

VULNERACIÓN MEDIÁTICA DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

PILAR VALDIVIESO AMBRONA

Periodista.

Departamento Gestión de la Información SGAE

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA.

Extracto:

LA libertad de expresión, tal como se entiende en el espacio europeo, no permite cualquier información u opinión. Y es que, en Europa, al contrario de Norteamérica, no rige el principio de neutralidad del Estado ante cualquier contenido de cualquier discurso. Y ello es trasladable al derecho a la intimidad: la libertad de expresión no legitima cualquier intromisión en la vida privada de la gente y no hay un interés público o *newsworthiness* que ampare excesos ni cotilleos innecesarios, que únicamente van destinados a vender más.

No es casual que en España el principal punto de fricción aparecido en los últimos años entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo haya versado sobre conflictos entre el derecho a la intimidad y la libertad de información. Frente a los medios de comunicación el derecho a la intimidad opera como un tradicional «derecho de defensa». Si, por lo general, resulta sumamente complejo perfilar reglas claras que permitan predecir cuándo una información abandona el terreno de lo constitucionalmente lícito para invadir, menoscabándola, la esfera de la vida privada, la dificultad se extrema sobremedida en aquellos ordenamientos, como el nuestro, que recurren a la técnica de la «ponderación» para la elucidación de este tipo de controversias. Este trabajo examina el estado de la cuestión en la jurisprudencia y doctrina españolas y aludimos al tratamiento que recibe en Alemania, Estados Unidos y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: derecho a la intimidad, vulneración mediática.

THE MEDIA'S INVASION TO THE RIGHT OF PRIVACY

PILAR VALDIVIESO AMBRONA

Periodista.

Departamento Gestión de la Información SGAE

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA.

Abstract:

THE freedom of expression in a European context does not allow any information or opinion. Unlike the United States, governments are not neutral to whatever type of information and grants the right, within the freedom of expression, to be secure against unreasonable access to personal information destined often to sell more.

It is not by chance that the main cause of friction between the Constitutional Court «Tribunal Constitucional» and the Supreme Court «Tribunal Supremo», during the last years, has been over the conflict between the right to privacy and the right of access to information. The media sees the right to privacy as a traditional «right to defence». If it is complicated to establish the boundaries that draws the difference between a constitutional right to information and the intimidating surveillance of private life; this turns into an even more challenging difficulty, in charters like ours, that resorts to weighting in clarifying these types of controversies. The following work examines the current state and doctrine under Spanish jurisprudence and alludes to other policies in Germany, United States and the jurisprudence of the European Court of Human Rights.

Keywords: right to privacy, media's invasion.

Sumario

Introducción.

1. Derecho a la intimidad y libertad de información.
2. Las formas de intromisión de los medios en la esfera de intimidad constitucionalmente protegida.
 - 2.1. La toma de conocimientos intrusiva.
 - 2.2. La divulgación de datos concernientes a la vida privada.
 - 2.3. La relevancia pública de lo divulgado como criterio legitimador del ejercicio de la libertad de información.
3. El derecho a la intimidad de los niños.
4. Algunas conclusiones.
5. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Honor, intimidad y propia imagen. Una de las primeras cuestiones que se plantean es si estamos ante un solo derecho o ante tres derechos distintos. El tenor literal de la Constitución se ha invocado para sostener ambas posturas pues, en efecto, por un lado, habla del «derecho» en singular, y, por otro, menciona tres aspectos. En nuestra doctrina no es difícil encontrar la información de que estamos ante derechos autónomos. Y la idea no parece ser opuesta como tal a la jurisprudencia. Son, sin embargo, cada vez más los estudios que ensayan un análisis separado de los mismos, aunque hay que fundarlos en jurisprudencia que los contempla muchas veces conjuntamente.

Cabe distinguir el *honor* y la *intimidad* sobre la base del bien jurídico protegido y del modo de ataque a estos derechos. El bien jurídico protegido en el caso del honor, es el sentido de la propia dignidad o la estimación ajena, mientras que en el caso del derecho a la intimidad, es la decisión de mantener reservada o secreta alguna faceta de nuestra personalidad o nuestra vida o el control sobre la difusión de esos datos. Por lo que se refiere al modo de ataque, en el caso del honor, es preciso el *animus iniuriandi*, el ánimo de menospreciar o provocar el menosprecio de otros; mientras que para vulnerar la intimidad no es necesario ningún ánimo específico: basta irrumpir en ella o hacer partícipes de la misma a personas sin explícita autorización del afectado. Respecto de la intimidad se producen intromisiones; respecto del honor, violaciones.

La *imagen* es igualmente objeto de atención separada. Por imagen se entiende la representación gráfica de la figura humana o de algunos de sus rasgos. En un sentido amplio, incluye también la reproducción de la voz.

A ello dedica la Ley Orgánica 1/1982 los apartados 5 y 6 de su artículo 7.º, considerando intromisión ilegítima: «la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos...» salvo en los casos previstos en el artículo 8.º 2 de la Ley Orgánica 1/1982, que establece que el derecho a la propia imagen no impedirá: a) su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, b) la utilización de la caricatura de

dichas personas de acuerdo con el uso social, c) la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza».

1. DERECHO A LA INTIMIDAD Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN

Puede afirmarse que no hay libertad de prensa plena si no se verifica el derecho a la información de los ciudadanos. Y cuando ese derecho es poco más que un enunciado retórico, el espacio de libertad de expresión –no olvidemos el carácter mercantil de los negocios de la comunicación– es ocupado por el concepto de libertad de empresa, con la consiguiente quiebra del principio cívico, político, en la esfera de las libertades públicas donde germina la cultura democrática.

En el caso de España, se advierten síntomas de acantonamiento de los medios en la Administración no siempre plural y desinteresada de los nutrientes de la opinión pública, y son manifiestas las distancias respecto de las naciones del centro y del norte de Europa. La menor cultura democrática del sistema de medios de nuestro país se corresponde también con un menor grado de organización profesional, con un bajo desarrollo de referentes éticos en la producción de los contenidos y una cierta ambigüedad e incertidumbre en su identidad, en la medida que tales carencias afectan directamente a la línea de flotación del sistema: su credibilidad.

2. LAS FORMAS DE INTROMISIÓN DE LOS MEDIOS EN LA ESFERA DE INTIMIDAD CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDA

En ocasiones, el Tribunal Constitucional se ha valido de la siguiente fórmula al objeto de sistematizar las posibles vías de intromisión posibles: «(...) el atributo más importante de la intimidad, como núcleo central de la personalidad, es la facultad de exclusión de los demás, de abstención de injerencias por parte de otro, tanto en lo que se refiere a la toma de conocimientos intrusiva, como a la divulgación ilegítima de esos datos».

La jurisprudencia constitucional viene así, a identificar dos vías de afectación de la intimidad por parte de la prensa, vías que por lo demás, se corresponden con los *torts* que en el *common law* estadounidense están más directamente conectados con la salvaguarda de la *privacy* frente a los medios, a saber, los *torts* de «intrusión» y de «divulgación pública de hechos privados». Se trata de dos posibles formas de intromisión en el derecho a la intimidad que se proyectan en las dos fases esenciales en que se desarrolla la actividad del profesional de los medios, a saber, la tarea de recabar información, con la subsiguiente eventual necesidad de hallar datos hasta entonces reservados, y la posterior difusión de los mismos. Las analizamos por separado.

2.1. La toma de conocimientos intrusiva.

a) La protección constitucional de la obtención de información por parte de los medios.

A nadie se le oculta que el hallazgo y recopilación de datos son actividades típicas de los medios de comunicación sin las cuales el correcto desempeño de su función sería, lisa y llanamente, imposible. No es de extrañar, pues, que se admita con total naturalidad que las mismas forman parte del derecho a la libertad de prensa constitucionalmente garantizado.

Sencillamente el derecho a recabar información constituye el antecedente lógico y absolutamente necesario para que pueda producirse el ejercicio efectivo de los restantes derechos que entran en juego al desplegarse la libertad de información, como el derecho de los medios a difundir dicha información y el derecho del público a recibirla.

Como ya en fecha temprana tuvo el Tribunal Constitucional Federal alemán ocasión de señalar, la garantía de la libertad de prensa «alcanza desde la adquisición de la información hasta la difusión de la noticia y la opinión». De hecho, a la actividad preparatoria del proceso informativo, a la que obviamente pertenece la fase de recabar información, siempre se le ha atribuido una especial relevancia en la jurisprudencia constitucional alemana: «El derecho fundamental protege sobre todo los presupuestos que deben darse para que la prensa pueda desarrollar su tarea en el proceso comunicativo». Y es que, en efecto, sólo el acceso libre por principio a la información pone a la prensa en situación de desempeñar eficazmente el papel que le corresponde en la democracia liberal.

Bajo este prisma, se hace evidente que el derecho a la libertad de información comprende, *prima facie*, la facultad de investigar a fin de lograr datos públicamente relevantes, por lo que obviamente, el periodismo de investigación se halla constitucionalmente protegido en virtud del reiterado derecho fundamental. Importa, de otra parte, puntualizar que esa potestad de recabar información se concibe como un típico derecho de defensa frente al Estado, por lo que no cabe inferir poderes públicos que suministren alguna información. Carente de una dimensión prestacional, lo máximo que suele reconocerse en la doctrina alemana, con base en la vertiente objetiva de los derechos fundamentales, es que opera como una directriz que ha de ser tomada en consideración al interpretar y aplicar la normativa que de algún modo pueda incidir en la actividad de recopilar información.

Asimismo, en Estados Unidos se ha admitido jurisprudencialmente que el derecho a obtener información goza de protección constitucional, estando amparado por la Primera Enmienda. Y es que como sostuvo el Tribunal Supremo en *Branzburg versus Hayes*, «sin alguna protección para la búsqueda de noticias, la libertad de prensa podría ser eviscerada».

Ahora bien, en ningún caso se ha admitido que este derecho a recabar datos noticiables invisible a los periodistas de un régimen privilegiado, en cuya virtud puedan reivindicar un trato de favor en el acceso a las fuentes de información. Antes bien, el Tribunal Supremo ha reiterado que los profesionales de la comunicación no ostentan al respecto más derechos que el público en general.

«Se ha sostenido generalmente que la Primera Enmienda no garantiza a la prensa un derecho constitucional de especial acceso a la información no disponible para el público en general»¹.

Y en consecuencia –proseguiría el TS en *Branzburg*–: «Los periodistas no tienen un especial derecho de acceso a la escena del crimen o del desastre cuando queda excluido el público en general, y se les puede prohibir ocuparse o publicar información sobre tribunales si tales restricciones son necesarias para asegurar al procesado un juicio justo ante un tribunal imparcial». Pues bien, esta renuncia a admitir que los profesionales del periodismo, en virtud de la Primera Enmienda, se hagan acreedores de un régimen de favor en la obtención de información, se proyecta también frente a las instituciones públicas. Es decir, la obtención de información, en cuanto fase necesaria del proceso comunicativo, no se traduce en un paralelo deber de suministrar datos por parte de los poderes públicos. De hecho, ningún tribunal estadounidense ha sugerido siquiera la posibilidad de que de la Primera Enmienda se derive una obligación positiva del Estado a revelar información². Por el contrario, esta posibilidad ha sido tajantemente denegada por el Tribunal Supremo «Hay un indubitado derecho a obtener información de cualquier fuente por los medios previstos en la ley, pero esto no proporciona base alguna para sostener que la Primera Enmienda obliga a otros –sean particulares o poderes públicos– a suministrar información»; en suma, la Primera Enmienda no contempla «un derecho de acceso a la información gubernamental o a las fuentes de información que estén bajo el control del gobierno».

También entre nosotros se ha asumido sin ambages la dimensión constitucional de este derecho. En cuanto titulares del derecho a la libertad de información ex artículo 20.1 d) de la Constitución Española (CE)³, no cabe la menor duda de que los profesionales de los medios están facultados para hallar, primero, los datos que puedan considerarse «noticiales o noticiosos», para más tarde, proceder a su divulgación⁴. Y en este cometido nada les impide, *prima facie*, el empleo de aparatos de grabación audiovisual, toda vez que, con independencia de su gran capacidad de intrusión en la vida privada, no cabe sino reconocer que, en línea de principio, los periodistas que utilizan tales métodos, frente al tradicional periodismo escrito, no pueden ver afectado su derecho a la obtención de noticias en cuanto integrante del contenido constitucionalmente protegido de su derecho fundamental a comunicar información «(...) nada distinto de lo declarado para los periodistas que cumplen su función mediante el escrito hay que decir para las informaciones que se valen de otros medios técnicos para obtener y transmitir la noticia, como los de grabación óptica, a través de cámaras fotográ-

¹ En Texas, en donde se cuestionó la posibilidad de que la televisión accediese a una sala de prensa para filmar un juicio, el Tribunal Supremo señaló que «todos (los medios) ostentan los mismos derechos que el público en general» (381 U.S. 539-540 (1965)).

² No han faltado, sin embargo, voces en la literatura que han defendido la existencia de un derecho constitucional a obtener información de una fuente involuntaria cuando ésta es pública.

³ Que el derecho fundamental a la libertad de información comprende la fase de investigación y toda la actividad preparatoria de la comunicación es una apreciación obtenida desde el principio por la doctrina (así, por ejemplo, FERNÁNDEZ MIRANDA y CAMPOAMOR: «Libertad de expresión y derecho a la información», pág. 508 y J.J. SOLOZÁBAL: «Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y del derecho a la información», *REDC*, núm. 23, pág. 143).

⁴ Como afirmaría el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1983: «El objeto de este derecho es por consiguiente el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiales o noticiosos en los términos puntualizados anteriormente y de él es sujeto primero la colectividad y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho, del que asimismo sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que a él concierne la búsqueda de la información y su posterior transmisión» (FJ 11.º).

ficas o de radiodifusión visual. El artículo 20.1 d) de la CE garantiza el derecho a comunicar libremente información veraz "por cualquier medio de difusión", sin distinción entre las diferentes modalidades de éstos en lo que se refiere al contenido constitucionalmente garantizado del derecho. Por eso debe afirmarse que forma parte de dicho contenido tanto la utilización de esos cauces técnicos para la obtención y difusión de la noticia en la fuente informativa de acceso general (y las audiencias públicas judiciales lo son), como la instalación, instrumentalmente necesaria, de los aparatos técnicos precisos allí donde la noticia se produce. En esta línea, ha de destacarse que la imagen enriquece notablemente el contenido del mensaje que se dirige a la formación de una opinión pública libre» (STC 54/2004, FJ 4.º).

b) Las principales formas de injerencia en la vida privada en la fase de recabar información.

Por más que la actividad de acceder a los datos noticiables se halle constitucionalmente amparada, bajo ningún concepto esa protección constitucional se lleva hasta el extremo de considerarla una suerte de «cheque en blanco» que permita a los profesionales de la comunicación franquear cualquier obstáculo previsto por el ordenamiento con alcance general. Sencillamente, para decirlo en los términos empleados por el Tribunal Constitucional federal alemán: «Ni el derecho a la libertad de expresión ni la libertad de prensa protegen la adquisición ilícita de informaciones». Así pues, en el desempeño de la actividad que nos ocupa, los periodistas alemanes no quedan al margen de la aplicación del heterogéneo conjunto de normas civiles y penales destinadas a proteger la vida privada frente a intromisiones tales como la entrada en los domicilios, la grabación de la voz o la imagen, o el acceso inconsentido a documentos privados.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense ha negado tajantemente que la necesidad de recabar información autorice a los profesionales de la comunicación a obtenerla quebrantando el ordenamiento jurídico. Según se afirmó ya en *Associated Press* «el editor de un periódico no tiene inmunidad especial frente a la aplicación de las leyes generales. Carece de un privilegio especial para invadir los derechos y libertades de los demás». Y, sobre esta base se continuaría argumentando en este sentido en *Bramzburg versus Hayes* «(...) sería frívolo afirmar... que la Primera Enmienda, en el interés de obtener noticias..., atribuye licencia al reportero o a sus fuentes de información para violar unas leyes penales que, de otro modo, serían válidas. Aunque el robo de documentos o la intervención de teléfonos privados proporcione información relevante, ni el reportero ni su fuente están inmunes frente a la condena por tal conducta, cualquiera que sea su repercusión (de la falta de inmunidad) sobre el flujo de información».

En definitiva, constituye una línea jurisprudencial bien consolidada que «las leyes generalmente aplicables no lesionan la Primera Enmienda simplemente porque su aplicación a la prensa tenga efectos incidentales sobre su capacidad de obtener y presentar noticias» (*Cohen versus Cowles Media Co.*).

Pues bien, la tutela de la vida privada en esta primera fase de acopio de la información se efectúa esencialmente a través del *tort* de «intrusión», en cuya virtud se protege al individuo tanto fren-

te a las intromisiones físicas en lugares privados como frente a las intrusiones de carácter sensorial, como escuchas, interceptación de comunicaciones y el espionaje visual o fotográfico. Dos son los requisitos que deben satisfacerse para apreciar que, en efecto, ha tenido lugar una intrusión lesiva de la privacidad:

- En primer término, ha de acreditarse que el afectado tenía una «objetivamente razonable expectativa de privacidad» en el lugar, la conversación o la actividad en la que se entiende producida la injerencia, entendiéndose por regla general que tal expectativa no existe cuando la pretendida intrusión se realiza en un lugar accesible al público⁵.
- Y, en segundo término, para que progrese una demanda de intrusión es preciso que la misma se haya producido de «una manera altamente ofensiva para una persona razonable», debiendo valorarse a este respecto todas las circunstancias concurrentes tanto las relativas al modo en que se produjo la intrusión como las concernientes a los «motivos y objetivos» que tenía el intruso.

Y es justamente en el marco de esta valoración de las circunstancias para determinar el carácter ofensivo de la intrusión donde se abren ciertas posibilidades para la investigación periodística. Por más que la Primera Enmienda no atribuya ningún privilegio a los profesionales de la prensa a este respecto, y, por ende, no les exonere de responsabilidad en relación con los daños (*torts*) que cometan al recabar información, si es una circunstancia que puede barajarse para determinar si la intrusión tenía o no carácter ofensivo. Y ello porque, sencillamente, existe un fuerte interés social en la completa y efectiva información de acontecimientos... que puede –desde el punto de vista del *tort law*– justificar una intrusión que, de otro modo, sería considerada ofensiva.

El hecho de que el ejercicio de la libertad de prensa no pueda soslayarse al enjuiciar el carácter ofensivo de la intromisión no llega hasta el punto de justificar cualquier técnica que quiera emplearse para recabar información.

En lo que a España respecta, ya indicamos que el derecho a obtener información carece de una dimensión prestacional en cuya virtud los medios pudieran exigir al Estado, el suministro de los datos que éste tuviera a su disposición. Y, obviamente, si ni siquiera existe un deber constitucional de informar, con carácter general, por parte de los poderes públicos, tanto menos puede considerarse aplicable a los particulares. Consiguientemente, el derecho de acceder a los datos noticiables por parte del

⁵ El caso *Dietemann versus Time* suele considerarse el supuesto clásico de «intrusión» en la literatura estadounidense. En el mismo, el afectado fue un fontanero que ejercía como médico sin estar titulado y atendía consulta en su casa exclusivamente a personas que conocía o de quienes tenía referencia por mediación de algún conocido. Dos periodistas que se hicieron pasar por un matrimonio, lograron tomar imágenes con una cámara oculta y también gravar su voz (radio transmisor) cuando llevaba a cabo sus prácticas curativas. El Tribunal daría la razón al demandante al estimar que el afectado tenía una «razonable expectativa de privacidad» afirmando a continuación: «La Primera Enmienda nunca se ha interpretado para conceder a los periodistas inmunidad frente a *torts* o delitos cometidos durante el curso de la recogida de información. La Primera Enmienda no es una licencia para entrar, robar o invadir mediante medios electrónicos la vivienda o la oficina de otro. Y no se convierte en tal licencia por la sola circunstancia de que la persona objeto de la intrusión sea razonablemente sospechoso de cometer un delito» (sobre el caso *Dietemann*, consúltese Holsinger/Dilts: *Media Law*, págs. 222-223).

profesional de la comunicación no se proyecta sobre los ciudadanos en la obligación de suministrar o facilitar a los periodistas información alguna, aunque, lógicamente, si les faculta, en línea de principio, para indagar libremente acerca de los particulares. En el desempeño de esta tarea encuentran, sin embargo, un obstáculo infranqueable en el debido respeto a la intimidad de la persona objeto de investigación ⁶, pues pocas dudas hay que albergar acerca de que este derecho brinda ya protección a su titular en esta primera fase del proceso comunicativo.

De hecho, tradicionalmente se ha reconocido que la garantía de la «vida privada» muestra una vertiente tradicional de protección frente a la «indiscreción», esto es, frente al acopio de información realizado las más de las veces sin el consentimiento del interesado y, a menudo, contra su expresa o presunta voluntad.

Y así, resulta obvio que la libertad de información no puede servir para justificar intromisiones tan severas en la «privacidad» como la interceptación de las comunicaciones o la irrupción en los domicilios, que, por lo que a nosotros concierne se hallan protegidos por específicos derechos fundamentales, cuales son el derecho a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 de la CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 de la CE). Y de hecho, dado que la constitucionalización de la intimidad como un específico derecho fundamental ha sido un fenómeno muy reciente ⁷, históricamente la protección que los textos constitucionales han dispensado a la esfera de la intimidad de los ciudadanos se ceñía, justamente, a la salvaguarda del domicilio y la correspondencia ⁸.

Soslayando, pues, tales formas «clásicas» de injerencia en la vida privada, se hace evidente que en la actualidad especial relevancia en la fase de obtención de la información ha adquirido el empleo de aparatos de grabación del sonido y la imagen, cuya potencialidad erosionadora de la vida privada se ha incrementado en proporción geométrica a medida que la evolución técnica ha permitido la creación de instrumentos cada vez más potentes y de uso más discreto. De ahí que, como no podía ser de otra manera, la Ley Orgánica 1/1982, de protección civil del derecho al honor, a la inti-

⁶ En el fundamento jurídico 11.º de la Sentencia del Tribunal Constitucional 105/1983 se argumentaría al respecto «Prescindiendo de los límites que en este derecho puede producir el respeto del ámbito de intimidad de las personas, la inexistencia por parte de éstas de la obligación de facilitar la información y la modalización de esta obligación en los órganos públicos, está fuera de duda que el derecho como derecho de libertad, se concreta y satisface en un comportamiento de su titular, consistente en la realización de aquellos actos en que el propio derecho consiste, y que la lesión directa se produce en todos aquellos casos en que tal comportamiento –los actos de comunicación y de difusión– se ven impedidos por vía de hecho o por una orden o consignación, que suponga un impedimento para que la información sea realizada».

⁷ J. PARDO FALCÓN: «Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REDC*, núm. 34, 1992, pág. 158.

⁸ En este sentido, el Tribunal Constitucional sostendría lo siguiente en Sentencia del Tribunal Constitucional 110/1984: «El reconocimiento explícito en un texto constitucional del derecho a la intimidad es muy reciente y se encuentra en muy pocas Constituciones, entre ellas la española. Pero su idea originaria, que es el respeto a la vida privada, aparece ya en algunas de las libertades tradicionales. La inviolabilidad de domicilio y de la correspondencia, que son algunas de esas libertades tradicionales, tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado. Lo ocurrido es que el avance de la tecnología actual y el desarrollo de los medios de comunicación de masas ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimientos de aspectos de la vida privada» (FJ 3.º).

midad personal y familiar y a la propia imagen, incluya en su artículo 7.º entre los supuestos de intrusiones ilegítimas las siguientes:

- 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 personas.
- La utilización 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.

Pero es que, además, frente a este tipo de irrupciones en la esfera personal, el derecho a la intimidad goza asimismo de protección penal a través del delito de descubrimiento de secretos, cuyo tipo básico consiste en el simple apoderamiento de documentos, efectos personales, etc., «para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad del otro» (art. 197.1 del CP)⁹. Basta, por tanto, con que se haya accedido con tal finalidad al documento considerado secreto para entender consumado el delito en cuestión¹⁰. Tutela penal que asimismo se extiende al más específico «derecho a la autodeterminación informativa» ex artículo 18.4 de la CE¹¹, toda vez que el artículo 197.2 del Código Penal (CP) ha tipificado el descubrimiento de «secreto informático»¹².

Sea cual fuere el alcance exacto de este delito de descubrimiento de secreto, a cuyo examen excede con mucho del objetivo de este trabajo, lo que sí resulta incuestionable es que el ordenamiento jurídico brinda la máxima protección posible a los titulares del derecho a la intimidad frente a la utilización de medios técnicos susceptibles de irrumpir en la esfera de reserva.

⁹ El artículo 197 dice literalmente: 1. «El que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales o intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses».

¹⁰ Así vino a recordarlo el Tribunal Supremo en la Sentencia de 14 de septiembre de 2000: (...) la Sentencia de esta Sala de 18 de febrero de 1999 mantiene que el delito se consuma tan pronto el sujeto activo «accede» a los datos, esto es, tan pronto los conoce y los tiene a su disposición pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre... (fund. de derecho tercero). De otro lado, como igualmente se afirmó en este Fundamento, el apoderamiento que reclama el artículo 197 del CP «no puede considerarse estrictamente como el apoderamiento físico de los mismos, hasta su aprehensión virtual, de manera que el sujeto activo del delito se haga con su contenido de cualquier forma técnica que permita su reproducción posterior, como por ejemplo mediante su fotografiado». Por lo demás ha de entenderse ampliamente el concepto de secreto por lo que «no debe interpretarse en sentido legal estricto de "confidencial" sino en su aspecto relacionado con la intimidad o privacidad de las personas», siendo por tanto reconducibles a esta categoría «las agendas profesionales, expedientes y documentos de un despacho profesional de abogados». Y, en fin, en vano puede invocarse una pretendida «dimensión familiar» de la intimidad para justificar la interceptación de las conversaciones telefónicas del cónyuge a fin de averiguar eventuales infidelidades (STS de 14 de mayo de 2001, fund. de derecho segundo).

¹¹ El CP viene así a completar, desde la esfera criminal la salvaguarda de los datos personales informatizados realizada en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

¹² De acuerdo con el mencionado artículo 197.2 del CP: «Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de terceros, datos relacionados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro privado o público. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero».

Aunque, naturalmente, los problemas comienzan cuando se trata de precisar en qué supuestos el solo empleo de tales medios puede entenderse ya lesivo de la intimidad del afectado, con independencia de cual sea la utilización posterior que se dé a la información obtenida. Y ello, en primer término, porque podría sostenerse –señaladamente desde una concepción material de la intimidad– que la eventual afectación del artículo 18.1 de la CE depende del *lugar* en donde los reiterados instrumentos de escucha, captación de la imagen, etc., se hallen instalados. Así, cabría tal vez defender desde esa perspectiva que no entra en juego la intimidad si están emplazados en determinados lugares públicos, lo que a su vez justificaría y legitimaría una posterior divulgación de los datos así obtenidos a través de los medios. Pues bien, el Tribunal Constitucional ya ha tenido ocasión de afrontar esta cuestión a propósito de instrumentos técnicos instalados en centros de trabajo, sentando la siguiente doctrina. En primer término, «la instalación de tales medios en lugares de descanso o esparcimiento, vestuarios, aseos, comedores y análogos resulta *a fortiori*, lesiva en todo caso del derecho a la intimidad de los trabajadores, sin más consideraciones...» (STC 98/2000, FJ 6.º). Ahora bien, rechaza la tesis de que el ámbito de la esfera privada del trabajador, dentro de los centros de trabajo quede *ab initio* delimitada de forma exclusiva en los espacios recién citados, aceptando por ende que, ocasionalmente, también puede haber una «legítima intrusión» en el derecho de la intimidad en aquellos lugares donde se realiza la actividad laboral.

En consecuencia, la tesis de partida de la sentencia recurrida no puede compartirse, al limitar apriorísticamente el alcance del derecho a la intimidad de los trabajadores a las zonas del centro de trabajo donde no se desempeñan los cometidos propios de la actividad profesional, negando sin excepción que pueda producirse lesión del referido derecho fundamental en el ámbito del desempeño de las tareas profesionales. Tal afirmación resulta rechazable, pues no puede descartarse que también en aquellos lugares de la empresa en los que se desarrolla la actividad laboral puedan producirse intromisiones ilegítimas por parte del empresario en el derecho a la intimidad de los trabajadores, como podría serlo la grabación de conversaciones entre un trabajador y un cliente, o entre los propios trabajadores, en las que se aborden cuestiones ajenas a la relación laboral que se integran en lo que hemos denominado propia esfera de desenvolvimiento del individuo (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 4.º, y 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3.º, por todas). En suma, habrá que atender no sólo al lugar del centro de trabajo en que se instalan por la empresa sistemas audiovisuales de control, sino también a otros elementos de juicio (si la instalación se hace o no indiscriminada y masivamente, si los sistemas son visibles o han sido instalados subrepticamente, la finalidad real perseguida con la instalación de tales sistemas, si existen razones de seguridad, por el tipo de actividad que se desarrolla en el centro de trabajo del que se trate, que justifique la implantación de tales medios de control, etc.) para dilucidar en cada caso concreto si esos medios de vigilancia y control respetan el derecho a la intimidad de los trabajadores (STC 98/2000, FJ 6.º).

El carácter «público» del lugar donde se emplacen los reiterados instrumentos técnicos no genera, por tanto, una regla general e incondicionada de la que se derive siempre la inexistencia de una intrusión ilegítima en la intimidad. Así se desprende igualmente del siguiente pasaje de la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/1989 en donde se ventiló la posible afectación del artículo 18.1 de la CE resultante de la grabación de unas manifestaciones vertidas en un Parlamento autonómico, puesto que la circunstancia de que tanto el lugar como el acto estén cubiertos por la publicidad parlamen-

taria no parece excluir, sin más e incondicionalmente, que no pueda afectarse la intimidad cuando lo manifestado sea «encuadrable en la esfera de lo privado»:

«Es claro, por tanto, que la utilización por la Asamblea Regional de aparatos de grabación y reproducción de las intervenciones de sus miembros tiene por finalidad propiciar su mejor recogida y traslación al "Diario de Sesiones" y, por lo mismo, no guarda relación alguna con el supuesto de intromisión ilegítima previsto en el artículo 7.º 2 de la Ley Orgánica 1/1982. Y otro tanto cabe decir del uso de la grabación por el Presidente de la Asamblea para informarse acerca de la existencia o inexistencia de la conducta verbal reprochada a los demandantes, pues dicha conducta se produjo en un acto parlamentario, sometido a las reglas de la publicidad parlamentaria y *no encuadrable en la esfera de lo privado*. Poco importa a este propósito que los recurrentes se expresaran fuera de los turnos reglamentarios de intervención, pues ello *no dota de privacidad a la emisión de un juicio sobre otro Diputado* percibido por terceros durante la misma sesión (según consta en la relación de hechos efectuada por los propios demandantes), además de haber quedado registrado por los sistemas de reproducción magnética de la Asamblea» (FJ 2.º, el énfasis es nuestro).

Así pues, según cabe inferir de estas Sentencias, el *lugar* (público) de emplazamiento de los reiterados dispositivos no es un elemento determinante para excluir, *per se*, que se dé un supuesto de «intrusión» ilegítima en la intimidad. Y de otra parte, como parece desprenderse de algunas decisiones del Tribunal Constitucional que ni son abundantes ni especialmente claras, tampoco resulta un elemento determinante al respecto el dato de qué sujetos son los que intervienen en el proceso de captación y reproducción del sonido o la imagen. En línea de principio, cabría especular con que difícilmente puede entenderse afectada la intimidad por la mera captación cuando quien procede a la misma es uno de los participantes en una relación privada libremente consentida. Podría por tanto sostenerse, al menos *prima facie*, que quien graba la conversación que mantiene con otro, o filma su encuentro con otra persona, no vulnera por este solo hecho intimidad alguna, aunque –claro está– ésta sí podrá resultar afectada por una posterior difusión. Sencillamente, en estos supuestos de relaciones interpersonales voluntarias no sufre esa «facultad de exclusión de los demás» definitoria del derecho a la intimidad, cuya vulneración, en lo que a nosotros ahora concierne, se produce a través de una «toma de conocimiento intrusiva». Lo libremente comunicado a otra persona –y en relación con esta última exclusivamente, como es obvio– sale de la esfera de lo reservado que define el ámbito materialmente protegido por el derecho fundamental a la intimidad, por lo que la captación de la voz o la imagen que no se comparta con otros mediante su divulgación queda extramuros del derecho fundamental ex artículo 18.1 de la CE. No es ésta sin embargo, la posición que, según parece, sostuvo el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, en donde abordó frontalmente un supuesto de grabación de una conversación efectuada sin el consentimiento de su interlocutor. Pues bien, en primer término y, sobre todo, llegó a la conclusión de que la sola grabación no puede entrañar en ningún caso la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones ex artículo 18.3 de la CE:

«El derecho al "secreto de las comunicaciones... salvo resolución judicial" no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida. Rectamente entendido, el derecho fundamental consagra la libertad de las comunicacio-

nes, implícitamente, y, de modo expreso, su secreto, estableciendo en este último sentido la interdicción de la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas (...)

Sea cual sea el ámbito objetivo del concepto de "comunicación", la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia *erga omnes*) ajenos a la comunicación misma. La presentación de un elemento ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación, es indispensable para configurar el ilícito constitucional aquí perfilado» (FJ 7.º).

Excluida la posibilidad de que puede existir «secreto» en relación con los que participan en el proceso de comunicación, va de suyo que no puede incurrir en delito de descubrimiento de secretos el que grava la conversación que mantiene con otro. Y así vendría a argumentarse en el fundamento jurídico 8.º:

«En su escrito de alegaciones invoca el recurrente ciertos preceptos de lo que en aquel momento era proyecto de Ley y hoy ya texto legal vigente (LO 7/1984, de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas) por el que se adicionan sendos artículos –192 bis y 497 bis– al CP. La alegación en este punto del actor se encaminaba a persuadir al Tribunal de que la ley entonces *in itinere* protegería su derecho en los términos defendidos en la demanda de tal modo que cabría interpretar que tal protección estaba ya, *in nuce*, en el artículo 18.3 de la Constitución. No hay tal, sin embargo. Tanto el proyecto como el texto finalmente aprobado por las Cortes contemplan la violación del secreto de las comunicaciones telefónicas, pero dentro de los límites antes expuestos. Lo que se sanciona es la "interceptación" o el empleo de artificios para la "escucha, transmisión, grabación o reproducción", pero siempre sobre la base de que tales conductas, como es claro, impliquen una injerencia exterior, de tercero, en la comunicación de que se trate. Que esto es así resulta de los párrafos segundos de uno y otro precepto (arts. 192 bis y 497 bis) que aluden, respectivamente, a que la pena correspondiente por la realización de aquellos actos se agravará si se "divulgare o revelare" la información obtenida o lo descubierto por cualquiera de los precitados medios. Ello no significa otra cosa sino que la sanción penal por el empleo de estos instrumentos se proyecta, exclusivamente, en la medida en que los mismos se usen para obtener una información o para descubrir un dato que, sin ellos, no se habría alcanzado, dejando, pues al margen la posible utilización de estos mismos artificios por aquel que accedió legítimamente a la comunicación grabada o registrada.»

Pero hay más. En supuestos como el enjuiciado, no es ya que la mera grabación no pueda reputarse contraria al derecho al secreto a las comunicaciones, sino que incluso su divulgación por parte de los intervinientes en el proceso de comunicación tampoco puede estimarse vulneradora del derecho consagrado en el artículo 18.3 de la CE. La difusión, pues, sólo podrá considerarse constitucionalmente ilegítima en el caso de que lo divulgado afecte a la intimidad protegida en el artículo 18.1 de la CE, que –en contraste con el «secreto» que se concibe formalmente– pasa a ser definida materialmente en esta Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984¹³. En suma, en el marco

¹³ Crítica con esta concepción se muestra B. RODRÍGUEZ RUIZ, puesto que dificulta o cierra el paso a otras concepciones del derecho a la intimidad más atentas a la capacidad de autocontrol o autodeterminación que ha de tener el titular del mismo para definir lo íntimo (*El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, especialmente, págs. 17 y 18). Comoquiera

del artículo 18.3 de la CE, y para decirlo en palabras de MARTÍN MORALES, según el Tribunal Constitucional «no toda comunicación es necesariamente íntima, pero sí secreta». La transcripción del siguiente resulta poco menos que imprescindible:

«No hay "secreto" para aquel a quien la comunicación se dirige, ni implica contravención de lo dispuesto en el artículo 18.3 de la Constitución la retención, por cualquier medio, del contenido del mensaje. Dicha retención (la grabación, en el presente caso) podrá ser, en muchos casos, el presupuesto fáctico para la comunicación a terceros, pero ni aun considerando el problema desde este punto de vista puede apreciarse la conducta del interlocutor como preparatoria del ilícito constitucional, que es el quebrantamiento del secreto de las comunicaciones. Ocurre, en efecto, que *el concepto de "secreto" en el artículo 18.3 tiene un carácter "formal" en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado*. Esta condición formal del secreto de las comunicaciones (la presunción *iuris et de iure* de que lo comunicado es "secreto" en un sentido sustancial) ilumina sobre la identidad del sujeto genérico sobre el que pesa el deber impuesto por la norma constitucional. Y es que tal imposición absoluta e indiferenciada del "secreto" no puede valer, siempre y en todo caso, para los comunicantes, de modo que pudieran considerarse actos previos a su contravención (previos al quebrantamiento de dicho secreto) los encaminados a la retención del mensaje».

Sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el artículo 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que –de existir– tendría un contenido estrictamente material, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la Norma fundamental).

«Quien entrega a otro la carta recibida o quien emplea durante su conversación telefónica un aparato amplificador de la voz que permite captar aquella conversación a otras personas presentes no está violando el secreto de las comunicaciones, sin perjuicio de que estas mismas conductas en el caso de que lo así transmitido a otros entrase en la esfera "íntima" del interlocutor, pudiesen constituir atentados al derecho garantizado en el artículo 18.1 de la Constitución.

Otro tanto cabe decir, en el presente caso, respecto de la grabación por uno de los interlocutores de la conversación telefónica. Este acto no conculca secreto alguno impuesto por el artículo 18.3 y tan sólo, acaso, podría concebirse como conducta preparatoria para la ulterior difusión de lo grabado. Por lo que a esta última dimensión del comportamiento considerado se refiere, es también claro que la contravención constitucional sólo podría entenderse materializada por el hecho mismo de la difusión (art. 18.1 de la Constitución). Quien graba una conversación de otros atenta, independientemente de toda otra consideración, al derecho reconocido en el artículo 18.3 de la Constitución; por

que sea, el Tribunal Constitucional muestra la tendencia de abrazar exclusivamente una concepción material del derecho a la intimidad en todos aquellos supuestos en que su dimensión de capacidad de autocontrol informativo es asumida más específicamente por otro derecho fundamental aplicable al caso, como aquí sucede con el derecho al secreto de las comunicaciones.

el contrario, quien graba una conversación con otro no incurre, por este solo hecho, en conducta contraria al precepto constitucional citado. Si se impusiera un genérico deber de secreto a cada uno de los interlocutores o de los corresponsables ex artículo 18.3 se terminaría vaciando de sentido, en buena parte de su alcance normativo, a la protección de la esfera íntima personal ex artículo 18.1, garantía esta que "a contrario", no universalizar el deber de secreto, permitiendo reconocerlo sólo al objeto de preservar dicha intimidad (dimensión material del secreto, según se dijo). Los resultados prácticos a que podría llevar tal imposición indiscriminada de una obligación de silencio al interlocutor son, como se comprende, del todo irrazonables y contradictorios, en definitiva, con la misma posibilidad de los procesos de libre comunicación humana» (FJ 7.º).

De cuanto se lleva dicho de la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984 pueden extraerse las siguientes conclusiones:

- 1.º Que ni la grabación ni la divulgación de una conversación por parte de los interlocutores vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones consagrado en el artículo 18.3 de la CE¹⁴, y
- 2.º Que su difusión por los interlocutores sí podría lesionar el derecho a la intimidad del artículo 18.1 de la CE en el caso de que lo comunicado incida en lo «materialmente íntimo».¹⁵

Queda, pues, únicamente por resolver si la sola grabación de la conversación por parte de un interlocutor puede menoscabar dicha intimidad materialmente concebida; y el Tribunal Constitucional parece resolver el interrogante inclinándose por aceptar tal eventualidad:

«El actor invoca, en primer lugar, en apoyo de sus tesis el artículo 7.º 1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a tenor del cual "tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas... 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 personas" y pone en relación este precepto con el artículo 18.3 de la Constitución. Esta última conexión internormativa no es exacta (el citado art. 7.º 1 dispone, más bien, la protección civil del derecho a la intimidad ex art. 18.1 de la

¹⁴ Como ha apuntado LÓPEZ ORTEGA refiriéndose a la Sentencia del Tribunal Constitucional 114/1984, «para el Tribunal Constitucional el secreto de la comunicación privada sólo puede oponerse frente a terceros, impidiendo que penetren en la comunicación ajena, pero no se extiende a la captación y a la transmisión por el interlocutor del contenido de la propia comunicación». Posición que, como sostiene este autor, dista mucho de tomar en consideración la noción de autodeterminación informativa, esto es, «el poder de control por el sujeto sobre la información que emite» («La protección penal de la intimidad en la investigación penal: Necesidad y proporcionalidad de la injerencia como presupuestos de validez», págs. 293-294).

¹⁵ Un supuesto algo diferente es el enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2000, en el que una conversación telefónica grabada por uno de los intervinientes llega a un medio de comunicación, que es el que se encarga de su difusión. Admitida la legitimidad de la grabación por las razones conocidas y aunque la misma no se refiriese a «hechos de la vida privada» del recurrente, el Tribunal Supremo sostendría que tal difusión sí incidía en la intimidad personal protegida en el artículo 18.1 de la CE: «Como se deja dicho, lo que efectivamente conforma intromisión en la intimidad personal es hacer pública para el conocimiento de todos una conversación telefónica desarrollada en forma privada y no tanto el contenido de la misma, salvo supuestos de relevancia pública de la noticia, que podía justificar la prevalencia del derecho de información (art. 20 de la Constitución)...» (fund. de derecho primero).

Constitución). Esta última conexión internormativa no es exacta (el citado art. 7.º 1 dispone, más bien, la protección civil del derecho a la intimidad ex art. 18.1 de la Constitución) y además el precepto legal citado no puede entenderse fuera de su contexto y finalidad. En la conversación telefónica grabada por el interlocutor del hoy demandante de amparo, no hubo, por razón de su contenido, nada que pudiese entenderse como concerniente a su "vida íntima" (art. 7.º 1 de la LO 1/1982) o a su "intimidad personal" (art. 18.1 de la CE) de tal forma que falta el supuesto normativo para poder configurar como grabación ilegítima la obtenida de la conversación que aquí se considera» (FJ 8.º).

Así pues, de conformidad con esta línea jurisprudencial, si la conversación grabada por uno de los interlocutores afecta a la intimidad «por razón de su contenido», habrá de reputarse como «grabación ilegítima» en el contexto del artículo 7.º 1 de la Ley Orgánica 1/1982. No creemos, sin embargo, que el mero hecho de que la conversación verse sobre un asunto que materialmente pueda reconducirse a «lo íntimo» autorice a hablar en estos supuestos de lesión del derecho a la intimidad, puesto que en ningún caso se pone en juego o menoscaba con la sola grabación la facultad de exclusión característica de este derecho fundamental. Sea como fuere, lo que resulta inobjetable es que la posterior difusión del «secreto» sí entraña la vulneración del artículo 18.1 de la CE. Baste citar a título de ejemplo el caso resuelto en el Auto del Tribunal Constitucional 152/1993, en donde se enjuició la constitucionalidad de un libro en el que su autor había reproducido «cartas de contenido íntimo» que él mismo había dirigido con anterioridad a otra persona. El Tribunal Constitucional ratificaría la decisión de la jurisdicción ordinaria según la cual se había producido la intromisión ilegítima prevista en el artículo 7.º 3 de la Ley Orgánica 1/1982, argumentando que dicha conclusión no podía «en forma alguna ser desvirtuada por el hecho de que quien revela las cartas de contenido íntimo sea la propia persona que las escribió, puesto que tal dato no evita la vulneración de la intimidad de la destinataria, ya que este Tribunal si bien ha declarado en la Sentencia del Tribunal Constitucional 144/1984 que «el secreto de las comunicaciones no puede oponerse, sin perturbar su sentido constitucional frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida» tal afirmación es inmediatamente matizada añadiendo a continuación «sin perjuicio de que esa misma conducta entre en la esfera íntima del interlocutor» (FJ 7.º) que es precisamente, de forma indiscutible, lo que ha sucedido en este caso (FJ 2.º).

Sin embargo, cuando de protección de la intimidad frente a los medios se trata la cuestión más relevante estriba en determinar en qué medida se armonizan o condicionan recíprocamente, de una parte, la eventual ilegitimidad de la intrusión perpetrada por el periodista en el momento de acceder a la información y, de otro lado, el interés público existente en que los datos se divulguen. Los problemas que se plantean en torno a la relación existente entre la obtención ilícita de información y su difusión se manifiestan en una doble dirección o sentido: En primer término, cabría preguntarse si la pretensión de divulgar una información públicamente relevante —y por ende, protegida constitucionalmente *prima facie* por el art. 20 de la CE— puede servir, de algún modo, para justificar o atenuar la ilicitud cometida por el periodista al obtener dicha información. Y en segundo lugar, y en el sentido inverso, habrá también de resolverse si, precisamente, el hecho de que los datos se hayan alcanzado de forma ilegítima extenderá también su ilicitud al momento de su divulgación, frustrándose así lo que, en otras circunstancias, habría podido calificarse como ejercicio legítimo de la libertad de información. Pues bien, dado que este último interrogante afecta más plenamente al problema de la difusión de la información, al que dedicamos un específico apartado, nos bastará por el momento con aproximarnos a la primera de las cuestiones reseñadas.

En lo que atañe a nuestro ordenamiento, debe comenzarse apuntando que parece evidente que el derecho fundamental a comunicar y recibir información ex artículo 20.1 d) de la CE no puede servir como una especie de asidero jurídico universal que permita cohonestar o «sanar» toda suerte de intromisiones ilegítimas que puedan cometer los profesionales de los medios en el desempeño de la tarea de recabar información. Y, sin embargo, tampoco puede abrazarse la tesis extrema de estimar que el derecho a la libertad de información no juegue absolutamente ningún papel en este terreno. El siguiente ejemplo bastará para ilustrarlo.

Un supuesto, sin duda interesante es el que, en efecto, proporciona la Sentencia del Tribunal Supremo, de la Sala Segunda, de 18 de febrero de 1999: Un periodista tuvo conocimiento de que dos reclusos que trabajaban en la cocina de la prisión provincial eran, probablemente, enfermos de SIDA, y, al estimar que esta noticia era de interés periodístico, logró obtener por medios desconocidos un listado del archivo informatizado donde estaban registrados los enfermos de la prisión que padecían tal dolencia y otro en que figuraban los internos destinados a la cocina. Tras cruzar los datos de ambas listas, elaboró un artículo –que sería publicado sin modificación alguna– en donde se aportaban unos datos que permitían la segura identificación de los reclusos afectados (nombres de pila y siglas de los apellidos, fecha y lugar de nacimiento, estado civil, profesión, condenas y fecha de alta en la cocina). A juicio de la Sala, se trataba de un supuesto en el que resultaba de aplicación el tipo complementario del delito de descubrimiento de secretos regulado en el artículo 197.2 del CP, que acoge –como ya sabemos– a los también conocidos como «delitos informáticos» o delitos contra la libertad informática. Ahora bien, sobre la base de que la información suministrada era de relevancia pública y se hallaba, por ende, en principio amparada por el derecho fundamental ex artículo 20.1 d) de la CE, la cuestión esencial que había de resolverse era la de determinar en qué medida podía operar la eximente consistente en obrar «en el ejercicio legítimo de un derecho» (art. 20.7.º del CP). La argumentación que llevó al Tribunal Supremo a sostener que sólo podría servir como justificación parcial revela un encomiable empeño por alcanzar un adecuado equilibrio entre los derechos en liza:

«La justificación, sin embargo, no es plena por lo que la antijuridicidad típica de la conducta no puede reputarse desaparecida aunque sí considerablemente atenuada. Para que el ejercicio, por parte del acusado, del derecho a la información hubiese sido plenamente legítimo, de forma que hubiese integrado la correspondiente circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, hubiese sido necesario que el acceso a los datos reservados relativos a la enfermedad de los titulares y su posterior publicación se presentasen como el único procedimiento por el que cupiese informar a la opinión pública del hecho noticiable. No era así, puesto que lo noticiable, en cualquier caso, era la mera presencia de enfermos de SIDA en la cocina de la prisión, no la identidad de los mismos.

Podrá argüirse que sin tener conocimiento de la identidad de los internos difícilmente hubiese podido el acusado estar razonablemente seguro de la veracidad de la noticia, por lo que si quería darla a conocer necesitaba saber previamente de qué internos se trataba, aunque el mero acceso a estos datos, sin la debida autorización, ya fuese plenamente ilícito. Esta dificultad de desvincular la difusión lícita de una noticia del acceso ilícito a ciertos datos que son presupuesto de aquélla, que se da inevitablemente a veces en la actuación del profesional de la información, puede llevar a cuestionar la tipicidad de la conducta si, una vez conocidos los datos reservados que son imprescindibles

para la confección de una noticia veraz, el profesional se abstiene de publicarlos en tanto no lo son para la presentación de la noticia. Pero, en modo alguno, la actuación dejará de ser típica, ni podrá estar amparada por una eximente completa de ejercicio legítimo de un derecho, cuando tras acceder ilícitamente a los datos, se procede a su publicación, en el contexto de una noticia que no los necesita» (fund. de derecho sexto).

Así pues, según cabe inferir al menos de la lectura de esta sentencia del Tribunal Supremo, la fase de recabar información y la posterior fase de difusión no deben necesariamente concebirse como compartimentos estancos; de tal modo que tampoco cabe examinar siempre de forma absolutamente aislada la licitud de las diferentes acciones que se hayan emprendido en ambas etapas. La divulgación –que constituye el fin último de la actividad periodística– de ser legítima por acomodarse a los criterios definitorios del ejercicio del derecho a la libertad de información conforme a la Constitución que ahora veremos, puede en ocasiones hacer sentir sus efectos en la etapa previa preparatoria de aquélla, llegando incluso a desplegar una eficacia «sanatoria» de las intrusiones en la intimidad que hayan podido cometerse al accederse a la información. Aunque, para ello, es imprescindible que lo publicado se atenga a lo estrictamente necesario para satisfacer el interés público de la información, sin que se aporte ningún dato suplementario que pueda afectar gratuitamente a la esfera de reserva de los particulares.

2.2. La divulgación de datos concernientes a la vida privada.

Diversos son los supuestos genéricos de intromisiones ilegítimas contempladas en el artículo 7.º de la Ley Orgánica 1/1982 que se relacionan con la eventual difusión por parte de la prensa de datos que puedan incidir en el derecho a la intimidad ¹⁶, a saber:

- 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.
- La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

Y, sin embargo, a pesar de que dicho artículo 7.º se exprese en términos categóricos al afirmar que «tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas» los supuestos en él contemplados, lo cierto es que éstos, a menudo, no pasan de ser meros indicios o criterios orientadores para el operador jurídico, sin que en modo alguno puedan considerarse reglas definitivas cuya aplicación mecánica baste ya para elucidar las controversias. En puridad, la legitimidad de tales intromisiones no depende, en última instancia, más que de la circunstancia de que, al ejercitarse la libertad de información, se hayan satisfecho los requisitos jurisprudenciales que –articulados en torno a la relevancia pública de la información, como veremos– determinan la aplicación preferente de la libertad de prensa frente al derecho a la intimidad.

¹⁶ Naturalmente, también tiene relevancia penal la divulgación de los datos obtenidos a través de los actos tipificados como delitos de descubrimiento de secreto.

Siendo esto así, se hace evidente lo incompleto –y hasta cierto punto inútil– de la catalogación de supuestos de intromisiones ilegítimas establecida en la Ley Orgánica 1/1982. Y ello, en primer lugar, porque tal enumeración no puede en modo alguno estimarse exhaustiva, sino meramente ejemplificadora. De hecho, ya en la primera sentencia en la que el Tribunal Supremo tuvo ocasión de abordar la protección civil de la intimidad afirmaríala:

La protección de los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa revalorización correlativa a la índole de los mismos, que se manifiesta, de una parte, permitiendo extenderla a supuestos distintos de los casos enunciados en el artículo 7.º de la ley. Estos casos la atraerán, desde luego, pero a manera de acaecimientos más significativos o frecuentes y ejemplificadores de agresiones ilegítimas a la intimidad, destacados del principio general *altere non laedere*. No constituyen, sin embargo, un *numerus clausus*¹⁷. Y, en segundo lugar y, sobre todo, porque –como hemos adelantado– es que, incluso, los reiterados supuestos sólo cabe entenderse que operan como reglas *prima facie*, puesto que, en el caso de que la información se considere públicamente relevante, podrá prevalecer el artículo 20.1 d) de la CE sobre el artículo 18.1 de la CE si a ello conduce una adecuada ponderación de las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Sirva para ilustrar cuanto se lleva dicho la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000, que resolvió un caso en el que el Tribunal Constitucional entendió de aplicación el artículo 7.º 4 de la Ley Orgánica 1/1982, que incluye entre las intromisiones ilegítimas la revelación de datos privados a los que se accede con motivo del ejercicio de la actividad profesional u oficial¹⁸. Pues bien, en lo que ahora importa, la relevancia de esta Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000 estriba en que vino a dar una interpretación amplia de dicho artículo 7.º 4 de la Ley Orgánica 1/1982 al objeto de dar protección a la intimidad frente a supuestos que, si bien directamente conectados con los expresamente previstos en dicho precepto, no se acomodan al mismo si se atiende exclusivamente a su tenor literal. El Tribunal Constitucional, en efecto, entendería que el «secreto profesional» (...) resulta exigible no sólo a quien se halla vinculado por una relación estrictamente profesional, sino también a aquellos que, como ocurre en el presente caso, por su relación laboral conviven en el hogar de una persona, y en atención a esta circunstancia, tienen un fácil acceso al conocimiento tanto de los espacios, enseres y ajuar de la vivienda como de las personas que en ella conviven y de los hechos y conductas que allí se producen (FJ 6.º). En consecuencia y dado que la información debatida la suministró a los medios la niñera, el Tribunal Constitucional entendería que hubo intro-

¹⁷ Sentencia de 28 de octubre de 1986. Referencias a esta línea jurisprudencial pueden hallarse en A. AZURMENDI ADARRAGA. *El derecho a la propia imagen: Su identidad y aproximación al derecho a la información*, págs. 182-183, así como en F. HERRERO-TEJEDOR: *La intimidad como derecho fundamental*, págs. 45-46.

¹⁸ Ha de recordarse que, frente a la revelación de datos personales realizada por profesionales, la intimidad también se halla protegida penalmente, pues, de conformidad con el artículo 199.2 del CP: «El profesional que, con incumplimiento de su obligación de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de una a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años. El delito exige que el autor sea profesional "esto es, que realice una actividad con carácter público y jurídicamente reglamentada"; y la "acción típica consiste en divulgar los secretos de una persona entendida como la acción de comunicar por cualquier medio, sin que se requiera que se realice a una pluralidad de personas, toda vez que la lesión al bien jurídico intimidad se produce con independencia del número de personas que tenga el conocimiento"» (STS de 4 de abril de 2001, fund. de derecho primero).

misión ilegítima. Ahora bien, y con independencia de que éste fuera el caso en el supuesto enjuiciado, lo que importa subrayar es que esta conceptualización de un supuesto como intromisión ilegítima ex artículo 7.º 4 de la Ley Orgánica 1/1982 no quiere decir que necesariamente estemos ante un caso de vulneración del derecho a la intimidad y, paralelamente, de ejercicio inconstitucional de la libertad de información, pues, como sabemos el primordial factor decisorio para elucidar la ponderación no es otro que el de la relevancia pública de los hechos divulgados (...) el mencionado medio de comunicación –proseguiría el TC en el FJ 6.º– debía haberse guardado de dar difusión a tales datos, salvo que la información comunicada tuviera objetivamente relevancia pública... Así pues, excluida su virtualidad como regla decisoria, el valor del artículo 7.º de la Ley Orgánica 1/1982 se reduce frecuentemente a servir como un punto de referencia más, que puede utilizar el operador jurídico para resolver la ponderación.

a) *La difícil cobertura constitucional de la prensa de entretenimiento.*

Tras la lectura de las pautas jurisprudenciales, se hace evidente la dificultad de considerar que goza de una general protección constitucional, siquiera *prima facie*, ese tipo de prensa de entretenimiento –tan extendida en los últimos años– que tiene en el mero chismorreo su razón de ser, señaladamente cuando la información versa sobre esos «personajes de notoriedad pública» que lo son por la sola circunstancia de que habitualmente airean sus asuntos privados en los medios. Desde el punto de vista de la relevancia pública del hecho objeto de la información, ya comprobamos cómo no se consideraba un ejercicio legítimo de la libertad de información la difusión de datos y situaciones que sólo servían para satisfacer la curiosidad ajena (por ejemplo, STC 20/1992, FJ 3.º). Y bajo el prisma del sujeto afectado por la información, ésta sólo podría entenderse al amparo del artículo 20.1 d) de la CE en los casos en que sea de aplicación la doctrina del levantamiento del velo de la intimidad.

En sede teórica habría que recurrir al concepto «descriptivo» de discurso público –que atiende a la circunstancia de que un asunto sea de interés para un número significativo de personas–¹⁹ para justificar una amplia concepción constitucional de la libertad de información extensiva a ese género de prensa. Sin embargo, y en contraste con el criterio sostenido por el Tribunal Constitucional federal alemán en la sentencia recaída en el caso *Carolina de Mónaco*²⁰, nuestro Tribunal Constitucional en algunas recientes decisiones relativas a personajes habituales en la «prensa rosa» viene mostrándose reluctante a reconocer tal virtualidad legitimadora a argumentos o razonamientos próximos al concepto descriptivo de «relevancia pública», excluyendo tajantemente que la definición de

¹⁹ Como apunta POST, para rebatirlo a continuación, se ha reprochado a este concepto descriptivo que peca, por exceso, ya que extiende la protección constitucional a asuntos que parecen triviales e irrelevantes para el autogobierno democrático, así, abarcaría la información relativa a celebridades, aun cuando las mismas sólo tuvieran una influencia insignificante en los asuntos públicos («The constitutional Concept of Public Discourse...»).

²⁰ En la Sentencia de 15 de diciembre de 1999 se reconoció a los medios un ámbito de decisión propio en la determinación del hecho noticioso: «La prensa debe poder decidir de acuerdo con criterios periodísticos qué es lo que estima de interés público y qué no». No es obviamente fruto del azar que este reconocimiento no lo haya hecho precisamente en la Sentencia que se cuida de subrayar que la prensa de entretenimiento cumple también importantes funciones sociales y, por ende, se encuentra protegida por el derecho fundamental a la libertad de prensa.

lo públicamente relevante pueda depender de una decisión de los propios medios. Ésta es desde luego, la conclusión que cabe extraer del siguiente pasaje de la Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999 «(...) no debe confundirse la relevancia pública de una determinada información con el carácter noticioso que pueda tener, pues ni son los medios de comunicación los llamados por la CE para determinar qué sea o no de relevancia pública, ni esto puede confundirse con el difuso objeto de un inexistente derecho a satisfacer la curiosidad ajena» (STC 20/1992, FJ 3.º). El artículo 20.1 d) de la CE al garantizar los derechos a comunicar y a recibir libremente información, no protege la satisfacción de la mera curiosidad de los que componen el público en general, sino el interés colectivo en la información, lo que no debe identificarse sin más con lo que para el medio de comunicación puede resultar noticioso [SSTC 105/1983, 159/1986 y 168/1986 (FJ 8.º)]. Y en la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2000 vuelve a reiterarse que el concepto de relevancia pública «es distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana en la vida de otros, potenciada en nuestra sociedad tanto por determinados medios de comunicación como por ciertos programas o secciones en otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento» (FJ 9.º).

Pues bien, es a ésta a la posición que parece escorarse la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), según se desprende de la reciente Sentencia resolutoria del caso *von Hannover contra Alemania*, de 24 de junio de 2004, en la que se apartó manifiestamente del criterio sostenido por el Tribunal Constitucional federal alemán. Sencillamente, el interés fáctico que pueda sentir el público por determinados personajes –interés que, obviamente, es alimentado por los medios– no puede en modo alguno equipararse al «interés general» que sí podría legitimar la difusión de datos en principio personales: «(...) la publicación de las fotografías y los artículos en cuestión, cuyo solo propósito fuera satisfacer la curiosidad de determinados lectores en relación con detalles de la vida privada del demandante, no puede considerarse que contribuya a ningún debate de interés general para la sociedad pese a que el demandante sea conocido para el público. Apreciación que se ha visto reforzada a partir de la aprobación, el año 1998, por parte de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa de la Resolución 1165 sobre el derecho a la privacidad». Y es que, en efecto, en la Sentencia *van Hannover contra Alemania* el TEDH recurre a esta Resolución para apuntalar su razonamiento: «...el Tribunal también toma en consideración la resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre el derecho a la privacidad, que subraya la "interpretación unilateral del derecho a la libertad de expresión" realizada por ciertos medios que pretenden justificar la violación de los derechos protegidos en el artículo 8.º del Convenio alegando que "sus lectores tienen derecho a saber todo sobre los personajes públicos"». La jurisprudencia europea parece, en consecuencia, cerrar esta posible vía para legitimar ampliamente la actividad de este tipo de prensa.

La otra fórmula teórica que puede explorarse para tratar de hallar anclaje constitucional a la prensa de entretenimiento es entender que la misma también puede contribuir a la conformación de la opinión pública en asuntos relevantes para la sociedad.

Bajo este prisma, como señala Robert C. POST ilustrándolo con un ingenioso ejemplo tomado de la propia experiencia personal de Samuel WARREN –uno de los «padres fundadores» del «derecho a la privacidad»– un aparente «chismorreo» sobre un asunto trivial puede ser trascendente para el

proceso de autodefinition social ²¹. No faltan, desde luego, voces en la literatura estadounidense que afirman que «el chismorreo (*gossip*) y el entretenimiento cumplen importantes funciones en la educación y en la forja de lazos comunitarios» ²². Y, de hecho, también el Tribunal Supremo se ha mostrado repetidas veces proclive a entender que la Primera Enmienda se extiende a este tipo de prensa. Ya en *Winters versus New York* se apunta claramente a esta dirección: «No compartimos la sugerencia del apelado de que la protección constitucional de la prensa libre se aplica solamente a la exposición de ideas. La línea entre la información y el entretenimiento es demasiado escurridiza para la protección de ese derecho básico». Por eso —proseguiría en *Winters*— «futilidades completamente neutras... están bajo la protección de la libertad de expresión tan plenamente como lo están los poemas de Keats o los sermones de Donne». Y, según se afirmaría categóricamente «no hay duda de que el entretenimiento, al igual que las noticias, disfruta de la protección de la Primera Enmienda». Por lo demás, tampoco podría argüirse contra la cobertura constitucional de la prensa de entretenimiento que su objetivo primordial o único, antes que la formación de la opinión pública, sea puramente económico, ya que ésta es una cuestión que también está resuelta en la jurisprudencia del Tribunal Supremo «que los libros, periódicos y revistas se publiquen y vendan para obtener beneficios no impide que sean una forma de expresión cuya libertad está salvaguardada por la Primera Enmienda».

Esta forma de aproximación al problema que plantea este tipo de prensa se han emprendido asimismo en Alemania. Si ya en el caso *Soraya* el Tribunal Constitucional federal consideró inaceptable la tesis de que la «prensa de entretenimiento o sensacionalista» estaba completamente al margen de la protección del derecho a la libertad de información, inclinándose por una interpretación «amplia y formal» de «prensa» que no vinculaba exclusivamente este derecho con la «prensa seria», en los últimos años esta posición no ha venido sino a consolidarse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. También un sector de la literatura alemana destaca, en efecto, la función social que desempeñan la prensa y los programas de «chismorreos» y en consecuencia, subraya la necesidad de que gocen de alguna protección bajo el derecho a la libertad de información. Pero, sobre todo, ha sido la jurisprudencia constitucional, con la Sentencia de 15 de diciembre de 1999 —resolutoria de un recurso de amparo formulado por Carolina de Mónaco— la que más claramente ha profundizado en la existencia de un posible anclaje constitucional de la prensa de entretenimiento. Sobre la base de que «la formación de opinión y el entretenimiento no son términos contrapuestos», el Tribunal Constitucional no sólo sostendría la cobertura constitucional de las formas de comunicación —cada vez más frecuentes— que conjugan ambos elementos sino que la hizo asimismo extensiva al «mero entretenimiento», toda vez que a éste «no puede negarse de antemano su relación con la formación

²¹ En efecto, el famoso artículo de Samuel WARREN y Louis BRANDEIS «The Right to Privacy» fue esencial para impulsar en los Estados Unidos el *tort de common law* sobre invasión de la «privacidad» (Harvard Law Review, vol. IV, 1890; hay edición española a cargo de P. BASELGA y B. PENDRÁS: *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995). Como es sabido, este artículo se elaboró a raíz de que la prensa se hiciera eco de las cenas y fiestas particulares que organizaba WARREN en su casa. Para POST, aunque la concreta información sobre tales entretenimientos, aisladamente considerada, pudiera considerarse una futea, no dejó de incidir de algún modo en la formación de una voluntad democrática común: la finisecular divulgación de datos relativos a las clases altas de la sociedad estadounidense fue un componente más del movimiento que conduciría a la creación del Estado del Bienestar, con la instauración de la imposición progresiva y otros instrumentos destinados a la redistribución de la riqueza («The Constitutional Concept of Public Discourse...», *cit.*, págs 671-672).

²² Y en opinión de D.L. ZIMMERMAN, el cotilleo es una forma básica de intercambio de información que enseña sobre otras formas de vida y actitudes, y a través del cual los valores de la comunidad se cambian o refuerzan. (Esta cita se ha tomado de A. FAYO GARDÓ: *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, pág 121).

de la opinión pública». Lejos de entender que satisface solamente deseos de distracción, esparcimiento o relajación, considera que también desempeña «importantes funciones sociales»; razón por la cual no puede concluirse que el entretenimiento sea inapreciable o carente de todo valor desde la perspectiva de la finalidad protectora de la libertad de información, debiendo en consecuencia estimarse comprendido en el ámbito de cobertura de este derecho fundamental. Y por lo que hace concretamente a los personajes de notoriedad pública, el Tribunal admite que la opinión pública puede tener «un interés legítimo en saber si tales personas, que a menudo son considerados ídolos o modelos, armonizan de forma convincente su comportamiento funcional y personal» lo que justifica que, en determinadas circunstancias, sea constitucionalmente lícita la difusión de imágenes que muestren cómo se comportan en general en público, al margen de su correspondiente función.

Esta línea jurisprudencial potenciadora de la libertad de información –en cuanto favorecedora de la difusión de datos relativos a personajes de proyección pública– puede considerarse prácticamente finiquitada a raíz de la condena al Estado alemán recaída en la Sentencia *von Hannover contra Alemania*, puesto que se adopta una posición más restrictiva al respecto. El TEDH comienza destacando la necesidad de distinguir «entre informar de hechos –incluso controvertidos– aptos para contribuir a un debate en una sociedad democrática relativos a políticos en el ejercicio de sus funciones, por ejemplo, e informar de detalles de la vida privada de un individuo que, además, como sucede en este caso, no ejercita funciones oficiales. Mientras que en el primer caso la prensa desempeña su papel esencial de "guardián" en una democracia al contribuir a "comunicar información e ideas sobre asuntos de interés público", no sucede así en el último supuesto». Y aco seguido, el TEDH subraya el carácter excepcional de la divulgación lícita de datos privados, que parece casi reducirla a los casos en que sean políticos los implicados: «(...) aunque el público tiene un derecho a ser informado, que constituye un derecho esencial en una sociedad democrática que, en ciertas circunstancias especiales, puede incluso extenderse a aspectos de la vida privada de los personajes públicos, particularmente cuando estén afectados políticos, no se da este caso aquí. La presente situación no incide en la esfera de ningún debate público o político porque las fotografías publicadas y los comentarios que las acompañaban se referían exclusivamente a detalles de la vida privada de la demandante». En definitiva, en este tipo de supuestos, por más que la persona afectada sea conocida por el público, no puede entenderse amparada por la libertad de información los datos suministrados si éstos no contribuyen a un debate de interés general para la sociedad.

b) La articulación de los criterios objetivo y subjetivo: un balance.

La breve incursión realizada en nuestra jurisprudencia constitucional ha puesto de manifiesto que son los hechos que pueden contribuir al debate público, que no las personas involucradas, el elemento prioritario en la resolución de las colisiones entre la libertad de información y el derecho a la intimidad. Incluso cuando un asunto es de interés informativo por razón del sujeto el examen de los hechos ocupa un lugar destacado en la elucidación de la controversia; al fin y al cabo, el test de la relación entre el dato privado y el cargo o la actividad profesional no se centra tanto en quién es el afectado como en qué es lo que se ha divulgado y si eso guarda alguna conexión con el cargo o la profesión *objetivamente* considerados. Quiere decirse con esto que, de acuerdo con nuestra jurisprudencia,

la catalogación de alguien como persona de proyección pública no conlleva la predisposición a aceptar cualquier información de la que pueda descubrirse alguna conexión, por somera que sea, con la actividad por la que es públicamente conocido el sujeto en cuestión. Es en este sentido en el que puede afirmarse que, entre nosotros, prevalece claramente el elemento o momento objetivo sobre el subjetivo en la elucidación de estas controversias. Prevalencia que, cabe esperar, será tanto más marcada cuando comience a asumirse, en virtud del artículo 10.2 de la CE, la doctrina acuñada por el TEDH en la *Sentencia von Hannover contra Alemania*, en la que –como hemos comprobado– la condición de persona pública pasa total y absolutamente a un segundo plano –excluyendo el caso de los políticos–, de tal forma que el protagonismo en la resolución de las controversias recae plenamente en el examen de si los hechos divulgados son aptos o no, para contribuir al debate en una sociedad democrática.

Y, *mutatis, mutandis*, es igualmente extensible esta apreciación al caso alemán. Pues también aquí –exceptuando la lectura más atenta al «sujeto» efectuada por el TC en la Sentencia *Carolina de Mónaco*– se ha considerado habitualmente que la licitud de la publicación depende fundamentalmente de la cualidad de la información difundida, que no de la posición social de la persona objeto de la misma. Por lo tanto, la tendencia ha sido que la sola clasificación de alguien bajo el rótulo de «personaje de actualidad» no autoriza ninguna limitación determinante en la protección de su derecho a la personalidad si, además de esto, no concurre un interés justificado de la opinión pública en la información. Así pues, por regla general, la catalogación de un individuo como personaje público, antes que jugar como un elemento absolutamente decisivo en la ponderación, ha operado más bien como un indicio cualificado para valorar el interés público que puede haber en la información suministrada. El cambio de acento que, en cierto modo, emprendía la Sentencia *Carolina de Mónaco* parece haber sido frenado en seco por la decisión del TEDH.

En resumidas cuentas, según las pautas preponderantes en España y Alemania –ahora incentivadas por la jurisprudencia europea–, es imprescindible relativizar y matizar sustancialmente el elemento «subjetivo» como criterio o directriz para identificar cuándo nos hallamos en presencia de un ejercicio constitucionalmente legítimo de la libertad de información. Como es obvio, la posición política y social del sujeto afectado por la información cuestionada o incluso su propia actitud, no puede dejar de incidir en el modo en que se resuelve el conflicto entre el derecho a la intimidad y la libertad de prensa. Pero, lejos de concebirse este elemento subjetivo como una regla que conduzca invariablemente a la prevalencia de esta última cuando esté involucrado un personaje públicamente conocido, este hecho por sí solo no pasa de ser otro elemento, otro criterio más a tener en cuenta al ponderar todas las circunstancias concurrentes en el caso concreto.

Por el contrario, en la jurisprudencia estadounidense acuñada en torno a los casos de libelo, es el *status* de la persona afectada, antes que el concreto asunto involucrado, el que determina el nivel de protección. En consecuencia, para determinar cuándo se va a exigir al demandante que pruebe que el medio actuó dolosamente o de forma absolutamente negligente (*actual malice*), el examen se centra en quién es la persona afectada, y no tanto en si el asunto es públicamente relevante.

Entre otras razones, con esta opción se pretende evitar que estas controversias tengan que resolverse a través de la ponderación al caso concreto, como lo ponen de manifiesto los votos discrepan-

tes de los jueces Marshall y Harlan a la Sentencia en donde se vinculó el *standard* de la *actual malice* con la discusión de asuntos de «interés público o general»²³. En opinión de dichos jueces, la asunción del criterio de interés público conducía necesariamente a una ponderación orientada al caso concreto; y esto resultaba peligroso para la libertad de información, habida cuenta de que tendrían que ser los tribunales los que se pronunciasen sobre la legitimidad del interés existente en cada acontecimiento o asunto, procediendo así a determinar ellos mismos qué información es relevante para el autogobierno.

Además, aunque el criterio del «interés general» abría la posibilidad de dictar decisiones más ajustadas al caso concreto, debía pagarse por ello el alto precio de la pérdida de la previsibilidad y de seguridad jurídica. Así pues, como se desprende de la valoración de Marshall y Harlan, el criterio personal tiene la ventaja de proporcionar unas pautas generales, que, al hacer más fácilmente predecibles la resolución de los casos, conjuran el riesgo de un excesivo subjetivismo judicial.

Comoquiera que sea, lo cierto es que el Tribunal Supremo daría un brusco giro jurisprudencial, entronizando nuevamente al criterio personal como elemento central en los casos de difamación. Desde entonces, la circunstancia de que alguien pueda considerarse como *public official* o *public figure* permite a los medios informar prácticamente de lo que quieran sobre los mismos, ya que sólo responderán si se prueba que actuaron dolosamente o de forma extremadamente negligente. En este marco, puede perfectamente entenderse por qué «la naturaleza del asunto desempeña un papel secundario en el análisis constitucional» en contraste con el tratamiento prioritario que recibe el examen de la notoriedad del sujeto involucrado en la información.

Y si bien es cierto que esta doctrina se refiere a los supuestos de difamación, y no es total y absolutamente aplicable a los casos en que está en juego el derecho a la «privacidad», es claro que una sensibilidad semejante se aprecia en estos supuestos. Así, de una parte, el Tribunal Supremo nunca ha reconocido de forma explícita que sólo la información de relevancia pública goza de protección en los casos en que se afecte la «privacidad» y, de otro lado, se aprecia la tendencia a considerar con facilidad que lo que le sucede a las personas de proyección pública es de interés general. Circunstancias ambas que ponen de manifiesto que el elemento subjetivo resulta también preponderante cuando se alega la vulneración de la «privacidad».

2.3. La relevancia pública de lo divulgado como criterio legitimador del ejercicio de la libertad de información.

¿Es constitucionalmente legítima la difusión de la información ilícitamente obtenida? Como comprobaremos de inmediato, el «peso» de la libertad de información constitucionalmente protegi-

²³ Baste reseñar, a título de ejemplo, la Sentencia del TEDH, de 11 de enero de 2000, resolutoria del caso *News Verlags contra Austria*, en la que se ventilaba la licitud de la información vertida en relación con un sujeto procesado penalmente. Tras apuntar que constituía una tarea de los medios informar sobre asuntos de interés público—como sucedía en el caso en cuestión—, enfatizaría que esto era tanto más así en supuestos, como el enjuiciado, en que está involucrada una persona que se ha abierto ella misma al escrutinio público al expresar opiniones extremistas.

da determina la tendencia generalizada a evitar dar una contestación negativa a este interrogante. Así sucede con toda evidencia en los Estados Unidos. Un ejemplo que puede resultar ilustrativo de la línea jurisprudencial preponderante en este país lo proporciona el caso *Pearson versus Dodd*, en el que varios colaboradores de un senador entraron sin su consentimiento en su despacho y lograron fotocopiar determinados documentos, que acto seguido pusieron a disposición de un medio de comunicación. Por más que los periodistas supiesen que los datos provenían de una intrusión ilícita en los archivos de la persona afectada por la información, el Tribunal entendió que no cabía extender la responsabilidad al momento de la publicación, dado que el asunto tratado era de «interés público general». Se trata de una decisión que ha sido bien valorada por la doctrina desde la perspectiva de la Primera Enmienda, al considerarse que los valores en ella contenidos quedarían seriamente subvertidos si su protección se retirase en aquellos supuestos en que los medios acceden a la verdad a través de los medios ilícitos empleados por otros.

Por lo demás, la práctica jurisprudencial estadounidense revela que la estricta separación entre la publicación de la información y su obtención, a fin de salvar la licitud de aquélla, no sólo no se ha mantenido en supuestos, como *Pearson*, en los que el interés público de lo divulgado era palmario, al tratarse de una manifestación de periodismo de investigación en la esfera puramente política, ya que el mismo criterio se ha seguido en otras ocasiones en que dicha relevancia era mucho menos evidente. Comoquiera que sea, los supuestos que mayores dudas han planteado, al menos en sede doctrinal, son aquellos casos en los que son los propios periodistas que se encargan de la difusión los que previamente han accedido a la información lesionando la privacidad; aunque, en principio, suele asimismo entenderse que no incurrir en responsabilidad por la publicación si inciden en asuntos públicamente relevantes.

En estas hipótesis se tiende, no obstante, a compensar la situación aumentando la indemnización que se impone al periodista por haber obtenido la información vulnerando la vida privada del afectado.

En atención a lo dicho y, a modo de conclusión, puede ciertamente afirmarse que la máxima según la cual quien actúa incorrectamente no debería beneficiarse de su propia acción recibe una aplicación incierta en el ámbito del *tort law*.

Por lo que hace a Alemania, cabe distinguir en sede teórica dos vías de aproximación al problema. La primera que cabría calificar como «doctrina de la vinculación», la tradicional y más directamente conectada con la dogmática iuscivilista –que niega por principio que pueda sacarse provecho de las actuaciones ilícitas– conduce a prohibir tajantemente la utilización de los datos a los que se ha accedido de forma ilegítima²⁴. Bajo este prisma, una vez constatado que la información se ha obtenido quebrantando la esfera privada, no cabría más que negar la licitud de la información, sin que fuera por tanto procedente pasar a ponderar el caso concreto a la luz del «contenido» de la noticia.

²⁴ Concepción que ya estaría presente en la famosa Sentencia Bismarck del Reichsgericht, fechada el 28 de diciembre de 1899. En esta sentencia se resolvió la controversia suscitada por dos fotógrafos que irrumpieron en la habitación donde yacía el cadáver de Otto Von Bismarck para fotografiarlo. Esta controversia impulsó que muy pronto, en el año 1907, se regulase en Alemania la toma de imágenes.

Por el contrario, la «doctrina de la separación», que se inspira más en el Derecho Constitucional, entiende necesario valorar separadamente la posible publicación de la información irregularmente obtenida, puesto que, de lo contrario, se obstaculizaría el libre flujo de información que está constitucionalmente garantizado²⁵. Ahora bien, la asunción de la tesis de la separación no supone, sin más, negar toda la relevancia a la forma en que se ha accedido a la información; esta circunstancia es un elemento que puede y debe ser tomado en consideración de forma adecuada a la hora de ponderar si es legítima la publicación de dicha información. Como comprobaremos con más detalle, si bien es la doctrina de la separación la que ha prevalecido en la jurisprudencia constitucional y ordinaria, la misma se ve sustancialmente matizada por la apreciación de que, por regla general, la obtención ilegítima de datos conduce también a la ilegitimidad de su publicación, a menos que de forma excepcional se atribuya a ésta un especial valor desde el punto de vista de la opinión pública. No hay que perder la perspectiva de que inicialmente la tesis predominante en la doctrina era que la información que se había alcanzado vulnerando la vida privada no podía ser posteriormente utilizada; y que a lo sumo, sólo solía reconocerse en la literatura el derecho a la publicación en situaciones absolutamente excepcionales, al objeto de proteger bienes de la comunidad dotados de un especialmente alto rango constitucional, más allá de los inherentes al propio derecho a la libertad de prensa.

En definitiva, al igual que en los Estados Unidos, la obtención ilegítima de unos datos no excluye apriorísticamente del ámbito constitucionalmente protegido por la libertad de prensa la posibilidad de que se proceda a su ulterior publicación. Y, sin embargo, nuevamente se pone de manifiesto una divergencia entre la «sensibilidad» estadounidense y alemana –cabría tal vez decir «europea»– a la hora de solventar las tensiones entre «privacidad» e información:

Mientras que en los Estados Unidos la regla general es la licitud de la difusión de la información irregularmente recabada, en Alemania se tiende a subrayar el carácter excepcional de la legitimidad de la publicación en estos supuestos²⁶.

Y desde luego, no puede ser muy diferente el tratamiento de esta cuestión en nuestro ordenamiento, dada la posición central que en el mismo ocupa el derecho fundamental a la libertad de información. Si la difusión de unos datos resulta de relevancia para la opinión pública en los términos conocidos, su publicación no dejará de ser constitucionalmente legítima por la sola circunstancia de que se hayan obtenido irregularmente. La responsabilidad se circunscribirá pues, a la fase de recabar la información sin que se traspase a la etapa final del proceso comunicativo.

Y esta apreciación es, asimismo, sostenible en relación con el supuesto extremo que puede darse, a saber, cuando es el mismo periodista que difunde la noticia el que ha tenido acceso de forma irregular a la información, y, además, su obtención ha entrañado la comisión de un delito de descubrimiento de secretos. En este caso en el que la intimidad se ve doblemente vulnerada, el CP prevé

²⁵ Efectivamente, en la doctrina se ha defendido la licitud de la difusión de este tipo de informaciones aduciendo la necesidad de preservar la función de control constitucional a los medios de comunicación.

²⁶ Entre otras argumentaciones, se ha esgrimido a favor de la regla general mantenida en Alemania que sólo así podrán recibir una sanción plenamente eficaz actos tan lesivos de la «privacidad» como las escuchas telefónicas o la quiebra del secreto postal.

un tipo agravador: «Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años si se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores» (art. 197.3, apdo. primero). Pues bien, incluso en esta hipótesis de doble afectación de la intimidad, habrá de examinarse si es aplicable al caso la eximente consistente en obrar «en el ejercicio legítimo de un derecho» (art. 20.7.º del CP), lo que exige que el juez penal analice «la eventual justificación, total o parcial, de dicha lesión por el interés público que pudo estar en juego cuando el acusado ejerció, legítima o ilegítimamente el derecho a la información»²⁷.

Juicio ponderativo que, obviamente, también habrá de efectuarse en el supuesto en que el profesional de la comunicación se limite a utilizar la información que otro previamente ha obtenido accediendo ilícitamente a la intimidad²⁸, conducta que, desde el año 1994²⁹, está tipificada como delito autónomo de indiscreción: «Será castigado con las penas de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses, el que, con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento realizare la conducta descrita en el párrafo anterior» (art. 197, 3 apdo. segundo del CP).

Conviene recordar a este respecto que la jurisprudencia constitucional, especialmente en los últimos años, viene exigiendo una lectura restrictiva de los tipos penales en los que puedan verse involucrados los derechos del artículo 20 de la CE. En una línea doctrinal en la que claramente resuenan los ecos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, el Tribunal Constitucional insiste en que «la interpretación de los tipos penales en que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone "la necesidad de que... se deje un amplio espacio" (STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2.º), es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el artículo 20 de la CE impone a la actividad legislativa y judicial (STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3.º a)» (STC 110/2000, FJ 5.º)³⁰.

Se impone, por tanto, a los órganos judiciales, con el manifiesto objetivo de evitar el «efecto desaliento» en el ejercicio de los derechos del artículo 20 de la CE, la obligación de interpretar los tipos delictivos a favor de las libertades de expresión e información:

²⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de febrero de 1999. Fundamento de derecho quinto.

²⁸ En palabras de F. MORALES PRATS «A salvo queda, en su caso, la posibilidad de que viniese en aplicación la eximente (ex art. 20.7 del CP en conexión con el art. 20 de la CE), pero ya con carácter excepcional y limitado, porque en principio la conducta es típica e indiciariamente antijurídica». («Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», en *Comentarios al nuevo Código Penal* (QUINTERO OLIVARES, ed.), Thomson/Aranzadi, 3.ª ed., 2004, pág. 1.054; en cursiva el original)

²⁹ Antes de la aprobación del actual CP, este tipo delictivo fue introducido en el anterior mediante la Ley Orgánica 18/1994, de 23 de diciembre. Con su inclusión se pretendió atajar la práctica relativamente habitual en aquellos años consistente en publicar o emitir radiofónicamente conversaciones grabadas a través de escuchas ilegales, cuyos autores permanecían en el anonimato ya que los medios se amparaban en el secreto profesional para no revelar sus fuentes de información (véase Lluís DE CARRERAS SERRA: Régimen jurídico de la información, pág. 129).

³⁰ Consúltese sobre el particular J.A. LASCURAIN SÁNCHEZ: «Protección penal y límites penales de las libertades comunicativas», *La libertad de información y de expresión. Actas de las VII Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, pág. 45 y ss.

«(...) cuando la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, lo ejercita, ha de hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar desproporcionada ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información, lo que le impone una interpretación *secundum Constitutionem* de los tipos penales, rigurosamente motivada, y ceñida al campo que la propia Constitución ha dejado fuera de la protección que su artículo 20.1 dispensa a las informaciones y opiniones» (STC 297/2000, F J 7.º).

Cuando la relevancia pública del asunto revele un ejercicio constitucional legítimo de la libertad de información, ninguna objeción podrá alzarse contra su publicación, por más que los datos se hayan obtenido irregularmente. Si acaso, a la luz de la jurisprudencia constitucional, podría mencionarse como una posible excepción la información a la que se accede quebrantando el secreto del sumario previsto en el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ³¹.

Como es sabido, el Tribunal Constitucional se ha decantado por interpretar restrictivamente la incidencia del secreto sumarial en los medios de comunicación, al entender que el secreto sólo se extiende a las concretas diligencias que constituyen el sumario ³²; y, consecuentemente, nada impide que se pueda informar cuanto se quiera sobre el delito que se está investigando, siempre y cuando el periodista no haya obtenido los datos directa o indirectamente de las actuaciones que constan en el mismo ³³.

Ahora bien, si éste es el caso, la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985 parece excluir tajantemente la posibilidad de que su divulgación sea legítima:

«(...) la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite frente a la libertad de información (...) sino, más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera –incluidas las mismas partes en algún caso: art. 302 de la LECrim.– de las actuaciones seguidas en esta etapa del procedimiento penal. (...) Por consiguiente, aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán –*a fortiori*– ser objeto de difusión, por cualquier medio, lo cual implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado, es decir, en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido obtenido ilegítimamente, quebrando el secreto mismo del sumario, esto es, en la medida en que se esté ante lo que llama la ley procesal misma (art. 301) una "revelación indebida"» (FJ 3.º).

³¹ Entre las primeras aproximaciones al tratamiento constitucional del secreto del sumario se cuenta la de E. ESPÍN TEMPLADO «Secreto sumarial y libertad de información», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm 2, 1986, págs. 135 y ss.

³² En palabras de V. MORENO CATENA, «de la doctrina constitucional se sigue la ilegitimidad de las noticias extraídas del contenido de las actuaciones judiciales *stricto sensu*, es decir, cuando el personal judicial, las partes o los abogados obtienen su información del contenido mismo del sumario y lo hacen público o lo proporcionan a los medios de comunicación» («El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal», en *Constitución y Derecho Público*. Estudios en Homenaje a Santiago VARELA, págs. 301-302).

³³ La posición del Tribunal Constitucional no ha dejado de criticarse desde algunos sectores doctrinales por estimarse que la misma parte de una concepción formalista soslaya el objetivo primordial a la que se orienta el secreto del sumario, que no es otra que la de asegurar el buen fin de la investigación. Y siendo esto así –se preguntan los críticos de esa línea jurisprudencial–, ¿no resultaría frustrada esta finalidad si se permite que se informe con entera libertad de cualquier asunto, siempre que la información se haya conocido extramuros del proceso? (véase A. DEL MORAL GARCÍA y J.M. SANTOS VIJANDE: *Publicidad y secreto en el proceso penal*, págs. 88 y ss.)

Y en otro pasaje de ese mismo fundamento jurídico tercero se reiteraría que el secreto del sumario «implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de "revelaciones indebidas" (art. 301.2 de la LECrim.) o a través de un conocimiento ilícito y su posterior difusión». La protección del interés de la justicia penal, inherente a la institución del secreto sumarial, parece erigirse así en un límite cualificado que justificaría esta severa restricción de la libertad de información. Límite cuyo anclaje, por lo demás, el Tribunal Constitucional pretende encontrar, siquiera mediatamente, en el propio artículo 20.4 de la CE:

«(...) el proceso penal, institución con la que se trata de hacer efectiva la protección del ordenamiento a "derechos reconocidos en este título" (es decir, en el primero de la Constitución, según dice su art. 20.4), puede tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad» (STC 13/1985, FJ 3.º).

3. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS NIÑOS

En las sociedades cultural y económicamente desarrolladas el respeto al derecho a la intimidad de los menores no implica que desaparezcan de la vida social y mediática, de la que forman parte, sino hacerlos visibles pero con el máximo respeto a tales derechos.

La concepción de la infancia y su consideración social ha ido variando a lo largo de la historia. Del menor objeto del tráfico jurídico –verdadero elemento patrimonial, propiedad privada de los padres y, como tal, maltratable, explotable, enajenable– se pasa al menor objeto de protección, para desembocar por fin, ya en tiempos muy recientes, en la concepción del menor como sujeto de derechos y verdaderos titular de los mismos. El primer tratado universal que, en términos generales, estableció el reconocimiento internacional de los derechos del niño como ser humano, como sujeto activo de derechos y no como un mero objeto pasivo merecedor de protección, fue la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989. Lo cierto es que a pesar de este reconocimiento que el ordenamiento jurídico ha ido otorgando al menor de edad, muchos siguen viendo lesionados sus derechos más primarios, por las condiciones de subdesarrollo de las sociedades en las que viven, niños que ya nacen y viven excluidos socialmente. Pero existen también, en sociedades como la nuestra, cultural y económicamente más o menos desarrolladas, vulneraciones de otros derechos que podríamos considerar de «segunda generación» que también causan perjuicios, a veces, graves, a los niños. Nos referimos a aquellos casos en los que se producen injerencias indeseables en la vida privada de los niños, que conculcan su derecho a la intimidad, mediante la utilización de su imagen, o la difusión en diferentes medios de comunicación de datos y pormenores propios de su esfera privada.

Nuestro sistema jurídico reconoce explícitamente a todos los ciudadanos el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, derechos que la CE de 1978 garantiza en su artículo 18.1 incluyéndolos en el catálogo de derechos fundamentales de la persona pero sin ofrecer una definición de esos conceptos.

Esto es lógico si se comprende que son derechos intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas debe ser determinado por los órganos del Poder Judicial, tal como ha afirmado el Tribunal Constitucional.

La norma encargada de desarrollar el precepto constitucional es 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. Esta ley tampoco ofrece una definición de lo que debe entenderse por intimidad personal y familiar, aunque sí delimita la consideración de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad enumerando, entre otros aspectos, 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 y otros escritos personales de carácter íntimo. Los niños también gozan de estos mismos derechos si bien, en atención a sus especiales condiciones de madurez, las normas establecen determinadas cautelas que refuerzan su protección frente a posibles intromisiones ilegítimas. No podemos olvidar que, en todas las actuaciones que se realicen con menores de 18 años, ha de primar siempre su interés frente a cualquier otro que pueda concurrir. En este sentido la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor, dedica su artículo 4.º al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, que comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones, reforzando la protección de estos derechos en los siguientes términos: «La difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses, determinará la intervención del Ministerio Fiscal que instará de inmediato las medidas cautelares y de protección previstas en la ley y solicitará las indemnizaciones que correspondan por los perjuicios causados.

Se considera intromisión ilegítima, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación o que sea contraria a sus intereses, incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales. Sin perjuicio de las acciones de las que serán titulares los representantes legales del menor, corresponde en todo caso su ejercicio al Ministerio fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia del propio menor o de cualquier persona interesada, física, jurídica o entidad pública.

Los padres o tutores y los poderes públicos respetarán estos derechos y los protegerán frente a posibles ataques a terceros». La institución del Defensor del Menor ha conocido de los graves perjuicios sufridos por los menores como consecuencia de la revelación pública de hechos que pertenecen estrictamente a su vida privada: desde sentimientos de vergüenza y humillación al saber que todo el entorno es conocedor de un suceso, hasta cambios en sus relaciones personales, en su rendimiento escolar y en su propio equilibrio personal; interrupción y retroceso en terapias psicológicas, que pierden su efectividad ante la evocación de los hechos; cambios de colegio, estrés, etc.

A veces la invasión a la intimidad del menor se produce con motivo de la notoriedad de algún familiar, normalmente sus padres. En este sentido, el hecho de que el padre o la madre de un menor

sea una persona con popularidad, bien por su ocupación profesional, bien por sus circunstancias personales, o incluso por la divulgación en medios de comunicación de acontecimientos de su vida privada, es del todo irrelevante. Debe recordarse que la notoriedad y la fama son de los padres, no de los niños, que son sujetos distintos e independientes de sus representantes legales, con su propia esfera privada. Como consecuencia de estas intromisiones, algunos niños sufren situaciones de tensión, ansiedad, sentimientos de acoso permanente en sus actividades por la persecución de fotógrafos y cámaras de televisión, y aquellos lugares donde transcurre habitualmente su vida cotidiana, como el domicilio y el centro escolar, que deberían ser los más íntimos, seguros y confortables, se convierten para ellos en amenazantes.

No se trata de culpabilizar a los medios de comunicación, ni por supuesto obviar el valor del derecho a la libertad de información y a la libertad de expresión reconocido en el artículo 20.4 de nuestra norma fundamental, como garantía institucional de una opinión pública libre. Sin embargo, es necesario poner especial cuidado cuando se vean involucrados menores de edad en la divulgación de una noticia. Es imprescindible cuestionarse si la información o la imagen que se va a difundir es de tal relevancia pública e interés general, como para justificar todos los perjuicios que se pueden causar a los niños y, en definitiva, optar por una posición respetuosa frente a los menores, incluidos los hijos de personas con notoriedad pública que pueden resultar en un momento determinado más atractivos desde el punto de vista informativo, evitando cualquier posible presión que pueda afectar a su bienestar psíquico, tratando de apartarlos de los denominados programas del corazón o prensa rosa, especialmente en los espacios más íntimos de su vida. En definitiva, no se trata de hacer desaparecer a los niños de la vida social y mediática, de la que forman parte, sino de hacerlos visibles respetando al máximo sus derechos.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

La libertad de expresión, tal como se entiende en el espacio europeo, no permite cualquier información u opinión. Ello ha sido puesto de manifiesto en alguna ocasión por nuestro Tribunal Constitucional, al rechazar el llamado «lenguaje del odio»³⁴. Y es que, en Europa, al contrario de Norteamérica, tal como nos dice Pablo SALVADOR, no rige el principio de neutralidad del Estado ante cualquier contenido de cualquier discurso³⁵.

Y ello es trasladable al derecho a la intimidad: la libertad de expresión no legitima cualquier intromisión en la vida privada de la gente y no hay un interés público o *newsworthiness* que ampare excesos ni cotilleos innecesarios, que únicamente van destinados a vender más.

³⁴ STC, Sala I.ª, 214/1991, de 11 de noviembre. Se trata del asunto *Violeta Friedman versus León Degrelle*, en el que la primera demandó por difamación al segundo, que había negado la existencia de los crímenes nazis contra los judíos, amparando los tribunales al demandante.

³⁵ Cfr. *El derecho de la Libertad*.

A nuestro entender, la interpretación realizada por los Tribunales, y en especial por el Constitucional, de las relaciones entre derechos fundamentales, sobre todo en las sentencias más recientes, aplicando la técnica de la ponderación de intereses caso por caso, es en conjunto bastante acertada. Estamos hablando aquí de las relaciones entre los derechos a la libre expresión y el de intimidad, no de otros derechos incluidos en el amplio concepto de intimidad, en los que sí se podría poner alguna objeción a la reflexión realizada por el Tribunal.

Al fin y al cabo los distintos órganos judiciales han tenido que entrar a resolver temas que la Ley Orgánica 1/1982 o no contempla o lo hace de forma deficiente como son los de las personas públicas y privadas y el tema del interés público, por ejemplo. Y la labor es aún más destacable si nos fijamos en que, en estos temas, no había antecedentes jurisprudenciales en España y ni siquiera una doctrina relevante en otros ámbitos, como en la jurisprudencia del TEDH, que sólo ha dictado sentencias sobre difamación e intimidad en un sentido mucho más amplio, y no sobre la relación entre los medios de comunicación y las invasiones de la vida privada realizadas por éstos.

En general los derechos han sido ponderados adecuadamente, sin embargo, existe un problema que es denunciado por varios autores y es que se cambia la primacía de los derechos de la personalidad, tal como se refleja en el artículo 20.4 de la CE, y se los iguala, o incluso se les sitúa por debajo, respecto al derecho del artículo 20 del que incluso se afirma su carácter prevalente. Para corregir o «disculpar» esta mutación el Tribunal Constitucional habla de que el derecho a la intimidad no es absoluto, ya que de lo contrario se negarían otros derechos fundamentales que también merecen protección. Así:

«(...) el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho.»

Esta inversión de la Constitución, ocurrida especialmente tras la Sentencia 104/1986, es estudiada extensamente por el profesor RUIZ MIGUEL, quien nos dice al respecto que: «Cuando el Tribunal menciona el artículo 20.4 lo hace sin extraer consecuencia alguna de esa mención, debido a la mutación que ha hecho del propio precepto, vaciándolo para considerar implícitamente un simple conflicto artículo 18.1 *versus* artículo 20.1.»³⁶

Ello es debido a la influencia que la doctrina norteamericana sobre libertad de expresión ha tenido sobre los países democráticos, y también la jurisprudencia del TEDH en el mismo sentido tiene algo que ver, en cuanto se recalca frecuentemente lo importante que es para una sociedad democrática el respeto a la existencia de una expresión sin casi límites. Lo cual no significa que tal aplicación sea conforme con lo dispuesto en la Constitución.

³⁶ RUIZ MIGUEL, *La configuración (...)*, pág. 255.

Sin embargo los Tribunales españoles no han negado los derechos a la intimidad en virtud de la primacía de la libre expresión, como así ha sucedido con los tribunales norteamericanos, en relación con el *privacy tort* de revelación de hechos privados, en el que casi todo es admitido como de interés público. Y es que aunque en España se ha fijado una ponderación invirtiendo el orden de aplicación de los derechos, principalmente se ha hecho con el derecho al honor, y en lo que se refiere a la intimidad, al final, el resultado ha sido bastante razonable. También hay que señalar que no hay demasiadas sentencias de interés –todavía– y habrá que estar atento a la jurisprudencia en los próximos años. Y es que no nos debemos cansar de esperar una sentencia que represente para la intimidad algo tan importante como representó por ejemplo para la difamación en los Estados Unidos la del caso *New York Times versus Sullivan*.

Aun así, comparando nuestra jurisprudencia con la norteamericana y nuestra situación con la de otros Estados, en el que prácticamente no hay remedios contra las intromisiones en la intimidad, reiteramos nuestra idea de que la situación es, sin duda relativamente aceptable, con la única excepción derivada del hecho de que el resultado final de una invasión de intimidad vienen siendo unas indemnizaciones, que no compensan adecuadamente a las víctimas de las mismas. Sin necesidad de señalar indemnizaciones ejemplares, sí debería utilizarse mejor el derecho de daños para compensar a las personas que han sido objeto de intromisiones ilegítimas, sin que ello vaya a suponer un ataque a la libertad de información, que está suficientemente asentada y protegida en nuestra cultura, especialmente cuando se ejerce correctamente.

5. BIBLIOGRAFÍA

- CABEZUELO ARENAS, A.L.: *Derecho a la intimidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.
- DELGADO PIQUERAS, F.: «De nuevo sobre el derecho a la intimidad personal y familiar de los famosos y la libertad de información (La STC 197/1991, de 17 de octubre)», *REDC*, núm. 36, 1992, págs. 269 y ss.
- FAYOS GARDÓ A.: *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*. CEPC, Madrid, 2000.
- GARCÍA GARCÍA, C.: *El derecho a la intimidad y la dignidad en la doctrina del Tribunal Constitucional*, Universidad de Murcia, 2003.
- HERRERO TEJEDOR, F.: *La intimidad como derecho fundamental*. Colex, Madrid, 1998.
- MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, J.: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Civitas, Madrid, 1993.
- MEDINA GUERRERO, M.: *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- PAREJO ALFONSO, L.: «El derecho fundamental a la intimidad y sus restricciones», *Perfiles del derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, págs. 13 y ss.
- RUIZ MIGUEL, C.: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.

- SOLAZÁBAL ECHEVARRÍA, J.J.: «Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos», *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 2, 1990.
- TENORIO, PEDRO J./ FERNÁNDEZ MIRANDA, C.: *El derecho de la información*, Estudios de la UNED, Madrid. 2001.
- TORRES-DULCE LIFANTE, E. (dir): *Derecho al honor; a la intimidad y a la propia imagen II*, CGPJ, Madrid, 1999.
- URABAYEN, M.: *Vida privada e información. Un conflicto permanente*. Eunsa. Pamplona, 1977.