino una intromisión ilegítima en su intimidad, en su esfera privada; así parece inferirse, en efecto, del énfasis que en la demanda se realiza de la circunstancia de que en el momento



de realizarse la entrevista se encontraba el Sr. Antonio "en su casa, en un entorno privado y exclusivo". Igualmente ha de señalarse la ausencia, en el apartado de fundamentos jurídicos de la demanda, de cualquier mención relativa a un contenido peyorativo o desmerecedor de las preguntas formuladas...de la lectura de la demanda...se deduce que la vulneración de su derecho la sitúa el actor no tanto en el tenor y contenido de las preguntas como en el hecho de que el Sr. Antonio no habría prestado su consentimiento para la realización, grabación y difusión de la entrevista, hallándose en cambio en la creencia de que "se trataba de una llamada de aliento, a micrófono cerrado, y en ningún caso de una entrevista radiofónica".

Esta delimitación fue asumida por la sentencia recurrida, disipando las dudas a que pudiera conducir la ambigua y poco precisa argumentación del demandante en apelación al aludir exclusivamente al derecho a la intimidad en el desarrollo argumental de su recurso (afirmó que impugnaba el fallo de la sentencia de primera instancia que había desestimado «la intromisión ilegítima en la esfera íntima y privada del mismo») y referirse al mismo tiempo en las peticiones únicamente al honor y a la propia imagen.

Ahora en casación hemos de partir de esta misma delimitación, entendiendo que el conflicto atañe a la intimidad y a la libertad de información porque, aun cuando el recurrente cita como infringidos los arts. 18 de la Constitución y 7 de la LO 1/1982 sin mayores precisiones, y esto podría sugerir que sus pretensiones se mantienen respecto de los tres derechos fundamentales tutelados civilmente por la LO 1/1982, las dudas desaparecen desde el momento que en el desarrollo del recurso se refiere únicamente al derecho a la intimidad al calificar la difusión -a su juicio no consentida- de la entrevista radiofónica como «un asalto intolerable a la intimidad de una persona destrozada por una tragedia personal».

La segunda precisión tiene que ver con el contexto de los hechos enjuiciados, toda vez que esta sala ya ha tenido ocasión de resolver otros recursos dictados en procesos promovidos por el mismo recurrente (D. Antonio) en defensa de su honor, intimidad y propia imagen, todos ellos próximos en el tiempo y cada cual dirigido frente a los distintos medios que informaron de la noticia de la muerte de la misma niña (sentencias 53/2017, de 27 de enero [rec. 1860/2015], 62/2017, de 2 de febrero [rec. 2402/2015] y 80/2017, de 13 de febrero [rec. 1792/2015]). Pese a las circunstancias que singularizan el presente caso, es indudable que tales sentencias constituyen «precedentes de incuestionable pertinencia» (sentencia 62/2017, de 2 de febrero).

SEGUNDO.- Aparte de las anteriores precisiones, los antecedentes más relevantes del recurso son los siguientes:

1.- Con fecha 2 de diciembre de 2013 el ahora recurrente D. Antonio formuló demanda de juicio ordinario contra la entidad ahora recurrida RTVC (propietaria de la cadena de radio «Canarias Radio-La autonómica») y contra el periodista D. Gerardo en ejercicio de acción de protección de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que entendía vulnerados por haberse grabado y emitido en antena, sin su consentimiento, una conversación telefónica que entendía privada, mantenida con el referido periodista el día anterior a su emisión, sobre su situación personal y estado de salud y de ánimo tras haber sido puesto en libertad por el juez instructor de la causa penal seguida contra él por su presunta implicación en la muerte de una niña de tres años, hija de su pareja sentimental. En síntesis, alegaba: (i) que el periodista demandado le llamó por teléfono a su casa poco después de que el demandante abandonara la unidad de psiquiatría del Hospital Candelaria, donde había ingresado por una crisis de ansiedad; (ii) que al identificarse, en ningún momento advirtió al demandante de que la conversación telefónica iba a ser grabada y emitida, sino que le mostró que la llamada solo tenía por objeto mostrar su solidaridad y su aliento; y (iii) que al estar todavía bajos los efectos de la fuerte medicación que le habían suministrado, el demandante se mostró en todo momento torpe, confuso e incapaz de hilvanar una frase coherente, limitándose apenas a responder al entrevistador con monosílabos, en «un espectáculo deplorable que repugna la sensibilidad de quien lo escucha» y que incluso dio lugar a fuertes críticas por parte de la Unión de Profesionales de la Comunicación de Canarias (UPCC). En consecuencia, solicitaba que por la intromisión ilegítima en tales derechos fundamentales se condenara solidariamente a los dos demandados a indemnizarle en la cantidad de 60.000 euros más intereses, así como a difundir en la misma emisora el texto literal de la sentencia condenatoria en los cinco días siguientes a su firmeza.

2.- El Ministerio Fiscal se remitió al resultado de la prueba. Los codemandados opusieron «falta de jurisdicción» y «falta de agotamiento de la vía administrativa» y, en cuanto al fondo, la prevalencia de su libertad de información, alegando al respecto, en síntesis, lo siguiente: (i) que en la demanda no se concretaban los derechos fundamentales vulnerados, ni en qué había consistido la lesión, ni los daños morales sufridos, ni los parámetros que se habían usado para calcular la indemnización solicitada; (ii) que en todo momento el demandante supo que se trataba de una entrevista y consintió también su difusión, lo que, conforme al art. 2.2 de la LO 1/1982 , excluía la existencia de intromisión ilegítima, tratándose de un consentimiento tácito manifestado por el demandante de forma persistente en el tiempo (con carácter previo a la entrevista, al ser informado por el periodista radiofónico y no negarse a ser entrevistado, durante la entrevista, al no rechazar



ninguna pregunta o poner fin a la conversación, y después de la entrevista, al no oponerse a su emisión, incluso cuando por el error el periodista dijo que estaba «en directo»; (iii) que no cabía poner en duda la aptitud mental del entrevistado para conocer y consentir válidamente tanto la entrevista como su difusión, pues sus respuestas fueron coherentes, no hubo indicios de que no fuera consciente de sus palabras y, del hecho de que estuviera pasando una situación penosa e injusta, no cabía deducir falta de capacidad para expresar válidamente dicho consentimiento; (iv) que la realización y difusión de la entrevista no lesionó los derechos fundamentales del demandante, en particular su intimidad, tanto por haber mediado su previo consentimiento como porque el contenido de la entrevista demostraba que fue el propio entrevistado el que reveló hechos y sentimientos personales; y (v) que, en todo caso, no se había acreditado que la difusión de la entrevista hubiera ocasionado ningún daño moral al demandante.

3.- La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. En lo que ahora interesa razonó, en síntesis, lo siguiente: (i) el conocimiento de la demanda correspondía a la jurisdicción civil porque la entidad demandada era una sociedad mercantil, por más que la titularidad de sus acciones correspondiera a una Administración Pública; (ii) el conflicto atañía a la intimidad y a la libertad de información; (iii) el derecho fundamental a la intimidad permite que su titular pueda poner a resguardo de terceros el conocimiento de aspectos propios y reservados de su persona y familia, a menos que su revelación sea proporcionada o «que exista un consentimiento eficaz que lo autorice», pues la prestación del consentimiento por parte del interesado excluye la existencia de intromisión ilegítima (art. 2.2 de la LO 1/1982); (iv) en este caso medió el previo consentimiento del demandante, en primer lugar porque la capacidad de obrar se presume (art. 322 CC) a falta de prueba en contrario y en este caso no se practicó prueba alguna por parte del demandante que acreditara que su lógica zozobra e inquietud derivadas de la situación vivida, su ingreso hospitalario y la ingesta de algún sedante o medicamento, verdaderamente le impidieran conocer el alcance de sus actos, y en segundo lugar porque en todo momento pudo saber de qué se trataba, ya que desde el principio de la conversación se dejó claro que se trataba de una entrevista radiofónica, identificándose el locutor como tal y haciendo lo propio con el medio para el que trabajaba, «Canarias Radio La Autónoma», indicando que la finalidad de la entrevista era que los oyentes supieran lo que el demandante había vivido, lo que había sufrido y estaba sufriendo, formulando preguntas en la primera persona del plural para enfatizar que hablaba como locutor, nunca a título personal o por interés particular derivado de un conocimiento del entrevistado que la parte demandante tampoco ha acreditado, sacando a colación que previamente había hablado con el letrado del demandante y, en fin, agradeciendo al demandante, al cierre de la entrevista, haber estado «estos minutos con nosotros», a lo que había que añadir la conducta del demandante a lo largo de la entrevista, pues no se negó a contestar a ninguna pregunta, enfatizó su interés en dejar claro ante los oyentes lo mal que lo habían tratado los medios y, una vez supo que la entrevista era grabada y que se emitiría al día siguiente, tampoco hizo nada ni personalmente ni a través de alguien en su nombre para impedir que se emitiera.

4.- El demandante interpuso recurso de apelación solicitando expresamente la revocación de la sentencia de primera instancia para que, en su lugar, se estimara la demanda por haberse llevado a cabo por la demandada «una intromisión ilegítima del derecho al honor y a la propia imagen» del demandante, no obstante lo cual, en la argumentación del único motivo, se indicó que su intención era impugnar expresamente la decisión de la sentencia de primera instancia de no apreciar la existencia de intromisión ilegítima en su intimidad.

5.- La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación, confirmó la sentencia apelada. Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) se presume la capacidad del demandante para consentir la entrevista y su difusión por radio, al no haberse practicado a su instancia (dado que tenía la carga de hacerlo) prueba idónea en sentido opuesto; (ii) el demandante prestó válidamente su consentimiento a la entrevista y a su difusión, lo que excluye la existencia de intromisión ilegítima en su intimidad de conformidad con el art. 2.2 de la LO 1/1982 ; (iii) al aceptar la entrevista después de saber qué medio la realizaba (pues este se identificó desde un principio), el demandante expresó de forma inequívoca su consentimiento, pues no solo mantuvo una actitud positiva que la hizo posible, sino que fue el propio entrevistado, al contestar a las preguntas del periodista, el que reveló hechos y circunstancias de su reducto personal más íntimo, «de modo que no cabe un consentimiento más cabal que el de la propia revelación de los hechos que afectan a la intimidad»; y (iv) tampoco cabe apreciar falta de consentimiento para la difusión pública de la entrevista, pues una vez constatado que el demandante tuvo pleno conocimiento de que le entrevistaba un periodista y del medio para el que este trabajaba, la revelación de datos íntimos a dicho periodista, en tales circunstancias, conllevaba que también se estuviera consintiendo su divulgación, tratándose de un consentimiento apreciable tanto en el momento previo e inicial de la entrevista (pues el demandante descolgó el teléfono y cuando se le informó del origen de la llamada no la rechazó), como durante el tiempo de la entrevista (el demandante pudo poner fin a la misma en cualquier momento y no lo hizo), como con posterioridad (pues el demandante nada objetó ni opuso a su emisión).

TERCERO.- Son hechos probados o no discutidos los siguientes:

1.º) El miércoles 2 de diciembre de 2009 la cadena «Canarias Radio-La Autonómica», propiedad de la entidad demandada RTVC, emitió en antena la grabación de la entrevista realizada al demandante el día anterior por el periodista de dicha emisora D. Gerardo , también demandado. Las partes no discuten que la transcripción de dicha conversación telefónica que figura en la demanda («Hecho Segundo») se corresponde sustancialmente con la realidad.

En consecuencia, el contenido íntegro de la entrevista según la referida transcripción (incluyendo introducción y despedida final, partes estas que solo es posible escuchar en el soporte de audio aportado con la contestación) fue el siguiente:

Introducción del periodista (Sebastián): Antonio es el hombre más buscado en estos últimos días, ha guardado un prudente silencio hasta ahora y ha decidido romperlo aquí, en Canarias Radio La Autonómica, para todos ustedes, para que conozcan lo que vivió, lo que sufrió y lo que está sufriendo. Antonio es el compañero sentimental de la madre de Tamara . Un hombre que en estos momentos está destrozado

(Sebastián): Antonio , ¿cómo estás?

Antonio (Ángel Daniel): Mal, muy mal.

Sebastián : Sigues ingresado o ya estás fuera?

Ángel Daniel : Ya en casa.

Sebastián : Estás en casa?

Ángel Daniel : Sí.

Sebastián : Te llamo de la Radio Canaria para solidarizarnos contigo, porque imaginamos lo mal que lo estás pasando y lo mal que lo has pasado. Hemos hablado con Plácido, con su abogado, y nos ha comentado el auténtico calvario que ha sufrido.

Ángel Daniel : Sí, sí.

Sebastián : Y poco a poco ¿Se va asimilando todo? ¿Cómo se encuentra?

Ángel Daniel : Mal, muy mal. Esto me va a costar mucho, me va a costar mucho. Olvidar todo esto me va a costar mucho tiempo.

Sebastián : Claro. Imagino que todo lo que ha pasado es muy difícil de asimilar por una persona.

Ángel Daniel : No puedes culpar a una persona sin saberlo ¿Sabes?

Sebastián : Claro, imagino que sí. Hoy mismo pudimos asistir al entierro de Tamara . Imagino que también dolido por no poder estar presente.

Ángel Daniel : Claro, a mí me ha dolido muchísimo, muchísimo. Esa es una de las cosas que más me ha dolido.

Sebastián : Nos podemos imaginar que debe estar muy dolido. No sé si ha recibido al menos las muestras de apoyo de la población, allí en Parla también ha sido mucha la gente que le ha mostrado su apoyo.

Ángel Daniel : Sí, sí. La verdad es que se han portado...Me han demostrado que tengo muchos amigos, yo lo sé...

Sebastián : Eso es importante, sentir el apoyo de los más cercanos y con muchas personas que se han solidarizado con lo que usted ha pasado.

Ángel Daniel : Sí, sí.

Sebastián : Antonio , a veces da la sensación de que estamos viviendo como en una película, no sé si a usted se lo ha parecido, porque...

Ángel Daniel : No, esto no ha sido una película, ha sido... No es ninguna película, ha sido la verdad, ¿Sabes? A mí me han tratado peor que a un perro. Para que quede claro, me han tratado peor que a un terrorista. En todos los medios de comunicación y en todos los lados.

Sebastián : ¿Qué fue lo que pasó cuando acudió al médico? Porque ahí fue cuando se desató todo y todavía nos estamos preguntando por qué...Porque estamos todavía, pues preguntándonos eso, ¿qué fue lo que pasó? Porque a raíz de que acudió al médico, Tamara se encontró muy mal, parece que no podía ni respirar, ¿verdad?

Ángel Daniel : Se ahogó.

Sebastián : Se había ahogado.



Ángel Daniel : No lo sé, no lo sé, no lo sé.

Sebastián : Y en cuanto al trato recibido por parte de la policía o los días que estuvo en prisión, ¿Cómo fue ese trato?

Ángel Daniel : Los primeros días bien. Luego cuando murió la niña, como una mierda. Lo peor, lo peor, lo peor...como una mierda.

Sebastián : Lo llegaron a amenazar, o a recibir algún maltrato?

Ángel Daniel : Me amenazaron, me amenazaron a mí.

Sebastián : Y usted me imagino que no sabría prácticamente ni lo que estaba pasando.

Ángel Daniel : Sabía muy poco...

Sebastián : No sé si usted ha podido hablar con Hortensia (la madre de la niña) durante estos días, o por lo menos hoy.

Ángel Daniel : No, la verdad es que no. No he podido hablar con ella. La chica está muy mal, y...

Sebastián : Tiene previsto usted viajar a Parla, viajar a la Península?

Ángel Daniel : Sí, sí. sí. Cuando todo esto haya pasado.

Sebastián : Qué es lo que más le ha dolido en todo. . . en todo lo que ha pasado, Antonio ? Porque se ha escuchado y se han leído muchas afirmaciones falsas...

Ángel Daniel : Sí, lo sé. A mí lo que más me ha dolido ha sido perder a la niña. Perder a la niña por culpa de un hijo puta, ¿sabes? Por culpa de un médico... es lo que más me ha dolido, porque luego que haya estado donde haya estado, eso se pasa. La vida de una niña no se pasa.

Sebastián : Porque usted, se ha comentado, quería muchísimo a la niña, casi como su propia hija.

Ángel Daniel : Sí, sí, sí. Yo la tengo como una hija, era como una hija para mí.

Sebastián : Cuando cayó de columpio, parece que fueron al médico y simplemente le dio un jarabe por si tenía un dolor.

Ángel Daniel : Fuimos al médico, pero ¿no le van a hacer una radiografía? ¿No le van a hacer nada? No, no, no...Ya va a ver que en unos días está corriendo, me dijo.

Sebastián : ¿Van a emprender algún tipo de acciones legales? Porque imagino que pensarán, pues que se depuren responsabilidades y quien haya sido culpable en este caso, si es que hay alguno, pues que lo pague, que se depuren responsabilidades.

Ángel Daniel : Sí, tenlo claro...Vamos a por todas. A por médicos, a por lo que haga falta. Mi abogado lo tiene todo, todo. Libros, fotos, bueno...Lo tiene todo. Y vamos a ir poquito a poco. Primero los médicos y luego prensa, telediarios...Todos los que han vertido mierda, todos lo van a pagar.

Sebastián : De todo lo que se ha dicho, ¿Qué es lo que más le ha dolido, Antonio ? Porque se han dicho muchas afirmaciones. ¿Qué es lo que más le ha dolido de todo lo que ha podido ver y escuchar?

Ángel Daniel : "Asesino, te vamos a matar", y todo eso. Y luego me ha dolido ver, enseñarme, la foto de la niña muerta. Me han llegado a enseñar una foto de la niña muerta. Ha sido lo peor, lo peor, lo peor, para mí lo peor que me ha pasado en mi vida.

Sebastián : Imagino que cuando estaba en la cárcel, o cuando estaba viviendo todo eso, casi uno piensa que esto no le puede estar pasando, que eso no puede ser real. Que va a despertar en cualquier momento y que va a ser una pesadilla.

Ángel Daniel : No me lo creía, no me lo creía. Nunca me lo he creído, es que estaba ahí y... (se rompe).

Sebastián : Imagino también que debe estar tomando algún tipo de tranquilizante, para poder estar, por lo menos...

Ángel Daniel : Ahora mismo estoy sedado, estoy hasta arriba de medicamentos, y en manos de un psiquiatra, y...

Despedida del periodista

Sebastián : Pues Antonio , le agradecemos estos minutos con nosotros, esperemos que pronto se vaya sabiendo la verdad, lo que realmente sucedió, vaya usted también recuperándose al igual que Hortensia , y le



mandamos un saludo muy fuerte de parte de Canarias Radio, La Autonómica, de todos los oyentes, de todo el archipiélago, que estamos todos muy pendientes de cómo se encuentra usted y de cómo se encuentra toda la familia de Tamara , tanto usted como Hortensia y todos sus familiares, muchas gracias por atendernos en directo y en exclusiva. Buenos días.

Ya lo han escuchado, lo que más me ha dolido ha sido perder a la niña por culpa de un hijo puta, dice textualmente Antonio . Ni radiografías ni nada, en dos días estará corriendo, asegura que le dijo el médico cuando atendió a Tamara después de caerse del columpio. Lo peor que ha pasado estos días son los gritos de asesino, te vamos a matar y que me enseñasen la foto de la niña muerta, la foto de mi niña, es lo que ha dicho Antonio , roto por el dolor. Que le han tratado peor que un terrorista, en todos los medios y en todos los lados. Y es que la tengo como mi hija, para mí es mi hija. Es lo que ha asegurado en estos micrófonos, en los micrófonos de Canarias Radio La Autonómica. Asegura que estuvo viviendo como en una película y que a partir de ahora van a ir contra los médicos, los periodistas y contra todos los que faltaron a la verdad, tanto a él como a toda su familia. Y es que ellos han perdido a lo que más querían, a quien más querían, a Tamara .

2.º) Conforme a las propias manifestaciones de las partes y a los hechos que constan como probados en las sentencias de esta sala a las que se ha hecho referencia (53/2017, de 27 de enero, 62/2017, de 2 de febrero, y 80/2017, de 13 de febrero), cuando se grabó y emitió la entrevista los demandados ya conocían, en virtud de informaciones anteriores, sobre algunas de las cuales versan esas sentencias de la sala, que una niña de tres años de edad había fallecido en la localidad tinerfeña de Arona (suceso que ocurrió en la noche del 26 al 27 de noviembre de 2009) y que se estaba investigando la causa de su muerte por existir sospechas de criminalidad (en concreto lesiones provocadas por malos tratos físicos, toda vez que los abusos sexuales apreciados en una primera exploración médica habían quedado posteriormente descartados) que inculpaban al compañero sentimental de su madre, el hoy recurrente.

En concreto eran de público conocimiento los siguientes datos:

A) Que con fecha 25 de noviembre de 2009 la Guardia Civil de Playa de Las Américas había emitido un comunicado recogiendo el resultado de la investigación policial, del que resultaba (i) que el día anterior (24 de noviembre) un varón había acudido al centro de urgencias de El Mojón, de la localidad de Arona (Tenerife), junto con una niña, hija de su pareja, con pronóstico de parada cardiorrespiratoria; (ii) que tras una exploración médica inicial se había actuado el protocolo de maltrato físico y sexual infantil, iniciándose las diligencias policiales pertinentes; (iii) que tras ese primer reconocimiento en urgencias, en el que se le diagnosticó «una parada cardiorrespiratoria, distintos traumatismos en el cuerpo, lesiones por quemaduras en región dorsal y lumbar», la niña había sido trasladada al hospital de Santa Cruz de Tenerife; y (iv) que pendiente de ser explorada por un médico forense que valorara dichas lesiones y, en concreto, si presentaba lesiones en sus órganos genitales, por la fuerza actuante se había procedido a la detención de D. Antonio [el ahora recurrente] como «presunto autor de los delitos de abusos sexuales y lesiones», aguardándose a la finalización de las diligencias policiales para su puesta a disposición judicial.

B) Que tras pasar a disposición judicial (lo que tuvo lugar el día 27 de noviembre de 2009, a las pocas horas de que la niña falleciera) y prestar declaración como inculpado ante el magistrado-juez del Juzgado de Instrucción n.º 7 de Arona encargado de la instrucción de la causa penal por estos hechos (diligencias previas n.º 2681/2009), este había visto el informe de autopsia que descartaba cualquier maltrato físico o agresión sexual y dictado auto de 28 de noviembre de 2009 decretando la libertad provisional sin fianza del hoy demandante-recurrente (con obligación de hacer presentaciones quincenales ante el mismo juzgado u otro más próximo).

3.º) Después de ser puesto en libertad, el hoy recurrente ingresó en la unidad de psiquiatría del Hospital La Candelaria a causa de una crisis de ansiedad, donde permaneció hasta que fue dado de alta el día 1 de diciembre de 2009. Según el informe de alta (aportado como doc. 2 de la demanda), en el momento de ingresar el paciente se encontraba «orientado en persona, tiempo y espacio» y en el momento del alta mostraba «psicopatología similar a la del ingreso», diagnosticándosele «Trastorno de adaptación. Reacción mixta de ansiedad y depresión». Según el doctor Juan Pedro (informe que obra en el folio 102 de las actuaciones de primera instancia), en el momento de la entrevista el hoy recurrente parecía encontrarse bajo los efectos de algún sedante o medicamento, si bien la administración de dichas sustancias, por sí sola, no interfiere en la capacidad de obrar de una persona, como tampoco lo hace un ingreso preventivo en la unidad de psiquiatría.

CUARTO.- El recurso se compone de dos motivos, aunque en puridad solo el motivo primero se funda en infracción de normas sustantivas susceptibles de amparar un recurso de casación por el cauce del ordinal 1.º del art. 477.2 LEC , pues el segundo motivo, formulado con carácter subsidiario, en realidad no es tal, sino que tan solo pretende que no se impongan al recurrente las costas procesales de las dos instancias para el caso de que el recurso de casación resulte desestimado.



Dicho motivo primero se funda en infracción de los arts. 18 y 20 de la Constitución y 7 de la LO 1/1982, y en su desarrollo se justifican tales infracciones con dos argumentos fundamentales:

1) Que el recurrente en ningún momento sabía que estaba siendo entrevistado, pues de las palabras del periodista entendió que la llamada era de ánimo, para expresarle su apoyo, de lo que ha de deducirse, en contra de lo declarado por la sentencia recurrida, que en ningún momento consintió ni la grabación ni la posterior emisión de su conversación telefónica.

2) Subsidiariamente, que el recurrente carecía de capacidad para prestar un consentimiento válido, ya que la llamada telefónica se realizó pocas horas después de haber sido dado de alta tras su ingreso hospitalario en la unidad de psiquiatría.

Tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal se han opuesto al recurso. Aquella ha alegado, como «objeciones a su admisión y/o estimación», la falta de respeto a los hechos probados, la falta de cita de norma infringida y la carencia manifiesta de fundamento, al estar acreditado que el demandante prestó consentimiento tanto a la entrevista como a su difusión. El Ministerio Fiscal ha pedido la desestimación del recurso alegando, en síntesis, que el recurrente no ha concretado la doctrina constitucional o jurisprudencial vulnerada, y que ha basado el recurso en hechos distintos de los probados, dado que estos son demostrativos de que el recurrente sí tenía capacidad para consentir, pues su capacidad de obrar se ha de presumir al no haber sido desvirtuada mediante prueba en contrario, existiendo además prueba pericial que «vendría a poner de manifiesto tal capacidad», y de que sí dio su consentimiento a ser entrevistado y a que se difundiera la entrevista en el medio en cuestión.

QUINTO.- El recurso de casación debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.ª) Como recuerdan, entre las más recientes, la sentencias 421/2016, de 24 de junio y 581/2016, de 30 de septiembre, esta sala ha matizado la doctrina sobre la improcedencia de alterar las conclusiones probatorias en el recurso de casación cuando este se interpone contra sentencias dictadas en procesos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.

Según dichas sentencias, es cierto que se ha venido afirmando que esta sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (como ejemplo, sentencias 604/2007, de 18 de julio, 154/2008, de 25 de febrero, 394/2009, de 2 de junio, 718/2010, de 15 de noviembre, y 311/2013, de 8 de mayo). Pero en los últimos años esa doctrina se ha matizado en el sentido de precisar que no es admisible que el recurrente, para justificar la existencia de la vulneración, se aparte inmotivadamente de las conclusiones probatorias alcanzadas en la instancia sobre hechos concretos y que han sido argumentadas en la sentencia recurrida, o lo haga con alegaciones inconsistentes (sentencia 581/2016, de 30 de septiembre), pues si se admitiera revisar tales conclusiones probatorias se estaría desvirtuando la naturaleza del recurso de casación (sentencia 421/2016, de 24 de junio).

Así lo entendió esta sala en sentencia 266/2016, de 21 de abril, en la medida en que consideró que las conclusiones jurídicas alcanzadas sobre la existencia de consentimiento válido y no viciado respecto del uso de determinadas imágenes eróticas de una modelo no podía desvirtuarse en casación marginando los hechos probados en los que se había fundado la sentencia recurrida para llegar a dicha conclusión (lo que no fue óbice para que se analizara y estimara que dicho consentimiento fue posteriormente revocado).

2.ª) Esta doctrina es aplicable al presente caso. Como afirman el Ministerio Fiscal y la parte recurrida, el recurso carece manifiestamente de fundamento (causa de inadmisión prevista en el art. 483.2.4.º LEC, ahora apreciable como razón de desestimación), porque al plantear el problema jurídico (falta de consentimiento válido en los términos que exige el art. 2.2. de la LO 1/1982 para que su conversación telefónica con el periodista demandado fuera grabada y difundida) se marginan por completo las conclusiones probatorias de la sentencia recurrida (el recurrente se limita a resaltar los hechos que son de su interés y a ligar estos hechos a una concreta consecuencia jurídica que, de otra manera, no sería posible alcanzar), sin que para impugnarlas se haya utilizado el estrecho cauce del error patente mediante un recurso extraordinario por infracción procesal amparado en el ordinal 4.º del art. 469.1 LEC (sentencias 746/2015, de 22 de diciembre, y 263/2016, de 20 de abril, entre otras muchas).

Así, en primer lugar, para defender la tesis de que el recurrente no sabía que estaba siendo entrevistado y, por tanto, que en ningún caso consintió que se le grabase ni que se emitiera la entrevista, el recurso se centra en destacar las palabras del periodista al comienzo de la entrevista («te llamo de Radio Canaria para solidarizarnos contigo, porque imaginamos lo mal que lo estás pasando y lo mal que lo has pasado»), que valora aisladamente como demostrativas de que el recurrente creyó que se trataba de una conversación



privada y no de una entrevista radiofónica. Pero esta particular valoración de unos hechos concretos no puede prevalecer frente a las conclusiones probatorias de las sentencias de ambas instancias fundadas en una valoración conjunta de la prueba, pues fue este conjunto probatorio el que llevó a la Audiencia Provincial a confirmar también en este punto las apreciaciones de la sentencia apelada y a declarar acreditado que el recurrente tuvo perfecto conocimiento de que la llamada no fue a título particular sino que se trataba de una entrevista, aun cuando fuera grabada para su emisión posterior. De ese conjunto probatorio se valoraron datos concluyentes tales como que el periodista se identificó como profesional que trabajaba para un concreto medio de comunicación, que en todo momento utilizó la primera persona del plural para enfatizar el dato de que las preguntas no se hacían a título personal dentro de una conversación privada o amistosa -tampoco se probó que los protagonistas se conocieran previamente-, que aludió al letrado del hoy recurrente para poner al entrevistado en situación respecto del contenido de las preguntas que se le iban a formular (todas dirigidas a obtener su impresión personal sobre la situación vivida tras su detención y declaración judicial por su presunta implicación en unos hechos de relevancia penal que ya eran de público conocimiento) y, en fin, que se despidió agradeciendo al entrevistado haber estado «unos minutos con nosotros» y enviándole «un saludo fuerte de parte de Canarias Radio, La Autonómica».

En segundo lugar, para defender la tesis de que en todo caso el recurrente carecía de capacidad de obrar por estar bajo los efectos de la medicación suministrada durante su ingreso hospitalario, el motivo se limita a resaltar el aspecto temporal -las escasas horas transcurridas desde que fue dado de alta- y las evidencias físicas que revelaban el tono de voz durante su entrevista, aspectos que por sí solos no son suficientes para concluir que careciera de capacidad, a menos que nuevamente se prescindiera de los hechos declarados probados. En efecto, si el tribunal sentenciador concluyó que era plenamente capaz para entender y decidir libremente, no fue solo en atención a la presunción general de capacidad que deriva del art. 322 CC (no desvirtuada mediante prueba en contrario), sino también por el tono del demandante y el contenido de la entrevista (fundamento de derecho segundo), y, obviamente, por las conclusiones probatorias de la sentencia apelada a partir del informe de alta aportado con la demanda, del informe del facultativo Sr. Juan Pedro y de su declaración durante el juicio, que el demandante no puede soslayar desde el momento en que, en la sentencia recurrida, dicha valoración probatoria no resulta controvertida. En este sentido basta recordar que, según la sentencia de primera instancia, tanto al ingresar como al ser dado de alta, el paciente se encontraba orientado en persona, tiempo y espacio, las sustancias suministradas por sí mismas no producían el efecto de interferir en la capacidad de obrar y, aunque el tono de voz podía revelar la presencia de esos efectos de la ingestión de medicamentos, no obstante las respuestas en todo momento se revelaron como razonables y coherentes con las preguntas que se le formulaban, de tal forma que la prueba practicada no permite entender que la patología que determinó el ingreso y tratamiento hospitalario del hoy recurrente y los efectos sedantes de la medicación suministrada, bajo cuya influencia pudiera aun estar, tuvieran entidad suficiente para privarle de conciencia y razón.

3.ª) Aunque lo antedicho sería suficiente para desestimar el recurso, razones de tutela judicial efectiva aconsejan en este caso que se añadan otras relacionadas con el fondo y que también conducen a la misma decisión desestimatoria del recurso.

Dado que los hechos probados no solo descartan que el recurrente no fuera conocedor de que estaba siendo entrevistado, sino que también descartan que careciera de capacidad para consentir la realización de la entrevista y su difusión, no cabe aplicar en este caso la doctrina de la STC 208/2013, de 16 de diciembre, que anuló la sentencia de esta sala 3/2010, de 19 de enero, pues en el presente caso no solo no estamos ante una persona con discapacidad apreciable a simple vista por el informador, sino que, atendiendo a los hechos probados, tampoco estamos ante una persona con una discapacidad resultante de circunstancias subjetivas acreditadas. Insistiendo en lo que se indicó en el razonamiento anterior, aunque aparentemente la sentencia recurrida parece limitarse a presumir la capacidad de obrar de quien no estaba judicialmente incapacitado, en puridad no se conforma con dejar que el demandante soporte las consecuencias que derivan de no haber desvirtuado dicha presunción sino que, dando el paso más que exige dicha jurisprudencia constitucional, también alude, siquiera sucintamente, a las condiciones personales del demandante («las condiciones que se traslucen del tono del actor y del contenido de la entrevista») y a las pruebas practicadas que podían disipar las dudas suscitadas en torno a la capacidad del demandante, sin que la sentencia recurrida se aparte de las conclusiones probatorias alcanzadas al respecto por la sentencia apelada de que ni la patología que motivó el ingreso, y que subsistía cuando fue dado de alta, ni la medicación suministrada y la persistencia de sus efectos en el momento de la entrevista, eran datos concluyentes que permitieran afirmar que el recurrente no sabía que estaba siendo entrevistado o que no tenía capacidad de obrar para autorizar la entrevista y su difusión.

4.ª) En cualquier caso, incluso en la hipótesis más favorable al recurrente de entender que respondió a las preguntas del periodista por creer que no estaba siendo entrevistado sino en una conversación privada, tampoco se daría el caso de un sacrificio desproporcionado de la intimidad frente a la libertad de información



sobre asuntos de relevancia pública o interés general, porque ni se revelaron datos estrictamente privados que no guardaran relación con el asunto de interés general ni el tono ni el contenido de la entrevista fueron perjudiciales para el hoy recurrente, que por el contenido pudo explicar la situación angustiosa por la que había pasado y contrarrestan así el daño que le habían causado otras informaciones sobre el mismo hecho.

5.ª) En suma, la valoración por esta sala de la entrevista aquí enjuiciada en comparación con las cuestionadas en los recursos resueltos por la ya citadas sentencias 53/2017 , 62/2017 y 80/2017 , permite concluir que no hubo intromisión ilegítima en la intimidad del demandante ni perjuicio alguno para él derivado de la entrevista.

6.ª) En cuanto al motivo segundo, que pretende que no se impongan al recurrente las costas de la primera y segunda instancia, su desestimación se impone porque, según reiteradísima doctrina de esta sala, no cabe plantear esta materia en casación y, aun cuando se hubiera hecho mediante recurso extraordinario por infracción procesal, nunca podría pretenderse mediante el mismo la aplicación de un criterio excepcional (sentencia 112/2017, de 21 de febrero , con cita de otras muchas).

SEXTO.- Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la LEC , procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas al recurrente, que además, conforme al apdo. 9 de la d. adicional 15.ª LOPJ , perderá el depósito constituido

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala

ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Antonio contra la sentencia dictada el 12 de noviembre de 2015 por la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife en el recurso de apelación n.º 353/2015 . 2.º- Confirmar la sentencia recurrida. 3.º- E imponer las costas al recurrente, que perderá el depósito constituido. Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de sala.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.