

INTIMIDAD, IMAGEN Y HONOR FRENTE A LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Doctora en Derecho. Abogada. Miembro de la Asociación española de abogados de familia

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, don Luis BARDAJÍ MUÑOZ, don Casto PÁRAMO DE SANTIAGO, doña Nazareth PÉREZ DE CASTRO, don Juan SÁNCHEZ CALERO GUILARTE y don Antonio TAPIA HERMIDA.

Extracto:

LA colisión entre el derecho a la intimidad, el honor y la imagen con las libertades de expresión e información es, sin lugar a dudas, uno de los temas más complejos y delicados que tiene planteados, en hoy en día, nuestra sociedad. No se puede abdicar de los derechos de la personalidad, de los derechos fundamentales del ser humano, en aras de unas pretendidas libertades de expresión e información que sean merecedoras del respeto de toda persona, pero que colisionen, erosionando los inherentes, derechos a la intimidad, honor e imagen. Este conflicto ha de ser resuelto caso por caso, al ser muy casuística la enumeración de los supuestos que, en la práctica pueden presentarse. Hay que entender que, siempre que la información sea veraz, revista interés público y no haya sido obtenida empleando medios denigrantes o manipuladores de la personalidad y de la dignidad que todo ser humano merece por el hecho de serlo, será prevalente el derecho a la libertad de información.

Palabras clave: derecho a la intimidad, derecho al honor, derecho a la imagen, libertad de expresión, derecho de información.

Sumario

1. Introducción al tema.
2. La intimidad privada: problemática jurídica.
 - 2.1. Intimidad y secreto.
 - 2.2. Derecho al secreto de la correspondencia epistolar.
 - 2.3. Menores de edad y derecho al secreto de la correspondencia epistolar.
3. El derecho a la imagen: su relación con el derecho a la intimidad y sus diferencias: problemática jurídica.
4. La intimidad personal y familiar y su ámbito de protección.
5. Libertad de expresión y libertad de información: su colisión con los derechos a la intimidad y a la imagen. Referencia al derecho al honor.
 - 5.1. La libertad de expresión.
 - 5.2. La libertad de expresión y el derecho al honor.
 - 5.3. La libertad de expresión y el derecho a la propia imagen.
 - 5.4. Libertad de información, libertad de expresión y derechos fundamentales.
 - 5.5. Libertades de expresión e información y derecho al honor.
 - 5.6. Derecho a la información y derecho a la intimidad.
6. La veracidad de la información y el derecho a la intimidad.

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA

Ciertos Derechos fundamentales, reconocidos y protegidos por nuestra Constitución de 1978, son especialmente vulnerables. Esta vulnerabilidad se acentúa, en determinados supuestos, cuando los titulares de los mismos son los menores de edad, o los personajes públicos, como artistas, escritores más o menos famosos, actores y actrices cinematográficos, políticos, etc.

Hay que tener en cuenta que los menores de edad han de ser objeto de especial protección jurídica, todo ello en aras del beneficio o interés de los mismos. Pero, por lo que respecta a los personajes públicos, a las personas famosas —a veces, el calificativo de «famosa» es dudoso—, la problemática se plantea intentando mantener un equilibrio, siempre precario, fundado en la distinción, más o menos segura, de lo que pertenece estrictamente al ámbito o marco de lo privado, y del marco, por otro lado, de lo estrictamente público, que concierne, como no podía ser menos, a la sociedad.

Hay que comenzar, en cualquier caso, elaborando conceptos y definiciones, por más que, a veces, sea muy complejo establecer una definición de un derecho, e ir avanzando, posteriormente, en la delimitación de esos derechos, como la intimidad, el honor o la imagen, referidos a los menores de edad y a las personas famosas.

2. LA INTIMIDAD PRIVADA: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Uno de los bienes, o derechos, lesionados por la falta de respeto a la libertad y dignidad de la persona humana es, precisamente, su intimidad privada, amenazada, hoy en día, por la técnica, por los medios de comunicación social, por una prensa cada vez más ávida de noticias, al servicio, en muchas ocasiones, de la mera curiosidad malsana.

Habría que preguntarse, y plantearse seriamente, qué es la intimidad de una persona, en qué consiste este derecho.

En primer lugar, hay que resaltar que el calificativo de «íntimo» lo podemos aplicar al pensamiento o a la conciencia, a aquello que hemos guardado, o reservado interiormente, sin comunicar a nadie.

Naturalmente, también se puede aplicar a la vida familiar, que se desarrolla en un clima de confianza donde se comparten los mismos problemas y en donde tiene cabida un número reducido de personas. Igualmente, puede aplicarse a las amistades de la persona, así como a su profesión.

Pero, en líneas generales, para intentar una aproximación al concepto de intimidad, se puede comenzar tomando como referencia algunas definiciones aportadas por juristas de reconocido prestigio en esta materia. De este modo, NERSON, por ejemplo ¹, definía la intimidad como un sector personal reservado, a fin de hacer inaccesible al público, sin la voluntad del interesado, eso que constituye lo esencial de la personalidad.

J. CARBONNIER, por su parte ², se refería al derecho del individuo de tener una esfera secreta de vida, de la que tenga el poder de alejar a los demás.

Para PUGLIESE ³, el derecho a la intimidad es el tener lejos de la esfera secreta del ser humano ojos y oídos indiscretos.

Para DE CUPIS ⁴, consiste en la exclusión del conocimiento ajeno de cuanto hace referencia a la propia persona, o también como la necesidad consistente en la exigencia de aislamiento moral, de no comunicación externa de cuanto concierne a la persona individual.

LUCIEN MARTÍN afirmaba que la vida privada –no hace alusión al término «intimidad»– es la vida familiar, personal, del ser humano, su vida interior, espiritual, la que lleva cuando vive detrás de su puerta cerrada ⁵.

BALDASARRE precisaba que el derecho a la intimidad es la postulación de la tutela jurídica de la interioridad, entendida no como algo cerrado en sí mismo y de inmediato, sino concebida como trascendente, como referencia a su poder-ser, o sea, como relación de la libre actuación con su posibilidad constitutiva última, de la libertad pública con su proceso de decisión privado. La intimidad asume, así, un significado de garantías dirigidas a preservar el ejercicio virtual de las libertades públicas y los derechos públicos, que encuentran, precisamente, en la intimidad el fundamento relativo a la fase de latencia o potencialidad lógica ⁶.

¹ NERSON: «La protection de la vie privée en droit positif français», en *Revista Internacional de Derecho Comparado*, octubre-diciembre, 1971.

² CARBONNIER: *Droit Civil*, 1965.

³ PUGLIESE: «Il diritto alla riservatezza e la indiscrezioni cinematografiche», en *Foro italiano*, 1954.

⁴ DE CUPIS, Adriano: *I diritti alla personalita*, Milano, 1959.

⁵ LUCIEN MARTÍN: «Le secret de la vie privée», en *Revista trimestral de Derecho Civil*, 1959.

⁶ BALDASARRE: *Privacy e costituzioni*.

Como ya puse de relieve en otra ocasión, hace años ⁷, BALDASARRE intentaba una definición de la intimidad a través de unos lazos estrechos, entre los que constituye, de un lado, la vida privada de una persona y, de otro, su devenir en la vida pública, de cara a la sociedad, asumiendo en ella el derecho a la intimidad, como tal, un significado garantizador del mejor desenvolvimiento de los derechos públicos. La intimidad de la persona, vendría, de este modo, a abrazar en su seno aquello que precisamente constituya vida pública, aislando de este sector de la vida lo que, razonablemente, a la persona le parezca oportuno ⁸. En otras palabras, será vida privada, con su correlativo y consiguiente derecho a la intimidad, aquello que el ser humano decida que lo es. Ningún poder público tendrá que delimitar esa esfera, aunque sí habrá que poner unos límites, más o menos amplios, más o menos precisos, a efectos jurídicos, ya que es evidente que el poder de los medios de comunicación social es un hecho patente en la actualidad.

Ya en Norteamérica, en 1890, en concreto, WARREN y BRANDEIS realizaron la primera formulación del derecho a la intimidad, publicando la teoría del *right to privacy*, con la clara intención de esbozar el derecho a gozar de la vida, o sea, en otras palabras más expresivas, el derecho a estar solo/a, en soledad y gozar de la vida según la persona quisiera, libre y voluntariamente ⁹.

Allan F. WESTIN no se refiere a la intimidad, sino a la vida privada, definiendo esta como el retiro voluntario o temporal de una persona que se aísla de la sociedad por medios físicos o psicológicos, sea para buscar la soledad, o la intimidad de un pequeño grupo, sea porque se encuentre, dentro de grupos más importantes, en situación de anonimato o de reserva ¹⁰.

Este último autor, con su intento de descripción, nos ilustra acerca de los factores psicológicos y fácticos del hecho de la vida privada, si bien no define qué comprende la vida privada, por lo que resulta inevitable seguir profundizando en el tema.

Hay autores que no aluden, como ha quedado reseñado anteriormente, a la intimidad, sino que prefieren referirse a la vida privada, o, en otras ocasiones, al derecho de reserva, como la pretensión de la persona de ver impedida la curiosidad de otras personas, prohibiéndose la indiscreción y la publicidad no deseada, el conocimiento y la divulgación de las vicisitudes personales y familiares. Así lo hace RESCIGNO ¹¹.

Es interesante esta última tesis citada, ya que pone el énfasis, el acento principal es algo muy importante: el consentimiento, o ausencia del consentimiento, del titular de la intimidad, otorgándole, sin embargo, un alcance meramente subjetivo, y no objetivo. En cualquier caso, esta tesis deja en el aire algunos problemas, como, por ejemplo, la revocación del consentimiento por el titular de la

⁷ ROMERO COLOMA, Aurelia María: *Los derechos al honor y a la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Serlipost Ediciones, Barcelona, 1991.

⁸ BALDASARRE: obra citada en nota 6.

⁹ WARREN Y BRANDEIS: «The right of privacy», en *Harvard Law Review*, volumen 94, junio 1981.

¹⁰ WESTIN, Allan: *Privacy and freedom*, New York, 1976.

¹¹ RESCIGNO: *Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penale*, Milano, 1970.

intimidad y los supuestos en los que los medios de comunicación social quebrantan esa cesión de parcelas de la intimidad de la persona.

En la doctrina española, DÍEZ PICAZO sostenía el argumento de la protección de la confianza suscitada en los terceros, de modo que pensaba que el que tolera intromisiones en su vida privada de forma habitual, más o menos sistemáticamente, suscitando en los terceros la confianza razonable en una determinada configuración personal de su esfera íntima, no puede, más tarde, con posterioridad, sorprenderse exigiendo un respeto como si aquella esfera fuera distinta ¹².

A mi juicio, la tesis de DÍEZ PICAZO es válida, pero hay que matizarla con detalle. En todo caso, la protección de la confianza tiende a evitar el perjuicio de terceros ante cambios o modificaciones bruscas, y sin motivo razonable, en la configuración y el marco personal de la intimidad, pero, obviamente, ello no puede legitimar las intromisiones cuando, con su conducta, la persona en cuestión ya ha demostrado tener otra esfera íntima y reservada. Es decir, la libertad de cada persona debe presidir estos comportamientos, estas actitudes. Una persona es libre de divulgar, o hacer divulgar, su intimidad, o determinadas facetas, o aspectos de ésta, a otras, si así lo desea, o no le importa. Pero, más tarde, no podrá ir contra sus propios actos, pero, naturalmente, de cara al pasado, al consentimiento que ha otorgado tácita o explícitamente sobre su intimidad. De cara al futuro, podrá, como es lógico, y en aras del respeto a la libertad individual y personal, revocar esos consentimientos. De admitir lo contrario, estaríamos negando la libertad de cada persona y su derecho a revocar, en un momento dado, los consentimientos prestados en su día. Este factor es, como puede fácilmente comprenderse, muy importante a la hora de analizar el derecho a la intimidad de las personas famosas, de los personajes más o menos públicos y que gozan de cierta relevancia social.

En la doctrina española, BATLLE SALES configuró la intimidad de la persona como todo aquello que le es propio y exclusivo –o excluyente, a mi juicio–, en cuyo uso y ejercicio se afirma en su propiedad y exclusividad, al mismo tiempo que se manifiesta como persona y como tal sujeto de derechos ¹³. Es interesante destacar que esta jurista analiza el concepto de «intimidad». Cuando pensamos en nuestra intimidad, consideramos nuestro pensamiento, sentimientos, afectos, actividades realizadas en un ámbito reducido (o cerrado, al margen de ojos y oídos indiscretos); son los ámbitos familiar, amistoso, profesional, con una libertad mayor según la calidad de las personas que incluimos en este concepto.

Según la tesis de IGLESIAS CUBRIA ¹⁴, lo íntimo es lo reservado de cada persona, o que lícitamente se puede sustraer al conocimiento de otros, variando, a juicio de este jurista, los límites entre el interés público y la vida íntima según las circunstancias de lugar y tiempo.

BAJO FERNÁNDEZ explica el concepto de intimidad entendiendo que es el ámbito personal donde cada uno, preservado del mundo exterior, encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de su

¹² DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: *Sistema de Derecho Civil*, Madrid, 1984.

¹³ BATLLE SALES, Georgina: *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Alcoy, 1972.

¹⁴ IGLESIAS CUBRIA: *El derecho a la intimidad*, Oviedo, 1970.

personalidad. Es, por tanto, un ámbito personal reservado y sustraído a la curiosidad pública, absolutamente necesario para el desarrollo humano y donde enraiza la personalidad ¹⁵.

ALBALADEJO estimaba que la intimidad era el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, poder que le permite excluir a los extraños de entrometarse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado ¹⁶.

Para Aurora GARCÍA VITORIA ¹⁷, lo privado es el reducto personal más alejado y recóndito del individuo y al que nadie tiene acceso generalmente; es íntimo, es decir, privativo o concerniente a él solo (a la persona), pero no siempre, pues cabe que en ese mundo privativo participen otras personas elegidas, entrañando su admisión en que «ese algo del sujeto» ya no sea privado, pero sí íntimo. Así, lo privado es particular, individual. Lo íntimo puede, en cambio, ser reducido, pero no es necesariamente excluyente. Por tanto, será el número de sujetos implicados uno de los factores que otorga el carácter de privado o íntimo a algo.

Esta jurista diferencia, como puede observarse, dos ámbitos, ambos reservados: lo íntimo, de un lado, y lo privado, del otro. Dentro del marco de lo íntimo, da cabida no solo al sujeto que preserve su intimidad, sino a otras personas, siempre en número reducido, según la libertad del sujeto en cuestión. Pero, el ámbito de lo privado lo considera excluyente de modo absoluto. En otras palabras; la diferencia entre lo íntimo y lo privado, a juicio de esta autora, es la reserva absoluta del mundo exterior que supone lo privado, frente a la admisión de algunos sujetos extraños en el marco de lo íntimo. Distinción sutil, pero interesante, en todo caso, la que realiza esta jurista.

Para Adoración DE MIGUEL ¹⁸, la intimidad no es simplemente la ausencia de información sobre cada persona en la mente de los demás, de los terceros, sino más bien el control que podemos ejercer sobre nuestra propia información personal.

Desde mi punto de vista, la intimidad, que, como puede observarse, ha sido definida y descrita por muchos autores, tanto en nuestro país como fuera del mismo, no es tal –en una versión negativa– por el hecho de mantener en reserva una serie de circunstancias, ya que toda persona puede elegir, de entre su círculo familiar, amistoso y profesional, a otra u otras personas, a efectos de que participen de esta intimidad del sujeto afectado. En consecuencia, en la intimidad y en su marco, o ámbito, está siempre presente el factor electivo, o sea, la posibilidad de que el titular de ese fundamental derecho lo comparta, lo haga partícipe, deje entrar en esa parcela a aquellas personas previamente elegidas libre y voluntariamente.

¹⁵ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel: «Protección del honor y de la intimidad», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Derecho Penal y Constitución, Edersa, Madrid, 1982.

¹⁶ ALBALADEJO, Manuel: *Derecho Civil*, Barcelona.

¹⁷ GARCÍA VITORIA, Aurora: *El derecho a la intimidad en el Código Penal y en la Constitución Española de 1978*, Aranzadi, Pamplona, 1983.

¹⁸ DE MIGUEL, Adoración: «El derecho a la intimidad frente al derecho a la información», en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, Madrid, 1983.

Por eso, hay que resaltar que la intimidad se configura como un derecho a vivir en soledad aquella parte de nuestra existencia que no deseamos compartir con los terceros, bien sea con la sociedad que nos rodea, con el mundo que nos circunda, o bien con una parte de ese mundo y de esa sociedad.

Cuando el derecho a la intimidad se comparte con algunas personas (o con una sola), con aquellas personas a las que, por afinidad, o por razones familiares, amistosas, afectivas o de otra índole (sexual, sentimental, por afinidad de caracteres, gustos y/o aficiones), no por ello la intimidad se ha perdido, ni, correlativamente, el derecho, ya que legitimado para disponer de este es la persona física, titular del mismo, mayor de edad y que no esté incurso en alguna causa de incapacitación. Naturalmente, sobre el tema de los menores de edad hay que volver más adelante con mucho mayor detenimiento. Pero ahora lo que interesa destacar es que el consentimiento para disponer del derecho a la intimidad (o de algunas parcelas o facetas del mismo) será válido, siempre que la persona sea mayor de dieciocho años y no esté incurso en causa de incapacidad.

Estas premisas nos llevan a intentar considerar ahora el concepto o noción de «secreto», cuestión que abordo a continuación.

2.1. Intimidad y secreto.

El Diccionario de la Real Academia Española dice que, en su acepción vulgar, secreto es «lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto».

Desde el punto de vista jurídico, «es un hecho que se quiere tener escondido, por considerar que su conocimiento podría dañar a alguien». Se contempla, aquí, la nota principal que caracteriza al secreto: la ocultación. Pero se olvida, o se echa de menos, una característica definitoria de todo secreto: la relación, el ser un típico concepto relacional. Esto es así porque el secreto, efectivamente, implica, y se refiere, a la ocultación de algo, pero dicha ocultación se ha de realizar respecto de un círculo más o menos amplio de personas, suponiendo una limitación a la cognoscibilidad ajena, porque no es posible estructurar ni concebir un secreto en relación con la persona de su titular, ni tampoco traduce una cualidad intrínseca de lo que constituye su objeto, sino que hace referencia a una comunicación, o no comunicación. Si el secreto se comparte con otra persona, o con otras, deviene entonces su carácter íntimo, mientras que, si no hay comunicación de ningún tipo, conserva la cualidad de secreto.

DE CASTRO resumía muy claramente estos aspectos y distinguía, a un tiempo, diferentes zonas de la vida personal en las que el respeto debido a la intimidad tenía más o menos fuerza. Así, el eminente jurista diferenciaba lo siguiente: a) zona pública, que es la que corresponde a la actuación y responsabilidad de las personas públicas en cuanto a su obrar; b) zona privada, referida a los actos de las personas no públicas en lo que no afecta a su actuación como tal, y que comprende la vida familiar, las relaciones de amistad, etc.; y c) esfera secreta, o confidencial, que será la que, por lo general, se quiere ocultar a la curiosidad ajena ¹⁹.

¹⁹ DE CASTRO, Federico: «Los llamados derechos de la personalidad», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1959.

Próxima a la tesis mantenida por el jurista español citado se encuentra la teoría alemana de las esferas o de los círculos concéntricos, que distingue entre la esfera privada, la esfera confidencial y, por fin, la esfera del secreto. Todos los círculos constituidos por ellas son cada vez más reducidos y, en consecuencia, también lo son el número de personas llamadas a participar en las respectivas materias a las que se refieren ²⁰.

De todas formas, hay que poner de relieve que todas las esferas se comunican, o intercomunican entre sí, de modo que más bien se trata de una espiral en la que, siempre por medio del consentimiento del titular, los componentes de la zona del secreto pueden pasar a formar parte de las relaciones de confianza, o bien de ésta a la esfera privada, tal como pudo de manifiesto Fermín MORALES PRATS ²¹.

El fundamento de los secretos que afectan, de manera directa, a la persona deriva de la propia naturaleza humana, por la exigencia de que esta sea reconocida en su intimidad, repeliendo, así, los ataques que en el marco de las relaciones sociales pudieran producirse contra sus derechos de la personalidad.

Como fácilmente puede comprenderse, el secreto, en cuanto derecho de la persona, puede tener diversas y variadas facetas: secreto al derecho de la correspondencia epistolar; derecho a la confidencialidad de datos médicos —el paciente es el titular de ese derecho—; derecho a la confidencialidad de comunicaciones entre abogado y cliente, etc.

Por su importancia e interés en el plano tanto jurídico como social, voy a detenerme en estos aspectos del secreto, incidiendo en la trascendencia que revisten cuando sus titulares son menores de edad.

2.2. Derecho al secreto de la correspondencia epistolar.

No cabe duda que la correspondencia epistolar —hoy en día no tan frecuente ya, debido a la informática y a los medios electrónicos de mensajería—, se configura como un vehículo normal de las relaciones entre personas ausentes.

La correspondencia ofrece diversos cauces: telefónica, telegráfica, etc. Pero aquí voy a detenerme en la epistolar. Una modalidad de la correspondencia epistolar podría ser la tarjeta postal, pero hay que excluirla, porque el artículo 20 del Reglamento de Correos la señala como «expedidas al descubierto», con lo cual ya no es factible hablar de secreto.

²⁰ CABEZUELO ARENAS recoge la tesis de Habmann y Henkel en *Derecho a la intimidad*, ediciones Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

²¹ MORALES PRATS, Fermín: *La tutela penal de la intimidad. Privacy e informática*, Barcelona, 1984.

Voy a dirigir mi atención a las cartas, considerando como tales «aquellos papeles escritos y ordinariamente cerrados que una persona envía a otra para comunicarle alguna cosa». La definición es de CASARES²². Quedan fuera de estudio ahora la correspondencia oficial, o sea, la cruzada entre funcionarios por razón de su cargo, que procede de un órgano público y se dirige también a otro órgano público. Queda, asimismo, fuera de este estudio la carta anónima, que no se cruza entre personas determinadas y que, en consecuencia, no puede atribuirse derechos de autor, y la carta abierta, que está destinada a la publicación, como lo es, por ejemplo, el apartado de «cartas al director» de un periódico, o revista.

En cambio, sí se incluye aquí la correspondencia urgente, la certificada y la expedida por correo aéreo.

Lo primero que hay que decir sobre este tema es que algún sector doctrinal niega, y rechaza, que exista un derecho al secreto de la correspondencia, estimando, no obstante, que sí cabe un derecho de autor sobre cartas y, en ciertos casos, su publicación puede significar un daño intencional contrario a las buenas costumbres²³.

NERSON concebía el secreto no como un derecho, sino como una simple facultad²⁴.

En la doctrina española, MARTÍN BALLESTERO dudaba de la existencia del derecho al secreto, afirmando que «de derecho al secreto, o al honor, ya sería más discutible hablar y sus acciones más improbables»²⁵.

Muchos autores, sin embargo, hablan del derecho al secreto de la correspondencia, como GENY y DE CUPIS²⁶.

Desde mi punto de vista, yo creo que, en la actualidad, nadie duda de la existencia de un derecho al secreto de la correspondencia epistolar, con su consiguiente inviolabilidad. La intromisión en la correspondencia ajena, la sustracción de las cartas, o su publicación incontestada por el titular, integran conductas ilícitas que pueden originar consecuencias jurídicas de naturaleza civil o incluso penal. Por tanto, existe un derecho que puede ser violado por determinadas conductas, un derecho que hay que proteger y no solo reconocer. Tanto la intervención como la divulgación de la correspondencia epistolar son hechos que, con frecuencia, lesionan la intimidad personal de la persona afectada.

Hay que plantear qué sentido tiene, o cuál es el fundamento que existe para basar el derecho al secreto de la correspondencia epistolar. Según RIERA²⁷, se trata de construir un fundamento sobre la idea de un pacto presunto, o de un contrato presunto.

²² CASARES: *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, Gustavo Gili, 1957.

²³ ENNECERUS: *Derecho Civil, parte general*, tomo I, Barcelona, 1934.

²⁴ NERSON, Roger: *Les droits extrapatrimoniaux*, Lyon, 1939.

²⁵ MARTÍN BALLESTERO: *Conferencia pronunciada sobre el tema: la persona humana y su entorno*.

²⁶ DE CUPIS, Adriano: obra citada en nota 4.

²⁷ RIERA: *Voz «Carta»*, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo III, 1951.

Algunas sentencias francesas basan el fundamento en una copropiedad entre los interesados en la correspondencia, o la idea de un depósito en manos del destinatario.

La tesis del pacto, o contrato, presunto no convence, por cuanto implica una especie de condición tácita entre el remitente de la carta y el destinatario, condición esta que, probablemente, el destinatario nunca tuvo intención de hacer suya. El papel del destinatario en la recepción de la carta es meramente pasivo. Incluso, cabría entender que el destinatario pueda tener un interés contrario al secreto, es decir, que desee divulgar la carta a terceras personas.

Por estas razones, conviene centrar el derecho al secreto de la correspondencia epistolar en la voluntad presumible del remitente. Por lo general, cabe entender que quien escribe una carta, salvo determinadas excepciones, no desea que sea leída por otra persona fuera del destinatario. El autor de la carta deja, de alguna forma, parte de su personalidad, de su intimidad, en ella. Las manifestaciones, expresiones y sentimientos –también, quizás, pensamientos–. Hay, evidentemente, dos intereses que pueden ser opuestos: de un lado, el derecho a la intimidad de la persona que ha escrito la carta, sea cual sea su contenido, y ello en aras de la reserva y de la integridad moral de esa persona. De otro lado, el derecho a la intimidad del destinatario de la carta, que, quizás, también pueda ver comprometido su derecho a la intimidad si la carta cae en manos de terceras personas ajenas a la relación que mantenga con el remitente.

Hay que poner de relieve, además, que muchas cartas no hubieran salido de la pluma de su autor si este hubiera sospechado que, más pronto o más tarde, iban a ser objeto de la lectura y crítica de terceros.

JOSSERAND afirmaba que hay que relacionar el tema de la protección al secreto de la correspondencia con la tesis del abuso del derecho, porque «una carta confidencial no está destinada a ser divulgada y, haciendo conocer su contenido al público, el destinatario desvía de su fin el derecho que le pertenece, haciendo un mal uso de él. Abusa de él, a menos que pueda apelar a un interés, serio y legítimo»²⁸. A mi juicio, ese interés al que se refiere JOSSERAND, además de ser serio y legítimo, debería ser un interés superior, es decir, un interés más importante que el generado por el derecho a la reserva de la carta.

El derecho a la reserva de las cartas es un aspecto del derecho a la intimidad moral. Es un reflejo, lógico, del derecho a la expresión libre y voluntaria de los sentimientos de la persona, expresados por escrito.

QUINTANO RIPOLLÉS configuraba este derecho como un derecho individual²⁹.

Nuestra jurisprudencia configuró el derecho al secreto de la correspondencia epistolar como «uno de los derechos individuales». Así lo declararon las Sentencias, antiquísimas, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1884 y 7 de enero de 1904.

²⁸ JOSSERAND: *Cours de Droit Civil positif français*, tomo I, París, 1.930.

²⁹ QUINTANO RIPOLLÉS, A.: *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1989.

Desde otro punto de vista, pero enlazado también con el derecho a la intimidad, hay que tener en cuenta que la correspondencia epistolar puede dar origen a un derecho de propiedad material de la carta atribuido al destinatario, desde el momento en que recibe esta, y a un derecho intelectual de autor reconocido al remitente, si la carta ofrece un valor científico, artístico o literario. Aunque se trata, en estos supuestos, de derechos distintos al de secreto, hay que reconocer que están, de alguna manera, enlazados entre sí.

Para DE CUPIS³⁰, en la doctrina italiana, el derecho al secreto de la correspondencia se articula en un doble aspecto –dos facetas–: el aspecto público, y el aspecto privado, provisto de las adecuadas sanciones, reforzado con poder individual, flanqueado por el derecho a la libertad de la correspondencia, constituyendo una vigorosa afirmación positiva del derecho de la persona.

Desde mi punto de vista, el derecho al secreto que ostenta el autor de la carta –es decir, el remitente– le corresponde desde el mismo momento de escribirla, es decir, antes de la remisión de la misiva, porque la presunción de reserva existe desde este momento y no se extingue, desde luego, por el hecho de la recepción de la carta por su destinatario. Este último no debe proceder a la divulgación o publicación de la carta sin contar con el consentimiento de su autor.

En la doctrina italiana, DE CUPIS va incluso más allá, afirmando que tampoco el remitente debe publicar o divulgar la carta sin que, previamente, lo consienta el destinatario.

Esta última tesis me parece, sin lugar a dudas, la más acertada y la que otorga mayor protección al derecho a la reserva y a los secretos que, en su caso, la carta pudiera contener. No hay que olvidar que la difusión del contenido de la carta puede atentar a la integridad moral, o a la intimidad del destinatario, el cual tiene, por supuesto, un derecho a la reserva digno de protección. Pensemos en el supuesto, frecuente por otra parte, en que en una carta se hace referencia, o se alude más o menos expresamente, a asuntos privados concernientes al destinatario. La divulgación de una carta de este tipo, sin duda, viola o transgrede gravemente el derecho a la intimidad.

Un paso más allá cabría dar sosteniendo incluso el derecho al secreto de la correspondencia con relación a los terceros, ya que, en la carta, el remitente puede dar información al destinatario acerca de la conducta de un tercero, o relatar hechos privados concernientes a una tercera persona. Su divulgación posterior lesionaría el derecho a la intimidad de esas terceras personas mencionadas en la misiva.

CASTÁN VÁZQUEZ se refería a este tema, complejo y delicado, afirmando que también el tercero, si es aludido en la misiva, tiene un interés a la reserva que hay que proteger, al menos en principio³¹.

El objeto del derecho al secreto de la correspondencia es la reserva del contenido de la carta. Se trata, por tanto, de proteger la intimidad de la persona, que es uno de sus derechos fundamentales,

³⁰ DE CUPIS, Adriano: obra citada en nota 4.

³¹ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: «El derecho al secreto de la correspondencia epistolar», en *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1960.

y un bien moral. El derecho de autor del remitente recae sobre el contenido intelectual de la carta, siendo el objeto un bien inmaterial extraño a la persona. El derecho de propiedad del destinatario recae sobre la misma carta como bien mueble, siendo el objeto un bien material también extraño a la persona. El derecho al secreto, en cambio, recae sobre un bien que es la reserva de la persona misma.

Atenta contra el derecho al secreto la publicación no autorizada de la carta. Atenta, asimismo, la divulgación sin publicación de su contenido, y toda toma de conocimiento del escrito llevada a cabo sin autorización por persona que no esté legítimamente facultada para tener acceso a la correspondencia.

El atentado al secreto puede implicar, igualmente, un atentado al derecho de autor si la carta se publica sin consentimiento de este, teniendo la misiva un carácter literario. Pero también puede ser que lesione el derecho al secreto, sin vulnerar un derecho de autor que no existe si la carta carece de valor literario o científico.

Hechas estas consideraciones, parece oportuno abordar ya el tema de los menores de edad y la correspondencia epistolar.

2.3. Menores de edad y derecho al secreto de la correspondencia epistolar.

Son los supuestos en los que la correspondencia epistolar de una persona no debe permanecer en secreto para otra que ejerce una función de las que el Derecho de Familia atribuye.

En la doctrina italiana, CRESPI matizaba afirmando que existen potestades familiares que entrañan, en base a su propia naturaleza y a su propio fin, un poder de vigilancia, que comprende, a su vez, un poder de control sobre la correspondencia del sujeto subordinado o tutelado ³².

Se trata, en definitiva, de excepciones al derecho de secreto de la correspondencia del sujeto protegido, en beneficio del ejercicio de una función.

Desde el punto de vista histórico y evolutivo, se admite la facultad que tienen los progenitores de intervenir la correspondencia de sus hijos menores de edad no emancipados y sometidos a patria potestad.

En nuestro Código Civil, no se atribuye a los padres la facultad de intervenir la correspondencia epistolar de sus hijos. El anterior Código Penal establecía la irresponsabilidad de los progenitores que se apoderasen de cartas o papeles de los hijos sometidos a la patria potestad. Así lo establecía el artículo 497.3. El actual Código Penal guarda silencio sobre esta materia. Sin embargo, hay que entender que los progenitores que ostentan la patria potestad sobre sus hijos están facultados, de alguna manera, sobre todo si estos son menores de dieciséis años, para abrir la correspondencia epis-

³² CRESPI: *La tutela penal del secreto*, Palermo, 1952.

tolar de estos, o sus mensajes por correo electrónico, en aras de la salvaguarda del interés y beneficio de los menores. Más allá de la edad de dieciséis años, no parece que pudiera admitirse la apertura, no consentida por el menor, de su correspondencia, ni de sus mensajes de correo electrónico.

Por lo que respecta al tutor, cabe, asimismo, ampararse en una excusa absolutoria y su fundamento, en todo caso, es el mismo que ya ha sido citado anteriormente: la protección, o vigilancia, del sujeto sometido a tutela y, en definitiva, su interés o beneficio.

La doctrina ha reconocido también a ciertas personas un derecho a intervenir la correspondencia de otras que están, respecto de las primeras, en una situación de dependencia o de protección, análoga, en cierto sentido, a la de las personas sometidas a patria potestad o a tutela. Me refiero a los directores de centros psiquiátricos.

Del mismo modo, se ha afirmado que los maestros y preceptores tenían derecho no solo a interceptar la correspondencia dirigida o recibida por sus alumnos menores no emancipados, sino incluso a enterarse de su contenido, lo cual me parece absolutamente inadmisibles en la actualidad.

CASTÁN VÁZQUEZ afirmaba que esta excepción al secreto de la correspondencia era admisible siempre que se tratara de alumnos menores no emancipados respecto de los cuales el profesor puede considerarse como un representante del progenitor, porque, aunque no ostente la patria potestad, colabora en la función educativa de los alumnos³³.

Esta postura del ilustre jurista, al día de hoy, es absolutamente inadmisibles. Bajo ningún concepto, desde mi punto de vista, puede asimilarse la función del progenitor con la función desempeñada, por muy meritoria que sea, por el maestro o profesor. El menor de edad, de admitirse esta tesis anteriormente citada, quedaría sometido no ya solamente a la fiscalización de su correspondencia por parte del padre y de la madre, sino también a la transgresión de su vida íntima por parte de personas que, en modo alguno, ostentan la patria potestad, sino que exclusivamente cumplen funciones educativas, pedagógicas y de formación. De admitirse, por tanto, esta facultad, estaríamos ante un verdadero abuso de derecho.

La Ley Orgánica de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de 5 de mayo de 1982, tipificó claramente el ámbito de las intromisiones ilegítimas. Por lo que respecta al tema que estoy analizando ahora, hay que citar el artículo 7.3 de esta ley: «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, publicación del contenido de cartas –se incluyen aquí, naturalmente, los mensajes de correo electrónico (e-mails)–, memorias y otros escritos de carácter íntimo».

Por su parte, la Convención de los Derechos del Niño de 1989 reconoce, por primera vez, de manera directa la titularidad de derechos civiles y políticos a los menores de dieciocho años. Dicho Convenio Internacional, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 20 de noviem-

³³ CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.: artículo citado en nota 31.

bre de 1989, y ratificado por el Estado español un año después, reconoce, en su artículo 16, el derecho a todo niño/a a no ser objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.

La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, incorpora a la normativa española la nueva sensibilidad hacia el mundo de la infancia que, ya a nivel internacional, había implantado la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. Se integra en el mismo la corriente legislativa que tiene como base un mayor reconocimiento del papel que los menores desarrollan en la sociedad actual, con el fin último de consagrar el interés superior de los mismos. Ya no se considera que el menor sea un objeto pasivo de protección, sino que se tiene al pleno reconocimiento de la titularidad de sus derechos y de una capacidad progresiva para ejercerlos. Los menores pasan a ser considerados como verdaderos sujetos de derecho. Con esta filosofía, según Isaac RAVETLLAT BALLESTÉ³⁴, se pretende que los menores puedan construir progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro.

Esta Ley Orgánica establece una serie amplia de derecho de los que son titulares todos los menores de edad (Título I), de los que cabe citar, precisamente, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, comprendiendo, asimismo, la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como el secreto de las comunicaciones.

A nivel constitucional, el artículo 18.3 de la Carta Magna establece que «se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial».

Con relación a las comunicaciones telefónicas, cabe reproducir las mismas consideraciones que se han quedado citadas con respecto a la correspondencia epistolar.

3. EL DERECHO A LA IMAGEN: SU RELACIÓN CON EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y SUS DIFERENCIAS: PROBLEMÁTICA JURÍDICA

La reproducción, generalmente fotográfica, de los rasgos fisonómicos de una persona es una realidad que, en la actualidad, se ha ido extendiendo mucho.

Pero, a un tiempo, se ha ido imponiendo también, cada día de una forma más acuciante, la consideración jurídica de la utilización de la imagen ajena en conexión con la indeclinable protección debida a la persona humana y a los que se consideran sus atributos esenciales, en el área del propiamente denominado «derecho a la propia imagen».

³⁴ RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac: *El honor, la intimidad y la propia imagen*, artículo en internet.

La verdadera configuración jurídica sobre el poder estrictamente individual para disponer de la reproducción plástica de la propia fisonomía puede afirmarse, como hace GITRAMA³⁵, que no surge hasta que en 1839 es inventada la fotografía.

Es admisible, no cabe duda, un derecho individual y autónomo de disposición sobre el propio cuerpo y, en consecuencia, es evidente que existe, asimismo, un derecho a disponer del reflejo del cuerpo, lo cual, en definitiva, no es más que la imagen de la persona.

La jurisprudencia, en este punto, ha tenido mucho que decir, influyendo sobre la doctrina científica, al punto de llevar a ensanchar la base de ese poder de exclusión reconocido a la persona hasta los amplios límites de un vago derecho a la intimidad de la vida privada, en general, o a la reserva de los derechos individuales, y que, al propio tiempo, ha encuadrado el derecho a la propia imagen en el marco de los llamados derechos de la personalidad o, más adecuadamente, derechos de la persona. Derechos fundamentales, naturalmente, de los que, en la actualidad, tanto se habla, tanto se informa (a veces, se desinforma).

Algún sector doctrinal ha identificado el derecho a la intimidad con el derecho a la imagen o, en otras palabras, no ha diferenciado claramente ambos derechos de una manera autónoma. DíEZ-PICAZO, por ejemplo³⁶, consideraba que tal derecho (el derecho a la imagen) no era más que un aspecto del derecho a la intimidad, que alcanza una autonomía en su tratamiento porque es a través de aquel como se transgrede más fácilmente, y con mayor frecuencia, la esfera reservada de la persona, dados los potentes medios técnicos que se emplean para ello.

En opinión de LACRUZ BERDEJO³⁷, el derecho a la intimidad participa de su contenido negativo, o de exclusión: prohibición a terceros de obtener, reproducir o divulgar, por cualquier medio, la imagen o el aspecto físico de una persona sin su consentimiento.

Se trata, por tanto, de un derecho al no conocimiento ajeno de la imagen del sujeto, y es violado cuando la toma de conocimiento de la imagen ajena se produce sin consentimiento de la persona afectada.

No obstante, este derecho tiene también un aspecto positivo, cual es la facultad de reproducir la propia imagen, exponerla, publicarla y comerciar con ella. Es, como fácilmente puede comprenderse uno de los aspectos más polémicos, sobre todo cuando se trata de reproducción de fotografías, y exhibición posterior, de menores de edad.

La imagen es, desde luego, la reproducción de la figura de un objeto o de una persona. Hay que referirse siempre a personas físicas, o naturales, ya que las personas jurídicas, o morales, no tienen

³⁵ GITRAMA: Voz «Imagen», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XI.

³⁶ DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio: obra citada en nota 12.

³⁷ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asís: *Elementos de Derecho Civil*, tomo I, Barcelona, 1983.

una existencia corporal propiamente dicha, carecen de figura, de fisonomía, de naturales signos somáticos, actuando por medio de sus órganos representativos, que son personas físicas con todos los atributos de tales.

GITRAMA expresaba que la imagen o el retrato es aquella obra de arte figurativa, o aquella fotografía que reproduce, de forma reconocible, los rasgos, las facciones, la figura de una persona ³⁸.

La importancia de la imagen cabe considerarla desde diversos puntos de vista: el valor afectivo de la imagen es cada vez más importante, porque, en el aprecio a la misma, trasunto, en cierto modo, de la persona, se simboliza el afecto sentido por ella.

Pero, a un tiempo, no hay que descuidar el aspecto social, o valor social, que la imagen tiene. La atracción inicial por una persona viene, con frecuencia, determinada por el aspecto exterior de esta, por su figura. Quizás en este hecho cabe encontrar un motivo importante para explicar el auge actual, desmedido en ocasiones, de la televisión. El desarrollo del cine, la abundancia excesiva de producciones cinematográficas, muestra claramente la importancia que la sociedad de nuestros días otorga a la proyección de la imagen de las personas.

Un aspecto, interesante, de la imagen lo constituye la caricatura, definida como figura ridícula en la que se deforman las facciones y el aspecto de alguna persona.

También ha sido descrita como la obra de arte en que claramente, o por medio de emblemas o alusiones, se ridiculiza a una persona o cosa.

En ambas descripciones, o definiciones, resalta el carácter común del ridículo, aunque hay que reconocer que, muchas veces, se publican caricaturas en las que el interesado, afectado, ni siquiera llega a reconocer el carácter más o menos injurioso que pudiera desprenderse del significado del término.

Por medio de la caricatura, se facilita la identificación de la persona caricaturizada, mediante la exageración de aquellos rasgos que más decididamente diferencian su figura de las demás. Muchas veces, la caricatura lo que pretende es provocar la risa, por el contraste entre la realidad y la representación, entre la figura y la imagen de la persona representada. Casi siempre, la caricatura es la parodia, o la sátira, de la imagen, del retrato de una persona. En la medida en que tal persona sea reconocible tras los trazos bufonescos del dibujante caricaturista, puede haber lugar a que dicha persona invoque en su apoyo y defensa a la Justicia.

Muchas legislaciones se inclinan a proteger este derecho a la imagen como perteneciente al ámbito del derecho al honor, pero, en una gran mayoría de supuestos, se trata, en realidad, de una lesión o transgresión a la reserva o intimidad privada. En este sentido, hay que entender que toda persona tiene derecho a que su imagen no se reproduzca de tal forma que su intimidad pueda quedar perjudicada.

³⁸ GITRAMA: obra citada en nota 35.

Mucho se ha discutido sobre la cuestión de si el derecho a la imagen es autónomo, o más bien es una manifestación del derecho a la intimidad.

Hay diversas tesis a este respecto. La tesis que niega la autonomía del derecho a la imagen lo hace en función de la incidencia que este derecho tiene sobre la intimidad de la persona en cuanto atributo de la personalidad, constituyendo, de este modo, el derecho a la imagen una consecuencia, un derivado lógico y natural del derecho a la intimidad. Sobre la imagen de la persona se proyecta una facultad de exclusión, derivada del derecho a la intimidad, pero que no tiene necesariamente que coincidir con este último derecho, desde mi punto de vista. El titular del derecho a la imagen ostenta un derecho exclusivo de utilización y difusión, suponiendo este aspecto una facultad de control de la circulación de las informaciones visuales sobre la propia persona, tal como Fermín MORALES PRATS puso de relieve ³⁹.

Pueden darse diversos supuestos en la práctica: pensemos en la persona que consienta en la reproducción de su imagen, pero no en su exhibición posterior, o bien consiente en ambas cosas, pero se llevan a cabo en lugar distinto al autorizado por el interesado.

Georgina BATLLE SALES planteaba un supuesto muy interesante: la cuestión de la persona que, por amistad y sentido estético, consiente en posar desnuda para un artista, pero no autoriza a este para la exhibición en locales o salones de arte, o bien sí que autoriza la exposición en estos, pero se hace en locales de mala fama, en cuyo caso la ofensa se agrava con la del derecho al honor ⁴⁰.

En cualquier caso, el consentimiento de la persona afectada es necesario para la exhibición. Por supuesto, no habrá lesión cuando la persona sea inidentificable.

Aunque para la exhibición es necesario el consentimiento, hay que exceptuar la simple reproducción de la imagen de una persona cuando, por su configuración, no se estima lesiva de la intimidad y es tomada en un lugar público.

Por lo general, la toma de imágenes de una persona suele llevar aparejada su exhibición, bien a otra persona, bien a un número de estas más o menos reducido, o su difusión, entendiéndose por tal su exhibición a un número mayor de individuos.

Desde el momento en que se obtienen imágenes de una persona, aunque no se las exhiba o difunda, el ataque a la intimidad queda consumado, porque se está interfiriendo arbitrariamente en su vida privada, o en un aspecto de esa esfera privada y personal.

En nuestro país, son muchas las sentencias que confunden los dos derechos: intimidad e imagen, y que incluso hablan de protección de la intimidad cuando de lo que se trata es de proteger la propia imagen.

³⁹ MORALES PRATS, Fermín: *La tutela de la intimidad. Privacy e informática*, citado en nota 21.

⁴⁰ BATLLE SALES, Georgina: *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, obra citada en nota 13.

Aunque estrechamente enlazados, son dos derechos distintos, autónomos, con las especialidades que señala la Ley Orgánica 1/1982. Así se observa, por ejemplo, en el artículo 8.2 de esta ley, cuando autoriza determinadas intromisiones en el derecho a la imagen, autorización que se menciona únicamente para este derecho.

La confusión, en cualquier caso, proviene del Derecho Comparado, especialmente de los sistemas norteamericano y británico, que, con los términos «violación de la intimidad», incluye ambos. Esto se observa cuando se narran casos típicos de violación del derecho a la imagen –publicación de fotografías de pacientes hospitalizados– que, en estos Estados simplemente son considerados supuestos incluibles dentro del marco del derecho a la intimidad.

Ana AZURMENDI, al referirse a este tema ⁴¹, afirmaba que la clave para comprender el derecho a la propia imagen en el sistema jurídico español es la siguiente: el derecho a la propia imagen tiene una sustantividad propia, porque el contenido patrimonial de la imagen y la facultad exclusiva del titular sobre la reproducción y difusión de la misma solo son reconducibles a este derecho. Pero la confusión se presenta en los casos de contacto entre imagen e intimidad –que suelen ser frecuentes–, casos en los que el modo de atentar contra la intimidad es la captación y difusión de una imagen. La Ley Orgánica del 82 no especifica si en determinadas situaciones lo que se está produciendo es una lesión en la intimidad, en la propia imagen, o en ambos derechos a un tiempo.

Según Antonio FAYÓS GARDÓA ⁴², el derecho a la propia imagen tiene esa doble vertiente: patrimonial, de un lado, y otra vertiente relacionada –o estrechamente enlazada– con la intimidad.

Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ, a este respecto ⁴³, afirmaba que el derecho a la imagen tiene una doble vertiente: el aspecto personal, de un lado, y, del otro, el aspecto patrimonial. No cabe duda que el aspecto personal está relacionado claramente con el derecho a la intimidad, apareciendo, así, efectivamente, en el marco de la jurisprudencia anglosajona. En cambio, el aspecto meramente patrimonial del derecho a la imagen es una faceta *sui generis*, mezcla de derecho personal, de propiedad y también de protección de la competencia desleal. Es, por tanto, el derecho patrimonial de la imagen que, sin dejar de pertenecer al derecho a la imagen reconocido constitucionalmente y tenido como derecho de la personalidad, está un tanto alejado de este.

Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ mantenía esta tesis en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1998.

El Tribunal Constitucional ha insistido en el carácter autónomo del derecho a la imagen frente al derecho a la intimidad, declarando, a efectos de distinción, que el derecho a la intimidad protege frente a la divulgación de informaciones relativas a una persona, mientras que el derecho a la imagen tiene por objeto la información gráfica generada por los rasgos de una persona que la hagan

⁴¹ AZURMENDI, Ana: *El derecho a la propia imagen*, artículo en internet.

⁴² FAYOS GARDÓA, Antonio: «Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1999.

⁴³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edersa, Madrid, 1991.

reconocible. Así lo declaró la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001. También la 156/2001. El derecho a la imagen, en consecuencia, protege a su titular frente a la captación, divulgación y difusión de la persona. Se entiende que, para que esa divulgación o difusión sea lícita, se requiere el consentimiento del titular del derecho. En otro caso, lógicamente se produciría la transgresión.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional ha puesto de relieve que ambos derechos pueden concurrir en un mismo caso, en aquellos supuestos en que una imagen permita identificar a la persona fotografiada o filmada y, al mismo tiempo, simultáneamente, revele o descubra su intimidad. En este supuesto, la imagen deberá analizarse desde el punto de vista de ambos derechos. Puede ocurrir que una fotografía de una persona famosa, o de un personaje público, tomada en un lugar abierto al público, no lesione el derecho a la propia imagen, tal como viene a establecer el artículo 8.2 a) de la Ley Orgánica del 82. Pero si se muestra una escena de la vida privada de una persona, cuya revelación carece de interés público, entonces, en este supuesto, claramente se está lesionando el derecho a la intimidad.

Esto quiere decir que, en el ámbito de un mismo asunto, se puede apreciar la existencia de vulneración de los dos derechos: intimidad e imagen. Es fácil imaginar algunos de estos supuestos, frecuentes, por otra parte, en los medios de comunicación social: pensemos en el caso de una publicación que tuviese fotografías de una persona y, al mismo tiempo, en el texto, a pie de página, por ejemplo, se divulgasen datos de la vida privada de la persona fotografiada.

Una Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de febrero de 1997, entró a resolver esta problemática: se trataba de la publicación, por una revista, de las fotografías de un conocido financiero, fotografías que fueron tomadas en una playa y en las que aparecía el citado financiero con una mujer, en algunas fotos se les veía tumbados y, en otras, dándose un beso.

Se formuló la correspondiente demanda por parte del fotografiado y el Juzgado de Primera Instancia de Madrid dictó sentencia estimatoria de la demanda por intromisión en el derecho a la imagen, fijando una indemnización de 20 millones de pesetas. En apelación, la Audiencia confirmó íntegramente la sentencia de instancia. La editorial responsable de la publicación de las fotografías presentó el oportuno recurso de casación, que fue resuelto con fecha de 17 de diciembre de 1997 por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo. En la sentencia, cabe destacar que se critica la confusión de derechos en que incurre, a menudo, una gran mayoría de sentencias, declarando, a este respecto, que «la demanda se formula en protección al derecho a la intimidad y al de la propia imagen. La sentencia de 1.^a instancia, en el encabezamiento, se expresa que se trata de "juicio incidental del derecho al honor", más adelante se aclara (fund. 2.^o) que el fondo del asunto es el derecho a la intimidad y propia imagen (...). La misma confusión entre derechos a la intimidad y a la imagen se advierte en la sentencia de segunda instancia (fund. 3.^o), parece desarrollar solo el tema de la intimidad y se refiere en el fallo al derecho al honor (fund. jur. 3.^o)».

Esta sentencia afirma que «los derechos de la personalidad no constituyen un solo derecho con varios aspectos (*ius in se ipsum*), sino un conjunto de derechos (...), no se trata de un derecho trífalo, sino de tres derechos».

La sentencia aclara, asimismo, que de los tres derechos, honor, intimidad e imagen, el derecho al honor queda muy diferenciado, pero, en cambio, los derechos a la intimidad y a la imagen tienen más difícil separación.

Una vez sentadas estas premisas, dicha sentencia continúa avanzando en la delimitación de los derechos, afirmando que ello no significa que, en alguna ocasión, no puedan darse violaciones de varios derechos a la vez y, en el caso que ocupa, de la intimidad y de la imagen. Precisamente, en el supuesto contemplado y resuelto por esta sentencia citada, se producía una intromisión en la intimidad, concretada en el texto del reportaje, y una intromisión en el derecho a la imagen referida a las fotografías publicadas.

Sin embargo, la sentencia se ajustó, como no podía ser menos, a la *causa petendi* y, aquí, aun habiendo intromisión en la intimidad, nadie hizo alusión al asunto, por lo que había que limitarse a la apreciación de si había habido intromisión en el derecho a la propia imagen.

La Ley Orgánica del 82, de Protección Civil del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cuando se refiere al derecho a la propia imagen, excluye de la consideración de intromisiones ilegítimas algunos supuestos en los que intervienen personas públicas, cuya imagen se capta en lugares públicos. Así lo establece el artículo 8.º 2: «En particular, 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 profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público».

En el supuesto comentado, se daban todos los elementos que permiten la exclusión de la anti-juridicidad de la conducta: el demandante era una persona de proyección pública; se daba un interés general de la información –factor este trascendental a la hora de enjuiciar estos temas y de valorarlos con la necesaria equidad–; la imagen se tomó en un lugar abierto al público.

El demandante, efectivamente, era una persona de notoriedad pública, sin que pudiera hablarse de distintas facetas de su personalidad: una faceta relacionada con la vida privada, y otra faceta con la pública. La Sala del Tribunal Supremo no entendió esta limitación, entendiendo que la persona de proyección pública no tiene estas escisiones de su personalidad, en el sentido de que, para un ámbito, es público, y, para otro, es privado.

Hay que destacar, a mi juicio, que las características de la persona pública y del lugar donde se habían realizado las fotografías eran encuadrables dentro del marco de las defensas previstas por la ley.

La sentencia citada tiene, además, el mérito de poner de relieve la doctrina sobre libertad de expresión y conflictos con los derechos regulados por la Ley Orgánica del 82, tema este sobre el que, naturalmente, hay que detenerse más adelante.

Es interesante también constatar que la confusión entre los derechos a la intimidad y al honor la encontramos, igualmente, en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que, en su artículo 4, señala que los menores tienen el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, indicando, en su número 3, que «se considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, 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».

Hay que resaltar que la tendencia a englobar el derecho a la propia imagen dentro del derecho al honor ha mostrado un evidente retroceso, cada vez más palpable. Un elemental principio de sociabilidad impone que las personas tienen derecho a conocer y a opinar sobre la conducta de otras personas y que, por tanto, no se les puede negar el ver, conocer y plasmar, en forma duradera, su fisonomía.

Naturalmente, esta opinión, generalizada en épocas ya pasadas, tiene sus matizaciones. Si la difusión de la imagen de una persona resulta nociva o perjudicial para su honor, entonces se produce una ofensa a la estimación y reputación de la persona fotografiada. En este punto, estimo que hay que tener en consideración la sensibilidad de cada persona, su psicología, su modo de pensar, así como los diversos conceptos de honor que, entre diversas personas, pueden darse, de suerte que lo que, para muchos, no es ofensivo, para otras personas, con más sensibilidad, puede ser hiriente o perjudicial.

En épocas pasadas, desde el punto de vista histórico y evolutivo legislativo, cuando la fotografía, o su difusión, implicara un atentado al honor de la persona afectada, entonces merecía salvaguardar y proteger a esta. Para esta doctrina, existía el derecho a la imagen como una faceta del derecho al honor, derecho este de la persona que podía ser lesionado de múltiples modos y, entre ellos, no cabe duda que mediante la plasmación de la figura de la persona en actitud inconveniente.

Según GITRAMA⁴⁴, son variadísimas las formas por las cuales, a través de la imagen de una persona, se puede atentar a su honor, ya sea por las grotescas deformaciones a que los trabajos de laboratorio sobre el negativo fotográfico pueden someter a los rasgos propios del retratado, ya sea por el empleo directo de lentes u objetivos especiales en la cámara fotográfica que, por su irregular concavidad, o convexidad, exageren o minimicen determinadas partes de la efigie retratada, pudiendo esta resultar deformada e induciendo al ridículo. Lo mismo puede suceder si a la persona fotografiada se le cambia la indumentaria, haciendo que esta resulta jocosa. No hay que olvidar también que el arte puede servir de vehículo a análogas finalidades, como la historia de la pintura figurativa revela a lo largo de los siglos. Vasari, por citar un autor de renombre, explicaba que, visitando la Capilla Sixtina, el Papa Paulo III, con su maestro de ceremonia, Biagio de Cessena, dijo este ser poco a propósito para una capilla una pintura con tantas personas enseñando las vergüenzas. Miguel Ángel, el insigne arquitecto, escultor y pintor, prototipo de artista renacentista, retrató a Biagio de Cessena en el infierno, entre los demonios. Biaggio se quejó, pidiendo al Papa que obligara al artista a cambiar-

⁴⁴ GITRAMA: *Imagen. Derecho a la propia imagen*, Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, Barcelona, 1962.

lo de lugar, pero el Pontífice se excusó diciendo que, si se hubiese puesto en el purgatorio, podría quitarlo, pero que para los que están en el infierno *nulla est redemptio* ⁴⁵.

Ni el pintor, ni el escultor, con el pretexto de llevar a cabo obras artísticas, pueden trasladar en imagen los cuerpos de las personas al lienzo o al mármol, con la intención de desprestigiarlas. Al arte deben dejársele abiertos muchos caminos, para que pueda desarrollarse con la máxima libertad, pero ello no implica que haya permisividad en orden a atropellar el honor y la dignidad de la persona humana.

4. LA INTIMIDAD PERSONAL Y FAMILIAR Y SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN

Sobre esta problemática, ha sido el Tribunal Constitucional el que ha ofrecido una respuesta más clara y contundente. En este sentido, cabe destacar la Sentencia 231/1988, en la que podemos leer la siguiente definición del ámbito protegido por este derecho, si bien con una cierta confusión, o meramente identificación con el derecho a la imagen: «Los derechos a la imagen y a la intimidad personal y familiar reconocidos en el artículo 18 de la Constitución Española, aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados, sin duda, de la "dignidad de la persona", que reconoce el artículo 10 de la Constitución Española, y que implican la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana». (fundamento jurídico tercero).

Aparece, en esta definición o descripción, el ámbito protegido por el derecho a la intimidad (y a la imagen), identificado por los dos tipos de amenazas que pueden ponerlo en peligro: de un lado, la acción, o intrusión, en un espacio o zona propia de la persona; y, de otro lado, el conocimiento o intromisión informativa sobre hechos, datos o aspectos relativos a la vida privada de una persona. La intimidad, por tanto, como ha puesto de manifiesto Luis Javier MIERES MIERES ⁴⁶, tiene, así, un doble sentido: la intimidad territorial, y la intimidad informacional o confidencialidad.

Esta doctrina o tesis es común a la jurisprudencia norteamericana. La intimidad territorial y la intimidad informacional tienen objetos distintos. La primera protege espacios o zonas de aislamiento frente a la intrusión de extraños, se trata de un área espacial o funcional de la persona, según el Auto del Tribunal Constitucional 642/1986. Estos ámbitos propios y reservados, protegidos por el derecho fundamental, abarcan realidades diversas: desde las zonas íntimas del propio cuerpo –denominada «intimidad corporal»– en Sentencias 37/1989 y 57/1994, del Alto Tribunal, a la denominada «propia esfera del desenvolvimiento del individuo», en Sentencia 98/2000, noción amplísima, al menos potencialmente, pero que el Tribunal Constitucional ciñe a espacios vitales que presentan una vinculación fuerte y directa con los principios de dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad.

⁴⁵ PIJOÁN, José: *Summa artis*, primera edición, Espasa-Calpe, Madrid, tomo XIV.

⁴⁶ MIERES MIERES, Luis Javier: *Intimidad personal y familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2002.

De otro lado, la intimidad informacional tiene por objeto las informaciones relativas a la vida privada de las personas. La noción de información constitucionalmente protegida, desde el punto de vista del derecho a la intimidad, y respecto de la cual son legítimos la reserva y el silencio impuesto a terceros, se debate en nuestra jurisprudencia constitucional entre una definición objetiva –información considerada objetivamente íntima conforme a estándares sociales dominante en la medida en que se proyecta sobre los más básicos aspectos de la autodeterminación como persona, según Sentencias 171/1990, 197/1991, 142/1993, 143/1994 y 292/2000, y una definición subjetiva– información subjetivamente reservada, a voluntad del titular del derecho y con independencia de su contenido, según Sentencias 134/1999, 144/1999 y 115/2000.

La intrusión en un ámbito privado, o en un espacio reservado puede traer, como consecuencia, la toma de conocimiento de hechos relativos a la vida privada de una persona, pero, a un tiempo, y con carácter incluso previo a esta toma de conocimiento, va a constituir una transgresión del derecho, y ello sin perjuicio de si se ha obtenido, o no, la información, o del tipo de información obtenida.

En otras ocasiones, la invasión de un espacio, o ámbito propio y reservado, puede estar totalmente desconectada con la obtención de información. Pensemos, por ejemplo, en el acoso sexual laboral; en otros supuestos, se lesiona el derecho con independencia de que haya existido, o no, una previa toma intrusiva de la información.

Por tanto, a la vista de estos planteamientos, razonados todos ellos por el Alto Tribunal en nuestro país, hay que entender que, en el marco de un mismo supuesto, puede darse una doble lesión del derecho a la intimidad –con la divulgación de información obtenida de forma intrusiva, y con la lógica consecuencia de que, desde el punto de vista constitucional, el desvalor de la acción será más intenso, más fuerte, y el peso mayor del derecho en la ponderación–.

5. LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LIBERTAD DE INFORMACIÓN: SU COLISIÓN CON LOS DERECHOS A LA INTIMIDAD Y A LA IMAGEN. REFERENCIA AL DERECHO AL HONOR

Corresponde analizar un tema que, sin duda, es de rigurosa actualidad, tanto desde el punto de vista jurídico como social.

En primer lugar, para adentrarnos en esta problemática, hay que realizar algunas consideraciones previas sobre la libertad de expresión y la libertad de información, en qué consisten, cómo se define y desarrollan y cómo hay que resolver los supuestos que, en la práctica, se plantean con gran frecuencia.

5.1. La libertad de expresión.

Una de las definiciones que suelen hacerse, por la doctrina, de la libertad de expresión viene referida a la posibilidad, a través de ella, de la existencia de una opinión pública libre. En este senti-

do, se alude a la democracia como forma de gobierno del Estado que permite, como no podía ser menos, esta libertad de expresión de los ciudadanos.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA afirmaba que la libertad de expresión no es solo una condición del desarrollo individual de la persona, sino una exigencia insoslayable del sistema político democrático. Sencillamente, para este autor⁴⁷, no hay democracia sin libertad de expresión, ni comunicación política libre.

Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE destacaba la evolución que ha experimentado la libertad de expresión, que ha pasado desde su originaria perspectiva individualista, como medio de exponer libremente el pensamiento, a su vinculación con la formación de la opinión pública, consustancial con el carácter democrático del Estado⁴⁸.

Ello propicia que se haga necesario saber distinguir el ámbito individual de la libertad de expresión, como derecho subjetivo que se impone frente a cualquier posible limitación de los poderes públicos, de la libertad de expresión como principio democrático que posibilita la participación de los ciudadanos en el ejercicio del poder. En este sentido, la libertad de expresión se convierte en soporte o presupuesto necesario para el ejercicio de otras libertades, por lo que juega un papel esencial en la efectiva consolidación de un Estado social y democrático de derecho.

En nuestro país, la primera sentencia que recogió esta doctrina fue la dictada por el Tribunal Constitucional, 6/1981, que declaró que «el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 de la Constitución, y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política».

«La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder...»

El Magistrado FERNÁNDEZ VIAGAS, en su Voto Particular a la Sentencia 6/1981, llegó aún más lejos, calificando a estas libertades como garantías institucionales, al permitir, en el plano de la información, «el pluralismo político que el artículo 1 proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico».

⁴⁷ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José: «La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 32, 1991.

⁴⁸ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: «Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad. Especial referencia a su problemática jurídico-penal», en *Libertad de Expresión*, anuario de derecho penal y ciencias penales, Ediciones Ppu, Barcelona, 1991.

Fue este el criterio seguido por el Alto Tribunal en posteriores sentencias, declarando que el artículo 20.1 de la Constitución «significa el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El artículo 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública libre».

Aquí, como puede observarse, se recoge la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), atribuyendo a las libertades de este artículo una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales, tal como la Sentencia 104/1986 del Tribunal Constitucional declaró, o como un valor superior o eficacia irradiante, según la Sentencia 107/1988.

En la doctrina italiana, ESPOSITO afirmaba, allá por la década de 1960, que la libertad de expresión es la piedra angular de la democracia. No es la democracia, a su juicio, la que propicia las libertades de expresión, sino la existencia de esta la que fundamenta al Estado democrático.

Es interesante resaltar que nuestra Constitución recoge, de manera separada, aunque, a un tiempo, en el marco del mismo precepto, la libertad de expresión, frente a la libertad de información.

La libertad de expresión hay que entenderla como el derecho a expresar y difundir libremente las opiniones, pensamientos e ideas mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

Un sector doctrinal, en nuestro país, ha puesto de manifiesto que la Constitución sitúa a la libertad de expresión en un plano inferior a los restantes derechos fundamentales y, especialmente, en relación con el derecho al honor, así como a la intimidad y propia imagen, con lo que quedaría excluida la posibilidad de que el ejercicio de la libertad de expresión incidiera legítimamente sobre estos derechos, suponiendo la subordinación de la libertad de expresión a los restantes derechos fundamentales.

Esta postura no es sostenible en la actualidad, porque los artículos 18 de la Constitución (que reconoce y protege los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen) y el artículo 20 de la citada Carta Magna mantienen una coherencia interna dentro del texto constitucional y aparecen incluidos dentro de los derechos fundamentales y las libertades públicas, en el Título I, Sección Primera, Capítulo II.

Pero, evidentemente, lo que sí se aprecia es que estamos, a todas luces, ante derechos en conflicto.

El párrafo 4 del artículo 20 de la Constitución establece los límites de la libertad de expresión, siendo uno de estos límites la veracidad subjetiva –también denominada verdad subjetiva– en su ejer-

cicio, aunque también hay que tener presente el conflicto de derechos que ello supone, ya que dicho apartado 4 del artículo 20 se refiere a los límites externos de la libertad de expresión.

Cuando lo expresado es cierto, y no incide sobre la intimidad del sujeto, entonces no se daría esa oposición entre la libertad de expresión y el derecho al honor y a la intimidad.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE exponía que el texto del artículo 20 de nuestra Constitución refleja la superación de una primera concepción individualista de esta libertad, como mero derecho a exponer libremente el pensamiento, y el paso a una libertad de información como manifestación del derecho, más general, a la comunicación, evolución histórica que guarda, por otra parte, paralelismo con la de los mismos modelos sociales y con la que ha experimentado toda la teoría de los derechos humanos, ya que, desde su originaria consideración liberal, la libertad de expresión es una libertad frente al Estado, que permite exteriorizar el propio pensamiento y posibilita tanto la crítica política y social, como el desarrollo de la personalidad⁴⁹. Pensemos en la evolución experimentada por el concepto de «dignidad humana». Es obvio que, hoy en día, este concepto se ha ido ampliando y paulatinamente ha llegado a abarcar prácticamente todos los aspectos de la existencia humana, adentrándose en el marco de las relaciones jurídico-sociales, políticas, laborales, etc. Y, precisamente, el tema de la dignidad humana tiene mucho que ver con el derecho a la intimidad y a la imagen (también con el derecho al honor).

La dignidad de la persona humana va indisolublemente unida a su derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, favorece el desarrollo psicosocial de la persona, su bienestar, su autoestima, no debiendo sacrificarse en aras de una supuesta libertad de expresión solo conduzca a la crítica malsana o malintencionada.

Desde una perspectiva individual, y en el marco constitucional, se recoge el derecho a expresar libremente el propio pensamiento, con independencia de que este se corresponda, o no, con la realidad. ROJAS RIVERO expresaba que la distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene, además, una decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, porque, mientras los hechos, por su materialidad, no son susceptibles de prueba, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud⁵⁰.

Frente a este tesis, no hay que olvidar que la libertad de expresión también tiene sus límites, no pudiendo incidir peyorativamente en el ámbito del honor, de la dignidad o del prestigio de las personas. Por ello, nunca será defendible una libertad de expresión absoluta o, por mejor decir, un ejercicio absoluto, sin limitaciones, de la libertad de expresión. El límite, aunque sea compleja su determinación, estará siempre en el respeto que toda persona humana, por el hecho de serlo, se merece.

Naturalmente, todo derecho, y toda libertad, ha de tener unas limitaciones o restricciones, ya que no es posible concebir un derecho, o libertad, que no respete los derechos y libertades de los ciu-

⁴⁹ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio: *Honor y libertad de expresión*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

⁵⁰ ROJAS RIVERO, Gloria: «El conflicto entre el honor y la libertad de expresión», en *Poder Judicial*, abril 1990.

dadanos. De ahí que el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones a través de cualquier medio, tenga, entre otros límites, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, así como la protección de la juventud y de la infancia.

La compatibilidad entre diversos derechos fundamentales es un problema, y plantea una problemática, que ha preocupado siempre a la doctrina. Lógicamente, nuestra jurisprudencia ha tenido que hacerse eco del mismo. No se puede negar, efectivamente, que la libertad de expresión ha de desenvolverse en el marco de la órbita de la dignidad de la persona humana, tal como la propia Constitución prevé en su artículo 10, al establecer que «la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social».

Hay que valorar la dignidad de la persona humana en el seno de nuestra sociedad, y ello solo puede hacerse a través del respeto a los derechos fundamentales de la persona. Nuestra Constitución ha asumido un concepto humanista de persona y no meramente un concepto jurídico-formal. El concepto «persona» no es un simple nominalismo, nombre o designación del sujeto, ni tampoco la expresión abstracta de la capacidad de obrar. El componente de la definición de persona será un valor ético absolutamente subjetivado, que no admite limitaciones ni cuantificaciones. Como expresaba HERNÁNDEZ GIL⁵¹, cuantas normas conciernen a la persona, han de partir de su dignidad para servirla y enriquecerla, pero actuando, principalmente, en los presupuestos y en los fines del Ordenamiento Jurídico.

Es evidente que todas las normas afectan, de modo directo o indirecto, inmediata o mediata, al ser humano, a la persona, que, al fin y al cabo, es su destinatario. De ahí que parezca también evidente que una libertad de expresión desmedida, sin condicionamientos, pueda afectar gravemente a determinados derechos de las personas, como el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Aquí, precisamente, es donde se involucra la dignidad a que se hacía referencia anteriormente.

Nuestra Constitución concibe la intimidad de una manera amplia y flexible, superadora de la noción anglosajona clásica del *right to privacy*, en cuanto ya no resulta convincente su comprensión como derecho a la vida solitaria y anónima, sin desdeñar que esta vida solitaria y anónima puede constituir también una faceta, una parte de ese todo que es el derecho a la intimidad de la persona. La elección, naturalmente, es libre, porque el derecho a la libertad de cada persona ha de prevalecer por encima de otras consideraciones jurídicas, siempre que esa libertad, por supuesto, no dañe o entre en colisión con otra persona o con derechos de otras personas.

Proceder a la distinción, a la diferenciación entre lo que constituye el ámbito específico del interés privado, es decir, aquello que tiene carácter personal, de un lado, y, de otro, lo que afecta al interés público y social, aunque tenga, asimismo, carácter personal, es una labor ardua, compleja y delicada. ¿Dónde termina el ámbito del derecho a la intimidad y comienza el interés público, el ámbito social?

⁵¹ HERNÁNDEZ GIL, Antonio: «La persona en la Constitución Española», en *Perspectiva de una España democrática e institucionalizada*, Madrid, 1979.

Esta dificultad, no cabe duda, se acrecienta cuando determinadas personas, en la sociedad, como políticos, escritores, artistas, cantantes, ejercitan un rol que trasciende de sí mismas, incorporándose al conocimiento de los terceros. Estas personas, en razón de las funciones públicas, sociales, que desempeñan, o por las actividades sociales que realizan –pensemos en una conocida actriz de cine, por ejemplo–, o por cualquier otra causa –el descubridor, a título de ejemplo, de una vacuna importantísima–, se han convertido en objeto de atención de los miembros de la sociedad. Sobre este tema, hay que volver más detenidamente, y ahora, basta solo con dejarlo apuntado someramente.

La protección a la intimidad personal, como limitación a la libertad de expresión consagrada en el artículo 20 de la Constitución, no agota las posibles formas de agresión a las personas. Por eso, la propia norma fundamental recoge también los derechos al honor y a la propia imagen.

5.2. La libertad de expresión y el derecho al honor.

A propósito del derecho al honor, GARCÍA HERRERA comentaba que las relaciones sociales deben estar traspasadas por la vigencia del valor de la persona –yo diría, mejor, de los valores de la persona–, siendo, precisamente, una de sus concreciones el respeto que a toda persona le es debido en cuanto tal, y que no sea objeto de menosprecio que conlleve una pérdida de autoestima, ni de estima por parte de sus conciudadanos, perjudicando su capacidad de reacción social⁵². Toda persona es merecedora de un trato y de una consideración que no deben sufrir menoscabo gratuito por parte de terceras personas y, en el supuesto de que así ocurriera, el Ordenamiento Jurídico ha de movilizar sus recursos para impedir, o restaurar, el daño producido. Se trata de la reparación del daño moral. A este fin, nuestra Constitución integra el derecho al honor en la libertad de expresión como límite infranqueable. El atentado contra el mismo desnaturalizaría el objetivo al que se quiere servir por medio de una amplia libertad de expresión, por lo que no se puede convertir a esta en un instrumento de negación de la persona humana –y de sus valores y derechos fundamentales–, sin caer en el contrasentido, porque el derecho al honor es un derecho fundamental, pero la libertad de expresión también lo es.

El conflicto entre honor y libertad de expresión, si nos situamos a nivel de Derecho Comparado, ha coexistido en Europa a través de dos modos diversos, vinculados con antecedentes legislativos y modelos culturales diferentes. Los países de Europa Central, generalmente parten de la premisa de considerar penalmente irrelevantes las afirmaciones verdaderas, aunque incidan negativamente sobre el honor. Con ello, enlazan claramente con los antecedentes germanos de tutela del honor y, a través de esta amplísima prueba de la verdad, materializan un supuesto derecho a la verdad que impide considerar que lo cierto sea contrario a derecho.

Este sistema es el imperante en el Código Penal alemán, suizo y antiguo Código Penal austríaco.

⁵² GARCÍA HERRERA: «Estado democrático y libertad de expresión», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, tomo I, 1981.

En cambio, los Códigos Penales latinos mantienen posturas más restrictivas en orden a la prueba de la verdad. No hay un reconocimiento de un derecho general a la verdad, por lo que el conflicto queda reducido a una colisión de intereses particulares, en el que, en principio, es preponderante el honor sobre la exteriorización del pensamiento.

Considerando que, en nuestro país, la libertad de expresión es un derecho constitucional, el problema surge cuando se trata de determinar hasta dónde se puede llegar a emitir un pensamiento, una idea o una opinión de una persona –o de diversas personas– sin el honor de esta o estas.

En muchas ocasiones, el mismo hecho puede dar lugar a una querrela, es decir, tener un tratamiento penal y civil, que sería el supuesto, muy frecuente, de la solicitud de una indemnización por lesiones al honor como derecho fundamental.

Las limitaciones a la libertad de expresión no se confunden, sin embargo, cuando se trata de diferenciar claramente ambos derechos: honor e intimidad. Lo que sí se produce es una complementación. Violar, o transgredir, el derecho a la intimidad no significa, necesariamente, incurrir en un menosprecio hacia la persona. Expresar un juicio de desvalor sobre la persona no precisa, a modo de requisito *sine qua non*, que este sea atentatorio contra la vida privada.

Para NOVOA MONREAL⁵³ es conveniente hacer coincidir, en el articulado constitucional, ambos supuestos, en coherencia con el dictado de fundamentar el orden constitucional en la dignidad de la persona.

Desde mi punto de vista, no coincido con NOVOA MONREAL en este extremo. Por el contrario, sería interesante, y conveniente, la distinción, específica, entre vida privada, intimidad, y honor, y su delimitación a la hora del enfrentamiento con la libertad de expresión. De este modo, muchos de los supuestos prácticos quedarían bastante esclarecidos.

5.3 La libertad de expresión y el derecho a la propia imagen.

Nuestra Constitución reconoce y protege también el control de la persona sobre su propia imagen, ya que no cabe duda que la figura humana, la representación de la persona, constituye un signo inequívoco de la misma, quizás el más inequívoco para identificarla. Aquí, como fácilmente puede comprenderse, entraría en juego un ámbito muy importante de la persona: el derecho a su identidad personal, derecho que existe frente a las demás personas y como medio de identificación. Desde el punto de vista filosófico, respondería a la cuestión: ¿quién soy yo? o ¿cómo soy yo?

⁵³ NOVOA MONREAL, Eduardo: *Derecho a la vida privada y libertad de información. Un conflicto de derechos*, Editorial siglo XXI, México, 1979.

Hay autores que confunden algunos conceptos. Así, por ejemplo, existe una doctrina que, aun reconociendo el derecho a la propia imagen, estiman que una simple faceta, o aspecto más o menos relevante, del derecho al honor, que lo engloba, en cuanto que solo en los casos más evidentes de ataques al honor, por medio del uso indebido de la imagen, se ha actuado ante los Tribunales de Justicia.

En contra de esta tesis, hay que mantener que el derecho a la imagen, tal como ya ha quedado expuesto con anterioridad, existe como entidad autónoma. Vercellone así lo reconocía⁵⁴. Este autor delimitaba, a este respecto, una serie de situaciones:

1. Publicaciones del retrato de una persona sin su consentimiento, pero sin que haya lesión a su honor. Es evidente que aquí lo que existe es una lesión, o violación, del derecho a la propia imagen.
2. Publicación sin consentimiento y con perjuicio al honor. Aquí existe, evidentemente, una violación del derecho a la propia imagen y del derecho al honor, de manera simultánea.
3. Publicación con consentimiento y sin que resulte dañado el honor, la reputación o el decoro de la persona efigiada. Aquí no existe violación de ningún derecho y, por tanto, la divulgación es lícita.
4. Publicación del retrato (fotografía) sin consentimiento bajo cualquiera de las excepcionales hipótesis que las legislaciones reconocen como lícitas o de libre circulación de la fotografía, pero con perjuicio o daño al honor. En este supuesto, se daría una lesión del derecho al honor, pero no del derecho a la propia imagen.

Por su parte, la doctrina alemana, y la francesa, durante mucho tiempo trataron el derecho a la propia imagen dentro del derecho a la intimidad y conjuntamente con el derecho al honor.

Aun siendo el derecho a la propia imagen autónomo, como ya quedó analizado, sus relaciones con el derecho a la intimidad son constantes, en el sentido de que toda persona tiene derecho a que su imagen no se reproduzca de tal forma que su intimidad pueda quedar perjudicada, o, de alguna forma, dañada. De ahí que el derecho a la propia imagen, como limitación a la libertad de expresión, aparezca ante la posibilidad de una incontestada publicidad, o difusión, de la fotografía de una persona, titular de aquel derecho, por los miembros de la sociedad, surgiendo entonces el conflicto, práctico, pero que hay que analizar, con carácter previo, teóricamente, entre la persona que quiere y tiene interés en reservar a su libre arbitrio la difusión de su imagen, de su fotografía, frente a aquella otra, u otras, que, poseyendo tal fotografía, pretende divulgarla o la ha divulgado ya.

Hay que resaltar que, en la actualidad, con los modernos avances tecnológicos existentes, se evoluciona hacia una concepción del derecho a la imagen en la que se incluye la pretensión de la per-

⁵⁴ VERCELLONE: *Il diritto sul il proprio ritratto*, Turín, 1959.

sona a no ser fotografiada, si no lo desea, ni a que su imagen sea almacenada, aun sin difundirse y aun cuando la fotografía haya sido captada en un lugar o espacio público. Esto, en cualquier caso, podría dar lugar a problemas muy frecuentemente. Pensemos en una conferencia impartida en un local abierto al público, cuya entrada es libre y gratuita, y uno de los asistentes a dicha conferencia no desea ser captado por el fotógrafo que va a informar de este acto público. ¿Qué sucedería en este supuesto? Cabría entender que el derecho a la imagen de esa persona concreta ha de sufrir un «sacrificio» en aras de la libertad de expresión e información, puesto que la fotografía se tomaría en un lugar abierto al público y en unas circunstancias en las que lo esencial o fundamental no es, precisamente, la captación de esa persona asistente entre el público al acto, sino que la información esencial vendría referida al conferenciante.

Son, en cualquier caso, supuestos muy variados los que pueden presentarse y a los que hay que ofrecer una respuesta, dar una solución jurídica.

5.4. Libertad de información, libertad de expresión y derechos fundamentales.

La libertad de información aparece reconocida y protegida en el artículo 20 de nuestra Constitución. De un lado, aparece el derecho a la expresión, libre, de pensamientos, ideas y opiniones [art. 20.1 a)], y el derecho, de otra parte, a comunicar libremente información (art. 20.1 d)].

Como consecuencia de esta diferenciación, nuestra jurisprudencia constitucional ha destacado que la libertad de expresión es distinta a la libertad de información, mereciendo, por tanto, un tratamiento jurídico diverso, al ser derechos también diversos, aunque, no cabe duda, que están íntimamente conectados e interrelacionados. No cabría, a mi juicio, hablar de libertad de información sin el planteamiento, previo, que supone la existencia de una efectiva libertad de expresión.

Nuestra Constitución protege el mensaje verdadero, en su artículo 20, al hacer referencia al reconocimiento y tutela del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión –escrito, hablado, etc.–.

Recoge el texto constitucional el derecho a la información desde sus dos vertientes: activa, consistente en comunicar y difundir, y pasiva, que consiste en la recepción de esa comunicación por parte de sus destinatarios, que es el público en general, la sociedad. Un mensaje informativo que no se ajuste a la verdad, que no sea veraz, mal podrá denominarse como información. En todo caso, a un mensaje no veraz habría que calificarlo como «desinformación», porque incita a la sociedad a la confusión y al error.

La libertad de información tiene sus orígenes en la libertad de expresión. El artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 1948, reconoció la libertad de pensamiento, conciencia y religión. Su artículo 19 precisaba aún más, afirmando que «todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opi-

niones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión».

Los dos primeros incisos del artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, declaraban lo siguiente:

- «1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones.
2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir o difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.»

El artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 consagró la libertad de expresión, afirmando que esta comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, sin injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras.

Esta declaración es similar, en todo, a la ya citada del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pudiera parecer, a primera vista, que el derecho a la información carece de autonomía con respecto a la libertad de expresión. Pero esta afirmación, en la actualidad, entiendo que no es válida, ni responde plenamente al sentido que tiene la libertad informativa. Lo que sí está claro es que, sin libertad de expresión, no hay libertad de información. Aquella es presupuesto de esta, pero la libertad informativa es un derecho que alcanza su pleno desarrollo y su plena autonomía, a pesar de opiniones contrarias en algunos sectores doctrinales.

Un Informe de la UNESCO, de 16 de agosto de 1976, declaraba que «mientras la comunicación interpersonal fue la única forma de comunicación humana, el derecho a la libertad de opinión era el único derecho a la comunicación. Más adelante, con la invención de la imprenta, se añadió el derecho de expresión. Y más tarde aún, a medida que se desarrollaban los grandes medios de comunicación, el derecho a buscar, recibir e impartir información pasó a ser la preocupación principal. Desde este punto de vista, el orden de los derechos específicos enumerados en el artículo 19 (de la Declaración Universal) traza una progresión histórica: opinión, expresión, información».

Hay que reclamar, y creo que esto ya nadie, hoy en día, lo puede poner en duda o en tela de juicio, una autonomía propia para la libertad de información. El hecho de que esta libertad aparezca en el mismo precepto constitucional que la libertad de expresión, no implica, no conlleva que la libertad informativa no posea autonomía propia. Vivimos en una sociedad cada vez más tecnificada e informatizada. El auge de los medios informativos es realmente brutal, por lo que no podemos ya configurar a la libertad de información como un mero apéndice de la libertad de expresión, o subordinada a esta.

Se ha definido la información como el acto de justicia que consiste no solo en el qué –dar la información–, sino también en el cómo, es decir, en la calidad de la información que se suministra.

Para DESANTES⁵⁵, el informador es un delegado, o mandatario, que depende del delegante o mandante, a quien ha de rendir cuentas de su cometido, pues opera en nombre del público.

La Constitución Española de 1978 se decantó por incorporar, en un mismo precepto, la libertad de expresión, y las libertades de creación literaria, artística y científica y la de cátedra, consagrando el derecho a comunicar o recibir información veraz. Este texto raramente aparece en los textos constitucionales. Solamente lo recogen la Constitución Portuguesa de 1976, en su artículo 37, y la Carta de los Derechos y Libertades de la Persona de Québec, de 1975, en su artículo 44.

El Alto Tribunal, en nuestro país, ha resaltado el carácter novedoso de la fórmula en diversas sentencias. Así, citemos, por ejemplo, la de 16 de marzo de 1981, que declara que se trata de un derecho «cuya explicitación diferenciada solo se encuentra en textos constitucionales recientes», afirmando que «el artículo 20 de la Constitución, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación pública veraz sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas en las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1 de la Constitución y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política».

Esta sentencia, refiriéndose ya propiamente a la libertad de información, declara que esta fórmula incluye, como es evidente, dos derechos distintos, pero íntimamente conectados: el derecho a comunicar puede considerarse, en cierto modo, como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión, derecho del que gozan todos los ciudadanos.

Hay que resaltar que el Magistrado FERNÁNDEZ VIAGAS formuló un Voto Particular en cuanto al fondo de la sentencia citada y realizó una afirmación interesante, que, por su trascendencia, transcribo literalmente: «El legislador constituyente reconoce a la libertad de expresión, y específicamente a la libertad de prensa, un aspecto institucional, además de su aspecto subjetivo; aspecto institucional que tiende a realizar, en el plano de la información, el pluralismo político que el artículo 1 proclama como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico».

La sentencia citada da pie a estimar que entre el derecho de información y la libertad de expresión existe una relación subordinada, en cuanto que la libertad de expresión constituiría el bloque jurídico del que hay que hacer partir el derecho de información y la libertad. Pero no se puede admitir que entre ambos derechos exista una relación de subordinación, ni tampoco de identificación. La libertad de expresión consiste en la libre información, y manifestación, de las ideas, opiniones y pensamientos, al paso que el derecho de información abarca el derecho a comunicar libremente información veraz, y el derecho de todos los ciudadanos a recibir esa información veraz.

⁵⁵ DESANTES, Jose María: *El deber profesional de informar*, Ceu, Valencia, 1988.

En nuestra Constitución, como se observa, hay dos reconocimientos: la facultad de comunicar información, y la facultad de recibir información veraz, siendo esta última atribuible a cualquier persona.

Según SORIA ⁵⁶, la facultad de recibir libremente información veraz supone tanto la facultad de recibir, como la de no recibir, estando que son contrarias a esta facultad la difusión-recepción de información o publicidad subliminal, o la recepción de información, aunque ésta sea veraz, de forma coactiva, en contra o al margen de la voluntad del receptor, confiriendo esa misma facultad de recibir fundamento moral y jurídico muy sólido a la existencia de un derecho de rectificación ante la difusión de hechos falsos, y comportando fuertes exigencias de transparencia de las empresas y medios informativos.

Este autor, SORIA, estimaba que saber qué puede esperarse y de quién se recibe la información es una condición, antecedente, para ejercer con libertad la facultad de recibir o no recibir información.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 205/1983, matizó a la hora de diferenciar claramente la libertad de expresión de la libertad de información. Efectivamente; esta sentencia citada, así como otras (SSTC 159/1986; 168/1986; 123/1993, etc.), distingue afirmando que por derecho de información hay que entender el relato de «hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva».

La Sentencia del Alto Tribunal 20/1992, de 14 de febrero, declaró que, en el artículo 20.1 d), «se comprende la información escueta y ajena a toda glosa, comentario o apreciación subjetiva».

Desde mi punto de vista, la subjetividad es un factor muy complejo, muy difícil de eludir. La persona que informa, que ejerce su libertad de informar desde el punto de vista activo –de dar, de ofrecer información– tiene sus propias opiniones, ideas y pensamientos propios, y será complicado que los deje absolutamente al margen. Por ello, entiendo que siempre cabrá, en el ámbito del derecho a la libertad de información, una cierta apreciación subjetiva, una sutil matización propia del autor o agente de la información. La objetividad es un elemento difícil de alcanzar, así como lo es, también, la imparcialidad. Cuando se relatan hechos, algo de la personalidad del que los relata, inevitablemente, estará presente en ese relato o narración. De ahí que no se pueda exigir al informador una desconexión total de su idiosincrasia, una objetividad que, a todas luces, resulta, a mi juicio, inalcanzable.

La libertad de expresión, en cambio, no hace referencia a unos hechos concretos, sino que se limita a las ideas, opiniones, pensamientos y juicios de valor. Por ello, el Tribunal Constitucional ha distinguido lo que son noticias, de un lado –información de hechos–, y lo que son opiniones, objeto de crítica política y de difusión ideológica –libertad de expresión–.

⁵⁶ SORIA: «El derecho a la información en la Constitución Española», en *Revista Persona y Derecho*, Navarra, 1984.

La Sentencia del Alto Tribunal, de 27 de noviembre de 1987, puso de relieve que «...aun existiendo entre ambas –se refiere a las libertades de expresión e información– directa e íntima conexión, esto no empece a que cada una de ellas tenga matizaciones peculiares que modulan su respectivo tratamiento jurídico, impidiendo el confundirlas indiscriminadamente».

5.5. Libertades de expresión e información y derecho al honor.

Parece oportuno, ahora, distinguir tres conceptos que, a veces, se confunden en la práctica. Se trata de los conceptos «expresión», «información» y «opinión».

La «expresión» es la palabra, epíteto, frase, que se aplica a una persona. Si atenta al derecho al honor, nunca puede justificarse. Puede darse una información veraz, emitir una opinión, pero no se puede añadir, o emplear, expresión que atente a la dignidad de la persona, según los conceptos de honor y autoestima que se aplican en la sociedad. Por lo tanto, van a atentar contra el derecho al honor aquellas expresiones que sean formalmente injuriosas, que constituyan insultos de cualquier tipo, admitidos como tal en el contexto de que se trate, o si resultan innecesarias esas expresiones o ajenas al pensamiento, idea u opinión que se expresa, tal como ha puesto de relieve LÓPEZ GUERRA ⁵⁷.

La «información» se refiere a hechos y es con estos, si concurren ciertos presupuestos, especialmente el de falsedad, con los que se atenta al honor. El artículo 7.7 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, ya citada en anteriores ocasiones, se refiere a hechos y también se deduce que solo a estos alude el artículo 18 de nuestra Constitución.

La «opinión», por el contrario, es el juicio de valor que emite su autor. No atenta al honor, porque se halla en el ámbito de la libertad de expresión, según ha manifestado Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ ⁵⁸. Este autor funda su tesis en que, si se emite una opinión contraria, o desfavorable, a una persona, no se atenta a su honor, salvo que se base en unos hechos falsos que apoyen tal opinión, atentando también cuando, en la opinión, se mezclan expresiones difamatorias.

En otras palabras, estimo que, pese a la tesis de O'CALLAGHAN, la opinión, evidentemente, que sí puede lesionar el honor de una persona. Pensemos en opiniones que se basan en insultos a una persona, en descalificaciones graves –por ejemplo «opino que esta persona (con su nombre y apellidos) es un ladrón, o es un asesino, o ha falsificado documentos, etc.»–. Nadie podría decir que no se está atentando contra el honor de la persona mencionada, por mucho que nos desenvolvamos en el marco, resbaladizo, de la libertad de expresión.

⁵⁷ LÓPEZ GUERRA, Luis: «La libertad de información y el derecho al honor», en *Revista del Poder Judicial*, número especial VI, Madrid, 1989.

⁵⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier: obra citada en nota 43.

La Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 1988, entró a considerar unas expresiones que no estimó que fueran atentatorias contra el derecho al honor, añadiendo que «las palabras de acritud o resabio no son más que el exponente residual de la crítica acerba que se hace».

Desde mi punto de vista, una cosa es hacer una crítica, aunque esta sea acerba, hostil o más o menos resabiada contra una persona, y otra, bien diferente, exponer opiniones que no son más que manifestaciones insultantes contra el afectado.

Creo que este fue el punto de vista mantenido, por ejemplo, en la Sentencia de 19 de marzo de 1988, dictada por el Tribunal Supremo, al declarar que las concretas expresiones empleadas ofrecían una acusada vertiente de menosprecio y ataque directo a la persona del demandante, añadido a su innecesariedad, por lo que se configuraban dichas expresiones como despectivas, estimándose, desde luego, ofensivas a la dignidad de aquella persona contra la que se dirigen.

La Sentencia de 17 de mayo de 1990 se refirió a la crítica, como expresión de una opinión, estimándola como la servidumbre que ha de soportar, en una sociedad de nuestro estadio cultural, quien figure catalogado en el rol de las figuras importantes.

Es este otro aspecto del derecho a la libertad de expresión frente al derecho fundamental al honor: las personas famosas, o los personajes públicos, tienen el umbral del derecho al honor disminuido o rebajado. De ahí que se admitan las críticas, acerbas, en muchas ocasiones, contra escritores, artistas, cantantes, políticos, etc.

Como vemos, se trata de abordar el conflicto de derechos entre honor, intimidad, propia imagen, de un lado, y derecho de información, de otro lado.

5.6. Derecho a la información y derecho a la intimidad.

Con gran frecuencia, se plantean conflictos entre la vida privada, la intimidad, de un lado, y una amplia información. La doctrina constata y comprueba la existencia de este conflicto, problema que cada vez se torna más acuciante debido al desarrollo de la tecnología y al fuerte impulso de las comunicaciones.

La colisión se sitúa entre la divulgación de un hecho concerniente a la intimidad, a la vida privada, de una persona, y la libertad de información. El conflicto se origina, en muchas ocasiones, con la publicación de noticias que afectan a la vida privada de una persona, a veces con un sentido y finalidad sensacionalistas.

También pueden intervenir, en algunos supuestos, conceptos erróneos en torno a la misión o labor periodística.

La doctrina más generalizada admite que, en caso de conflicto de derechos, se reconocerá, en principio, la prevalencia de los derechos de información, en su doble vertiente o faceta: derecho a dar información y derecho a recibirla.

No obstante, entiendo que, para que se dé esta prevalencia, será necesario que el derecho a la información se ejercite conforme a sus altos fines y dentro de las exigencias que le impone su propia naturaleza. En otros términos: no es admisible que las libertades que se reconocen en el marco constitucional cercenen o mermen otras libertades, u otros derechos fundamentales, como lo son la intimidad, el honor o la imagen de las personas.

Ningún derecho tiene una formulación tan amplia como para impedir el derecho de otros o su propia efectividad. En este sentido, el artículo 20.4 de nuestra Constitución declara que las libertades reconocidas en el artículo 20 tienen su límite en el respeto a los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, entre otras limitaciones.

La importancia que han adquirido, hoy en día, los medios de comunicación social y la gran utilización de que son objeto, por su poder de difusión de las noticias, es evidente. Estos instrumentos pueden convertirse en peligrosos según la causa a la que sirvan. De la información se deriva una más completa participación en la vida comunitaria. Pero no es un derecho absoluto. Tiene limitaciones que provienen de bienes, o derechos, de mayor entidad.

6. LA VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL DERECHO A LA INTIMIDAD

La Constitución reconoce el derecho a la libertad de información veraz. En este sentido, toda noticia que falta a la verdad, o a la veracidad, es deshonesta, no cumpliendo con la finalidad, primordial, de informar al público, a la sociedad, sino induciendo al error por un mal conocimiento de los hechos.

El interés social de la información es un límite que también hay que considerar.

Ya tenemos dos límites al derecho a informar: la veracidad, de un lado, y, de otro, el interés social.

Hay que ser cautos en este tema e intentar evitar que, en nombre de la libertad de información, se dañen los intereses de la persona, sobre todo en el momento en que vivimos, en que las barreras de la vida privada no son lo suficientemente fuertes, no están debidamente delimitadas, como para proteger de las intromisiones que llevan a cabo determinados sectores de profesionales de la información.

Como importantísimo límite al derecho a la libertad de información se configura, desde luego, el derecho a la intimidad de la persona. Existe, palpablemente, un conflicto de intereses contrarios,

opuestos: la libertad de información, y el interés que tiene toda persona de salvaguardar su derecho a la intimidad privada, tanto desde el punto de vista personal, como familiar. No hay que olvidar este último aspecto, la intimidad familiar, que luego trataré en profundidad.

El derecho a la intimidad no es base suficiente para prohibir la publicación de unas materias que sean de interés público o social. Pero las materias que no deben publicarse, que en modo alguno han de salir a la luz, son las concernientes a la vida privada, costumbres, actos y relaciones íntimas de la persona.

No obstante, hay un derecho de la sociedad a conocer aquellos asuntos o materias sobre las que ostente un legítimo interés. Lo que no existe, evidentemente, es un derecho a satisfacer la morbosa –y, a veces, obscena incluso– curiosidad a costa y en detrimento del recato y del pudor ajenos.

La información va a lesionar el derecho a la intimidad privada en todos aquellos supuestos en que pone en conocimiento del público hechos, circunstancias, o situaciones, de la vida privada de la persona, o de su ambiente privado –familia, amistades, etc.–, siempre que dicha persona haya querido mantener apartados a los terceros de ese círculo. Un círculo que, en principio, se ha de estimar cerrado al público, ocluido al conocimiento de la sociedad.

Volvamos a los requisitos que ha de reunir la libertad de información para que su ejercicio sea legítimo: el requisito de la veracidad. ¿Qué quiere decir que la información ha de ser veraz?

EL apartado d) del párrafo primero del artículo de la Constitución establece que la información ha de ser veraz.

Ya DESANTES mantenía que «información» y «verdad» son términos correlativos. Una información que no sea verdadera no solamente constituye una carencia de información, sino algo peor incluso. La información falsa es peor que mala. Es un valor negativo. No sirve a la sociedad, ignora los intereses de la persona, sus bienes, derechos y valores. Constituye una corrupción de la información⁵⁹.

Por tanto, la información ha de ser objetiva. El Tribunal Constitucional, en nuestro país, se ha encargado de delimitar este requisito de la veracidad, afirmando que por tal no hay que tender la exigencia de una verdad absoluta –habría que especular sobre si la verdad absoluta, en todo caso, existe, o no es más que una entelequia–, ya que ello es difícilmente alcanzable y, con este requisito, de exigirse en términos tan radicales, lo que se produciría sería la negación de la propia libertad de información.

Una Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano, Sentencia *New York Times versus Sullivan*, puso de relieve que los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre, pero que deben

⁵⁹ DESANTES, Jose María: *Fundamentos del derecho a la información*, Confederación Española de Cajas de Ahorro, Madrid, 1977.

ser protegidos para evitar que las libertades de expresión e información sean asfixiadas y no pueden sobrevivir.

Es evidente que la verdad absoluta, aparte de no ser factible, no es susceptible de ser probada de forma exacta. Entonces, ¿qué quedaría de la libertad de información?

La Sentencia 6/1988, dictada por nuestro Tribunal Constitucional, declaró que «cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz" no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas, o sencillamente no probadas en juicio, cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como "hechos" haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la "verdad" como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio».

¿Cómo actúa aquí el derecho a la intimidad de la persona? ¿Cuáles son sus conexiones con el derecho a la libertad de información?

Hay que decir que el derecho a la intimidad, que opera como límite de otras libertades, no consiste en mantener ocultos a la información pública tales o cuales datos relativos a la intimidad de la persona, sino, precisamente, en preservar la libertad de la persona en lo íntimo, a la cual se oponen tanto la fiscalización intrusiva como la difusión instrumentalizadora, según ha expuesto con rigurosidad VIDAL MARTÍNEZ⁶⁰. Cuando la noticia cumple con unos requisitos, como lo son el interés social de la misma, la veracidad en la narración de los hechos relatados, la imparcialidad –que puede, en cierto sentido, entenderse como objetividad–, la moderación en las opiniones difundidas y la corrección en el lenguaje, puede tolerarse que interfiera en la vida privada de las personas.

Pero, cuando no es así, cuando la noticia no cumple con estos requisitos, y solo va dirigida a satisfacer la morbosa curiosidad de los lectores, ávidos de conocer detalles íntimos de otras personas, el derecho a la reserva y, por tanto, la exclusión del conocimiento ajeno, debe ser prevalente.

Hay que resaltar que, en la actualidad, la difusión de información se ha convertido en un servicio necesario para la sociedad y, por ello, asume, no cabe duda, la calidad de un verdadero servicio público, con todas las implicaciones que comporta este concepto jurídico, en especial en lo relativo a su sujeción a las exigencias del interés general o social. La prensa ha ido evolucionando en

⁶⁰ VIDAL MARTÍNEZ, Jaime: *El derecho a la intimidad en la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1984.

forma gradual, para convertirse en una fuente pública de noticias e informaciones. El papel de la comunicación se ha interpretado dentro de un contexto de propósito persuasivo respecto del lector –y también del espectador, cuando se trata de informaciones que aparecen en la televisión–, dirigido por el profesional (periodista). De este modo, se convierte en un medio de influir en el receptor de la información.

Se estima que la prensa debe proporcionar información objetiva, pero, por desgracia, no todo el que practica el periodismo se ajusta a este principio.

Es evidente que la finalidad del periodismo es proporcionar, de una manera organizada, información al público, a la sociedad, acerca de hechos y sucesos de actualidad. La información acerca de temas de actualidad que toma a su cargo el periodismo tiene dos formas principales de manifestarse, conforme a las cuales se distingue un periodismo informativo, que se expresa en la recolección, redacción y difusión de noticias, y un periodismo interpretativo, que se propone ilustrar al público acerca de los antecedentes, importancia y proyecciones de los hechos.

Actualmente, el periodismo emplea medios de difusión instantáneos, en el sentido de que, prácticamente, no hay distancia o margen de tiempo entre el momento en que se expide el mensaje informativo y aquel en que el público recibe el mensaje. El periodismo es universal, en cuanto difunde información accesible a todos y dirigida también a todos, y es cosmopolita.

Hay que armonizar ambos tipos de intereses: el público, a la información, el privado, a la intimidad.

El derecho a la información –en sus dos vertientes, activa y pasiva– deja de existir en el momento en que se viola o transgrede la esfera de la intimidad de las personas.

No obstante, hay que rechazar –y hay que ser cuidadosos en este factor– el derecho a una protección hipócrita de la intimidad de la persona. Tal cosa ocurre con aquellas personas que tienen necesidad profesional de notoriedad y la buscan de tal manera que ellas mismas procuran y fomentan la aparición de hechos en el ámbito de su privacidad. La piedra de toque para saber si existe una violación hipócrita de la intimidad está en si hay, o no, consentimiento expreso o tácito de la persona cuya intimidad es violada o transgredida, tal como ha puesto de relieve ALBERTOS ⁶¹.

Las Sentencias del Tribunal Constitucional de 25 de febrero de 2002 y de 15 de septiembre de 2003 declararon que el requisito de la veracidad de la información no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información. En esta misma línea, la Jurisprudencia se decanta por entender que la «verdad» no tiene que ser absoluta, bastando con que lo sea en lo esencial, según Sentencias de 25 de enero, 31 de julio y 4 de noviembre de 2002, de tal modo que

⁶¹ ALBERTOS: «La libertad de los profesionales de la información», ponencia en *Congreso Conmemorativo del Periodismo Informativo*, 1997.

información veraz no equivale a realidad incontrovertible de los hechos, como resaltó la Sentencia de 18 de abril de 2000, ni es sinónimo de verdad objetiva e incontestable, según la Sentencia de 4 de marzo de 2000. Por ello, no obsta a la protección de la libertad informativa que la información contenga inexactitudes que no afecten a la esencia de la misma, tal como exponen las Sentencias de 26 de abril de 2001 y 31 de julio de 2002.

La Sentencia, ya citada anteriormente, de 15 de septiembre de 2003, señaló que el requisito relativo al contenido veraz de la información «se entiende cumplido cuando existe una previa labor de averiguación sobre los hechos sobre los que versa la información y la referida investigación se haya efectuado con la diligencia que es exigible a un profesional de la información cuya apreciación depende de las circunstancias del caso».

La libertad de información garantizada en el artículo 20 de la Constitución no legitima, desde luego, la intromisión en el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar (art. 18 Constitución), en aquellos casos en los que sean desvelados, de forma innecesaria, datos identificativos, en especial si se trata de menores de edad, que permitan su identificación por vecinos, conocidos, amigos o allegados, o de hechos que atenten a la dignidad personal cuando ello resulte irrelevante a efectos de la transmisión de información de relevancia pública, constituyendo el derecho fundamental y autónomo a la intimidad un reducto o espacio sustraído a las intromisiones extrañas, tal como pusieron de relieve las Sentencias del Tribunal Constitucional 73/1982, de 2 de diciembre, y 170/1987, de 30 de octubre.