



Libertad de expresión: límites de un derecho fundamental en entredicho

Matilde Vicente Díaz

Magistrada

<https://orcid.org/0000-0001-9033-0860>

Soraya Callejo Carrión

Magistrada

Doctora en Derecho

<https://orcid.org/0000-0002-9581-559X>

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Íñigo del Guayo Castiella, don Gabriel Domenech Pascual, doña Susana García Couso, doña Ximena Lazo Vitoria, doña Eva María Menéndez Sebastián, don Vicente Moret Millás y doña Camino Vidal Fueyo.

Extracto

¿Está el derecho a la libertad de expresión en peligro? El presente trabajo trata de ofrecer una respuesta a tal interrogante desde la perspectiva judicial a través del análisis de casos relevantes, bien por su repercusión mediática, bien por la enjundia de sus fundamentos de derecho. No es una cuestión fácil habida cuenta del auge de las redes sociales a las que incluso recurren habitualmente medios oficiales para transmitir informaciones y opiniones en relación con los asuntos más variados, y ello por su facilidad expansiva y el acceso de todos los públicos en general. En este contexto, cabe preguntarse si estamos asistiendo a una reformulación de lo que pueda entenderse por libertad de expresión. En el empeño se parte de los contornos constitucionales del derecho tal y como ha tenido ocasión de fijarlos el Tribunal Constitucional, sus diferencias con el derecho a la información y el eterno conflicto con el honor, la intimidad y la propia imagen. En todo caso, como la opinión es libre, faltaría más, cada cual puede valorar la respuesta judicial; sin embargo, una cosa parece clara *a priori*: la intervención de los tribunales es cada vez más intensa y aunque hay voces que ensalzan lo exacerbado de la respuesta judicial, lo cierto es que, ante la colisión o posible colisión de derechos, la intervención de los tribunales sirve para arbitrar las diferencias.

Palabras clave: libertad de expresión; derecho a la información; jurisprudencia.

Fecha de entrada: 01-06-2020 / Fecha de aceptación: 18-09-2020

Cómo citar: Vicente Díaz, M. y Callejo Carrión, S. (2021). Libertad de expresión: límites de un derecho fundamental en entredicho. *Revista CEFLegal*, 246, 99-130.



Freedom of expression: the limits of a fundamental right called into question

Matilde Vicente Díaz

Soraya Callejo Carrión

Abstract

Is the right to free speech endangered? This paper aims at answering that question from a judiciary perspective through the analysis of relevant cases, because of their media impact or because of the strength of the opinions within the judgment. It is no light chore, given the social media boom, often a go-to source for information and opinion on the most varied items, even for state media, owed to their effortless spread and worldwide access. In this context, one might ask if are we witnessing a reformulation of what freedom of expression means. The task begins with the constitutional outline of the fundamental right as set forth by the Constitutional Court, the dissimilarity between freedom of expression and the right to receive and impart information and the eternal conflict with honor, privacy and own image. Anyway, as there is –no doubt– freedom of opinion, everyone may make their own judgement on those judgments; nevertheless, one thing is clear *a priori*, courts' labour is becoming more and more intense and, although some voices praise the harshness in the judiciary response, the fact is that, when rights collide, court action is still a means to arbitrate differences.

Keywords: freedom of expresión; right to receive and impart information; case law.

Citation: Vicente Díaz , M. y Callejo Carrión, S. (2021). Libertad de expresión: límites de un derecho fundamental en entredicho. *Revista CEFLegal*, 246, 99-130.





Sumario

1. Introducción
 2. Libertad de expresión y derecho a la información versus derecho al honor: del juicio de ponderación
 3. Hacia la determinación de lo que se considera injurioso o vejatorio
 - 3.1. *Persona non grata*
 - 3.2. Los «ataques» en las redes sociales
 - 3.3. Expresiones de letrados en el ejercicio del derecho de defensa
 - 3.4. Ataques contra el prestigio profesional
 - 3.5. Cargos públicos: con la política hemos topado
 - 3.6. El sentimiento nacionalista
 - 3.7. El conflicto con los sentimientos religiosos
 - 3.8. Las publicaciones satíricas
 - 3.9. Los ficheros de morosos
 - 3.10. Las noticias sobre detenciones y procesos judiciales
 - 3.11. Las expresiones de odio
 4. Libertad de expresión y derecho a la información versus derecho a la intimidad
 - 4.1. Las fotos «robadas»
 - 4.2. El uso de cámara oculta
 5. Libertad de expresión y derecho a la información versus el derecho a la propia imagen
 6. La extralimitación del derecho penal como límite a la libertad de expresión
 7. A modo de conclusión
- Referencias bibliográficas



1. Introducción

Como es bien sabido, la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales que recoge el texto constitucional de 1978 y, como tal, digno de percibir la protección más intensa en la Carta Magna, al situarse entre los que reconoce el título I, capítulo II, sección 1.^a, de nuestra norma fundamental. Con base en el mandato constitucional, la tutela que los tribunales ordinarios dispensan a los derechos fundamentales en el ámbito civil, penal, social y contencioso-administrativo es igualmente intensa y tiene como telón de fondo la doctrina sentada a lo largo de años por el Tribunal Constitucional, último garante de la Constitución. La libertad de expresión se fundamenta en la libertad ideológica y nuestra Constitución la recoge en el artículo 20, que se refiere a distintas formas de expresión: expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y añade dos especificaciones al mencionar el derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica y la libertad de cátedra. Son todos derechos autónomos, aunque en muchas ocasiones es difícil deslindar la libertad de expresión y el derecho a la información. Hasta ahí, nada que objetar y nada nuevo.

Sin embargo, podría decirse que el derecho a la libertad de expresión no pasa, en opinión de algunos, por su mejor momento; el tremendo desarrollo de los medios de comunicación y el uso de las redes sociales en los últimos años ha propiciado que se pueda *expresar una opinión* sobre cualquier asunto al socaire de la propia voluntad (faltaría más), pero plasmada de forma un tanto abrupta con una gran repercusión mediática o al menos pública; ante ello, surge la respuesta jurídica, incluso judicial, en la medida que el ejercicio de este derecho choque (o pueda parecer que lo hace) frontalmente contra otros derechos no menos fundamentales que este. Frente a la reacción judicial, se alzan quienes consideran que nunca un tribunal debiera ni siquiera intervenir cuando de opiniones, creencias o manifestaciones se trata; con todo, hay veces que depende del prisma del observador, especialmente cuando existe un componente ideológico, porque entonces nos movemos en la relatividad más absoluta, de manera que la «manifestación» en cuestión suele ser buena

y mala dependiendo de quién la haga o contra quién se verifique. Lo anterior, de entrada, se nos antoja pernicioso e indeseable.

En este contexto, partiendo de una premisa básica, no nos encontramos ante un derecho absoluto (como no lo son ninguno de los derechos fundamentales), cabría preguntarse hasta dónde llegan los límites del derecho fundamental a la libertad de expresión, si se han ampliado dichos límites y, por tanto, si estamos ante un retroceso en materia de derechos fundamentales, como se sostiene por algunos, o si todo vale al amparo de la libertad de expresión¹. En principio, no debería haber más límites a la libertad de expresión y a la libertad de información que los ya existentes identificados con otros tres derechos, también fundamentales: el derecho al honor, el derecho a la intimidad y el derecho a la propia imagen, aunque el Código Penal también impone sus propios límites, tipificando conductas constitutivas de delito como las calumnias y las injurias.

En un intento por dar cumplida respuesta a dichos interrogantes, el presente trabajo no tiene otra finalidad que exponer la doctrina jurisprudencial actual a través de la respuesta que los tribunales están dando en los últimos años; como quiera que un análisis pormenorizado de dicha respuesta en todos los órdenes jurisdiccionales sería inabordable en un trabajo de estas características, nos centraremos esencialmente en la tutela judicial civil y constitucional, tal y como han tenido ocasión de otorgarla los tribunales de esta rama jurisdiccional a través de los casos que se han ido resolviendo con motivo de las distintas pretensiones planteadas ante los tribunales de justicia, y ello girando siempre en torno a la doctrina constitucional, que es el pilar esencial.

La casuística puede ser de lo más variada: opiniones vertidas en las redes sociales, abogados que plasman determinadas afirmaciones en el ejercicio del derecho de defensa, sindicalistas despedidos por proferir ciertas expresiones en el ámbito de su libertad sindical, ataques contra el prestigio profesional, políticos cuyas actuaciones se someten a cierta revisión crítica, periodistas que ejercen su derecho a la información y tantos otros que se irán desgranando en el empeño por delimitar los contornos de este derecho.

Sin perjuicio de reconocer la tremenda importancia de la doctrina científica, anticipamos que no va a encontrar el lector un análisis doctrinal a lo largo de estas líneas, la intención es si acaso más modesta, pues únicamente pretendemos perfilar los nuevos contornos (o quizás no tan nuevos) del derecho fundamental a la libertad de expresión a través de las resoluciones judiciales más recientes, y a partir de ahí llegar a determinadas conclusiones. Esperemos que el camino, lejos de ser tortuoso, sea útil en el empeño por determinar el estado de la cuestión.

¹ Pericay (2006) alerta acerca de la amenaza de este derecho fundamental, y previene sobre la idea de que el denominado respeto al prójimo pueda implicar límites a la libertad. Lo hace en esos términos: «Está sentando las bases para que los paladines de la intransigencia puedan actuar en el futuro con la mayor impunidad. Aunque lo más grave no es esto. Lo más grave, sin duda, es que a esa deriva moral la llamen respeto al prójimo, cuando solo se trata de miedo a la libertad».

2. Libertad de expresión y derecho a la información versus derecho al honor: del juicio de ponderación

Habitualmente, cada vez que se suscita un conflicto a consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión y también con motivo del ejercicio del derecho a la información suele aflorar, en el otro lado, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18.1 CE)². Hay que tener en cuenta que la libertad de expresión implica la manifestación de pensamientos, ideas y opiniones (también apreciaciones y juicios de valor), mientras que el derecho a la información implica información veraz en un asunto que sea del interés general.

En este marco de conflicto entre derechos fundamentales hay que decidir qué derecho es preferente ante los demás, y aunque la solución pasa por analizar cada caso en concreto con sus circunstancias, evitando automatismos que induzcan respuestas prefijadas, hay que recordar que el Tribunal Constitucional viene reconociendo con carácter general la prevalencia de la libertad de expresión y el derecho a la información frente a los tres derechos inherentes a la personalidad del individuo, como son el honor, la intimidad y la propia imagen, por cuanto los primeros contribuyen al sostenimiento de un Estado social y democrático de derecho, pasando por la formación de una opinión pública libre³.

Así lo ha declarado la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cartagena, sección 5.ª, de 13 de noviembre de 2018 (rec. núm. 374/2018), que con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981 declara que la posibilidad del libre ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante, cual es la formación y la existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejerci-

² Son tres derechos fundamentales distintos, aunque íntimamente relacionados entre sí, de manera que la acción que vulnera el derecho al honor en el ejercicio de un pretendido derecho a la libertad de expresión o información puede llegar a vulnerar uno de estos derechos, dos de ellos o los tres, pero no necesariamente; y ello por cuanto tienen un fundamento común que entronca con la dignidad de la persona que reconoce la Constitución en su artículo 10. Así, Rubio Llorente, *et al.* (1982, p. 19) han manifestado que esta pluralidad de derechos reconocidos por el artículo 18 de la CE son conceptos distintos, pero con significados similares, aunque no idénticos y con el grado suficiente de conexión entre sí como para que hayan merecido por parte del legislador un tratamiento conjunto en el este mismo artículo.

³ Ahora bien, para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas (SSTC 110/2000 y 185/2002). De ahí que la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública reciba una especial protección constitucional, por más que no sea ilimitada, pues el derecho a comunicar y emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de realidad, sino que al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección (STC 185/2002).

cio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática⁴. Para la Audiencia Provincial de Cartagena, sin perjuicio de que esa tarea de ponderación tenga en cuenta la situación prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la CE ostentan los derechos a la libertad de expresión e información, la posición prevalente pasa necesariamente porque lo divulgado sea veraz, referido a hechos de relevancia pública o interés general (cuando se trata de derecho a la información) y se haya prescindido de insultos o frases injuriosas o vejatorias en su comunicación (cuando hablamos de libertad de expresión).

Precisamente en lo que respecta a la libertad de expresión, el nudo gordiano reside en esta última afirmación: todo vale siempre y cuando no se profieran insultos o frases injuriosas o vejatorias. Ahora bien, quizás el principal problema en este punto estribe en determinar qué se considera vejatorio o injurioso. ¿Tenemos «la piel demasiado fina»? En este punto recordemos las palabras de Stuart Mill (2014, p. 22), en 1859, cuando afirmó que «debería existir la libertad más plena de profesar y discutir, como una cuestión de convicción ética, cualquier doctrina, por inmoral que pueda ser considerada».

Conocida es la doctrina que permite la crítica desabrida, aunque pueda molestar; sin embargo, no se considera legítima desde el punto de vista del ejercicio adecuado de un derecho cuando va acompañada del insulto. En este sentido, el Tribunal Supremo ha recordado en la Sentencia de 19 de febrero de 2018 (núm. 92/2018) que ninguna idea u opinión puede manifestarse mediante frases y expresiones ultrajantes u ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a tales propósitos. Es decir, aunque la libertad de expresión tenga un ámbito de acción muy amplio, amparando incluso la crítica más molesta, hiriente o desabrida, en su comunicación o exteriorización no es posible sobrepasar la intención crítica pretendida, dándole un matiz injurioso, denigrante o desproporcionado, pues de ser así, debe prevalecer la protección del derecho al honor⁵.

⁴ En el mismo sentido, SSTC 159/86 y 185/2002. En concreto, sobre el derecho a la información, la última resolución citada mantenía que la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública recibe una especial protección constitucional, aunque no es ilimitada, pues el derecho a comunicar y emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante. Para que la incidencia del derecho a la libertad de información sobre otros bienes constitucionales se repunte legítima es necesario que lo informado resulte de interés público, en suma, relevante para la comunidad, pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que la soporten en aras del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad, más allá de la simple satisfacción de la curiosidad ajena (SSTC 29/1982, 134/1999, 154/1999 y 52/2002).

⁵ Concepto el del honor que ha experimentado una evolución notable con el devenir del tiempo; y es que ha costado en la cultura jurídica alcanzar el absoluto reconocimiento de este derecho como vinculado a

No obstante lo anterior, en la práctica no resulta tan fácil determinar *a priori* qué es insulto y qué no; de ahí que haya que estudiar caso por caso y en el empeño resulte a veces muy difícil ofrecer una solución. A pesar de todo, lo vamos a intentar seguidamente.

3. Hacia la determinación de lo que se considera injurioso o vejatorio

3.1. *Persona non grata*

¿Hasta dónde llega exactamente la libertad de expresión entendida como el derecho fundamental que protege la emisión de opiniones⁶?

Se hace preciso insistir en que la Constitución no reconoce ni ampara un hipotético derecho al insulto; lo ha dicho el Tribunal Constitucional por activa y por pasiva, entre otras, en SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007 y 56/32008. El problema, no obstante, reside en fijar qué es insulto y qué no. Quizás nos movamos en el terreno de la subjetividad más absoluta, y de ahí la dificultad de llegar a conclusiones precisas; por ello, es mejor citar algunos ejemplos concretos: ¿llamar a alguien *persona non grata* en un club del que no es socio es insultar?

La cuestión la ha resuelto el Tribunal Supremo, en sentencias de 30 de diciembre de 2010 y 5 de diciembre de 2016 cuando establecen que la declaración de *persona non grata* no constituye un atentado contra el derecho al honor, sino una mera apreciación subjetiva de los miembros de la corporación que no supone la atribución de cualidades deshonrosas y des-

la dignidad de la persona. Incluso se hablaba de diferentes clases de honor que representaban diferentes clases de prestigio personal y social, y como resultado el honor se perdía en función de la cultura social y en determinados grupos, como, por ejemplo, las prostitutas, que no tenían honor que defender. En este sentido, Beccaria (1998, p. 48), confirmando que el honor era patrimonio de unos cuantos, se preguntaba en relación con el mecanismo de los duelos como forma de defender el ultraje al honor, por qué motivo el vulgo no tiene por lo común desafíos como la nobleza, y el mismo autor ofrecía una respuesta diciendo que «no solo porque está desarmado, sino también porque la necesidad de los sufragios es menos común en la plebe que en los nobles, que estando en lugar más elevado, se miran con mayores celos y sospechas.

⁶ La STS de 7 de mayo de 2012 (rec. núm. 1952/2010) confirma este concepto al declarar que la libertad de expresión comprende la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. Mientras que, según la misma resolución, la libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo. Si bien no siempre es fácil separar la expresión de los pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hecho, y a la inversa. Por ello, el Tribunal Supremo ha declarado que cuando concurren elementos informativos y valorativos, es necesario separarlos, y solo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante.

merecedoras del aprecio y estima públicos; por tanto, tratándose de un club privado a quien no ostenta la condición de socio de número, manifestarle que es *persona non grata* significa tanto como decir que no es bienvenida, aunque pueda desagradar a la persona. Así lo ha resuelto igualmente la sentencia de la Audiencia Provincial de Cartagena anteriormente citada.

3.2. Los «ataques» en las redes sociales

El eco que tienen las redes sociales, o por mejor decir, lo que en ellas se pone de manifiesto, es exponencialmente muy superior a cualquier opinión o juicio de valor que se haga a través de cualquier medio informativo, por cuanto hoy en día el acceso a las redes sociales apenas encuentra límites espaciales y muy poco subjetivos. En ese sentido, cabe preguntarse una vez más si la libertad de expresión lo ampara todo; conforme a la doctrina jurisprudencial consolidada la respuesta es obvia: no, la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto. En el caso al que hace referencia la STS de 31 de julio de 1998 (núm. 819/1998) y el ATS de 31 de octubre de 2018, resulta clara la conclusión: llamar a alguien «hijo de puta» en una página web excede los límites del derecho a la libertad de expresión, ya la propia expresión los rebasa notoriamente. En ese caso nos encontramos ante un mal uso, abusivo y desviado, y el hecho de que el insulto sea difundido en un foro abierto en una página web implica mayor daño a la reputación del afectado.

Así las cosas, lo cierto es que hay que tener cuidado con lo que se dice o se refleja en las redes sociales porque se puede volver contra uno mismo, si bien tenemos la sensación de que normalmente el hábil comentarista de internet o de redes sociales no suele ser consciente de ello, amparado en la soledad o intimidad de su lugar de inspiración. Por ejemplo, es evidente que no resulta aconsejable estar de baja laboral y exhibirse a través de las redes sociales más conocidas (Twitter, Facebook, Instagram) en actitud de festejo. En el caso concreto a que se refiere la STS de 20 de julio de 2018 (rec. núm. 2355/2017), un empleado de empresa pública se encontraba de baja laboral por enfermedad, sin embargo, parece que esta circunstancia no le impidió acudir a eventos sociales y actos políticos que quedaron reflejados a través de las correspondientes fotografías en dichas redes sociales, fotografías que fueron captadas con la expresa anuencia del demandante y fueron publicadas en internet por otras personas. El problema es, ante la fotografía, el comentario. Es decir, que las fotografías antedichas merecieron determinados comentarios que no fueron del todo agradables para el empleado de baja laboral que los protagonizaba. Los comentarios fueron del tipo: «no parece enfermo», y todos ellos, que fueron realizados por otro empleado de la misma empresa, aludían a la baja por enfermedad del afectado.

Ante ello, el aludido consideró que lo anterior atentaba contra sus derechos al honor, la intimidad y la propia imagen⁷ y, en consecuencia, interpuso demanda en defensa de sus

⁷ Un error muy común consiste en identificar estos tres derechos como si fueran uno solo o la vulneración de uno de ellos implicara automáticamente la de los otros dos, lo que no es necesariamente así.

derechos que consideró lesionados. Vaya por delante que, en este supuesto fáctico, si bien los tribunales de instancia desestimaron sus pretensiones, el Tribunal Supremo observó *vulneración del derecho a la intimidad*. En cualquier caso, interesa a efectos del presente trabajo centrarse en la libertad de expresión y, en definitiva, si hubo extralimitación por parte de quien verificó los comentarios sarcásticos y críticas respecto del demandante, que aun encontrándose de baja por enfermedad mostraba actitudes en público aparentemente contrarias a su situación personal.

En este sentido, la sentencia anteriormente citada declaró que tales expresiones se realizaron respecto de unos hechos cuya veracidad fue acreditada: el demandante acudió a determinados actos públicos de un partido político y a eventos del mundo de la moda y de la imagen en un periodo en que se encontraba de baja laboral de la empresa municipal en la que trabajaba. Asimismo, la cuestión presentaba un cierto interés general, como es el absentismo laboral injustificado, pues los tuits hacían referencia al supuesto carácter injustificado de la baja laboral del demandante mientras estaba en nómina de una empresa municipal. No se emplearon expresiones insultantes o vejatorias. Lo realizado por la demandada fue una crítica, utilizando un tono sarcástico sobre la conducta del demandante, y en este marco, el Tribunal Supremo resolvió que no hubo intromisión ilegítima en el derecho al honor.

Siguiendo con ejemplos concretos, la reciente STS de 3 de abril de 2019 (rec. núm. 2013/2018) se revela crucial para confirmar que al amparo de la libertad de expresión no todo vale; ratifica, asimismo, lo exacerbado de las manifestaciones que muchas veces se vierten en las redes sociales y la inconveniencia desde el punto de vista constitucional de permitir ciertos excesos dialécticos, por mucho que aparentemente se identifiquen con un derecho constitucional. Esta sentencia se refiere a lo escrito por un internauta, a la sazón concejal de un determinado ayuntamiento, que ante la muerte de un torero en la plaza de toros publica un comentario en su cuenta de la red social Facebook. En esencia, el «comentarista» llama al torero fallecido asesino y resalta lo que considera aspecto positivo de su fallecimiento por entender que «ha dejado de matar». Ni que decir tiene que los familiares del torero (mujer y padres) interpusieron demanda por vulneración de su derecho al honor; las sentencias de instancia estimaron la demanda y ahora el Tribunal Supremo confirma las mismas en el sentido de declarar que hubo extralimitación con la consiguiente violación del derecho a honor del torero fallecido.

En este marco, el Tribunal Supremo recuerda que cuando se suscita, como es el caso, un conflicto entre derechos fundamentales (libertad de expresión versus honor), la solución no pasa por una jerarquización de los derechos sino por una ponderación, teniendo siempre en cuenta las circunstancias del caso.

Según indica la sentencia, los criterios más relevantes para realizar la ponderación que permita concluir si el derecho a la libertad de expresión debe o no prevalecer sobre el derecho al honor en cada supuesto en que se produce un conflicto entre los mismos son, en primer lugar, la relevancia pública o el interés general de la cuestión sobre la que se han

vertido las opiniones, ya sea por la propia materia a la que aluda la noticia o el juicio de valor, ya sea por razón de las personas, esto es, porque se proyecte sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, o por ambas. En segundo lugar, la necesaria proporcionalidad en la difusión de las opiniones, pues se proscribiera el empleo de expresiones manifiestamente injuriosas, vejatorias, que no guarden relación o que no resulten necesarias para transmitir la opinión o la idea crítica. Ello viene determinado porque esta prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor no es absoluta, sino funcional. Las libertades de expresión e información del artículo 20.1 a) y d) de la Constitución prevalecen sobre los derechos de la personalidad del artículo 18 de la Constitución, en tanto que dichas libertades se ejerciten conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, esto es, cuando contribuyen al debate público en una sociedad democrática y no se vulnera grave e innecesariamente el ámbito protegido por los derechos de la personalidad, porque el respeto a estos derechos fundamentales también constituye una exigencia propia de una sociedad democrática.

En esta línea, la elocuencia con que se muestra el Tribunal Supremo es evidente al considerar que las manifestaciones enjuiciadas exceden del ámbito protegido por la libertad de expresión, tanto por su contenido gravemente vejatorio como, especialmente, por el contexto en el que se producen, justo tras la muerte traumática de la persona vejada.

Tales manifestaciones no consistieron en una crítica de la tauromaquia o de los toreros en general, sino que se referían concretamente a una persona que acababa de morir de un modo traumático. Y en las mismas no solo no mostraba una mínima compasión hacia este luctuoso suceso, sino que manifestaba un sentimiento de alegría o alivio por la muerte de quien tachaba, sin ambages, de «asesino». Esta muerte, según manifestaba la demandada en su cuenta de Facebook, tenía «aspectos positivos».

Para el Tribunal Supremo, como afirmó la sentencia de primera instancia, las manifestaciones de la demandada violentan y perturban el dolor de los familiares y la memoria del difunto, especialmente por el momento en que se profirieron y por el tono vejatorio empleado. Y aunque la demandada no pretendiera hacer creer que el fallecido había cometido la acción ilícita prevista y penada en el artículo 139 del Código Penal, la carga ofensiva del término «asesino» es evidente. No es aceptable la pretensión de la recurrente de trivializar el uso de una expresión de tal calado con la excusa de que no tenía nada personal contra el torero fallecido. Esa expresión tan ofensiva se dirige precisamente contra el fallecido y no contra personas indeterminadas. Un elemento fundamental que hace que la ponderación entre los derechos en conflicto deba decantarse en favor de la protección del derecho al honor es el relativo a las circunstancias en que se produjeron las manifestaciones de la demandada, justo tras la muerte del torero. Finalmente, el Tribunal Supremo recuerda que los usos sociales delimitan la protección del derecho al honor, y entre los usos sociales de una sociedad civilizada se encuentra, como exigencia mínima de humanidad, el respeto al dolor de los familiares ante la muerte de un ser querido, que se ve agravado cuando públicamente se veja al fallecido. Así las cosas, declara, confirmando las sentencias del Juzga-

do de Primera Instancia y de la Audiencia Provincial, que no hubo ejercicio adecuado del derecho a la libertad de expresión, sino vulneración innecesaria y gratuita del derecho al honor del torero fallecido.

3.3. Expresiones de letrados en el ejercicio del derecho de defensa

Que los abogados en ocasiones sean vehementes en la exposición de los hechos y, en definitiva, en la defensa de sus posiciones procesales es algo que no tiene por qué ser pernicioso desde el punto de vista constitucional; en lo que aquí interesa, desde el punto de vista de la libertad de expresión. Sin embargo, el problema se plantea cuando la vehemencia deja paso a extralimitaciones que puedan resultar intolerables, por redundar en una afectación del derecho al honor; ahí, como es bien sabido, ni el derecho de defensa ni la libertad de expresión pueden ganarle la partida al honor.

En el caso al que alude la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 14.^a, de 27 de diciembre de 2018 (rec. núm. 525/2017), el letrado utiliza expresiones en sus escritos de defensa que a juicio de la sala van más allá de su libertad de expresión en el ejercicio de la actividad de defensa; cierto es que nos encontramos ante una libertad de expresión especialmente resistente, inmune a restricciones que es claro que en otro contexto habrían de operar, por lo que al abogado le ampara mayor beligerancia en los argumentos e incluso términos excesivamente enérgicos. Ahora bien, esa beligerancia y exceso enérgico de argumentos solo podrían admitirse en atención a su funcionalidad para el logro de las finalidades que justifican su privilegiado régimen, y sin que en ningún caso pueda darse carta de legitimidad ni al insulto ni a la descalificación. Sería un decidido ataque utilizar expresiones innecesarias y humillantes o un lenguaje que se aparta de la neutralidad que supone criticar constructivamente⁸. Pero, ¿cuáles son las expresiones controvertidas empleadas por el letrado? ¿Hasta dónde puede llegar la crítica del abogado respecto de la sentencia judicial? Juzgue el lector por sí mismo:

La sentencia judicial es patética, se mete (refiriéndose al juez) en un incomprensible berenjenal del que no es capaz de salir; ¿qué le sucede a la abogada de la adversa y a la juez? ¿Que no entendieron nada de la asignatura y la aprobaron simplemente empollándola sin entender nada?, ¿copiaron en el examen?, ¿o les dieron un aprobado político? Es vergonzoso que en un pleito un jurista suelte tales sandeces.

Pues bien, en el caso presente la Audiencia de Barcelona acordó librar testimonio del contenido del recurso en el que se vertían tales expresiones al ICAB a los efectos disciplina-

⁸ Con cita de la STC 39/2009, de 9 de febrero.

rios pertinentes, al encontrar las expresiones proferidas por el letrado ofensivas e innecesarias para un buen ejercicio del derecho de defensa. Y es que una buena defensa del cliente nunca pasa por la descalificación gratuita, si acaso, al contrario, seguramente el abogado en cuestión no tenía más argumentos. Flaco favor para su representado.

3.4. Ataques contra el prestigio profesional

En la protección del derecho al honor está incluido el prestigio profesional, pues según confirma el Tribunal Supremo, entre otras, en Sentencia de 7 de mayo de 2012 (rec. núm. 1952/2010), forma parte del marco externo de trascendencia en que se desenvuelve el derecho al honor. Ahora bien, para que el ataque al mismo integre además una vulneración del derecho fundamental que nos ocupa, se requiere que tenga un cierto grado de intensidad, de manera que no basta la mera crítica de la actividad profesional, sino que debe haberse producido una descalificación injuriosa o innecesaria del comportamiento profesional de una persona, especialmente mediante infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad, lo que dependerá de las circunstancias del caso.

En el supuesto al que alude la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 6.^a, de 15 de noviembre de 2018 (rec. núm. 471/2018), se resuelve la posible vulneración del derecho al honor, en su vertiente de prestigio profesional, de quien es secretario-interventor de un ayuntamiento y funcionario de ese mismo ayuntamiento, contra el que un exconcejal de determinado partido político vierte una serie de calificativos en el pleno del ayuntamiento aprovechando la alta concurrencia de vecinos del pueblo. En concreto, el demandado usó la palabra «malifetes» aludiendo a la actuación del demandante; asimismo, le atribuyó el hecho de haber venido de la mano de quien había sido investigado por corrupción (y ello a pesar de que el demandante no fue investigado por hechos presuntamente delictivos ni siquiera tangencialmente) y puso de manifiesto las dudosas amistades de quienes entraban en su despacho o sus reuniones con el exalcalde. En este sentido, la sentencia recuerda que es evidente que la libertad de expresión no es tan amplia que ampare el derecho al insulto, de modo que la expresión queda condicionada por los parámetros democráticos de la dignidad, igualdad e intimidad de las personas y declara la existencia de un ataque contra el derecho al honor del demandante, quien desempeñaba su cargo en el ayuntamiento únicamente en su condición profesional de interventor del mismo, sin ningún matiz político.

3.5. Cargos públicos: con la política hemos topado

Que cualquier foro político (plenos de ayuntamiento, cámaras parlamentarias, comisiones) es un medio más que adecuado para formular opiniones y ejercer la libertad de expresión y que la posibilidad de hacerlo demuestra la fortaleza del sistema democrático, en

nuestra humilde opinión está fuera de toda duda. Sin embargo, en los últimos tiempos da la sensación de que hay cierta confusión entre lo que es un sano (y constitucional) ejercicio del derecho a la libertad de expresión y la emisión de avalanchas de descalificaciones en las instituciones políticas y públicas, cual si de un «todo vale» se tratara. Es el famoso «y tú más», que tan ínfimo nivel demuestra en quienes lo profieren. Sin embargo, lo determinante a los efectos que nos ocupan es dilucidar si tales manifestaciones están amparadas por la libertad de expresión. En este sentido, la STS de 8 de noviembre de 2018 (rec. núm. 1060/2017) resuelve un caso en que se había planteado si era excesiva la crítica en relación con la gestión de los asuntos públicos vertida a través de la distribución de panfletos con imputaciones falsas y expresiones ofensivas hacia el exalcalde y dos concejales de cierto ayuntamiento. Pues bien, en este caso el tribunal concluyó que las críticas contra el alcalde y dos concejales debían considerarse amparadas por la libertad de expresión, ya que todas ellas, por más duros que fuesen los términos empleados, se circunscribieron al ámbito de la gestión política de los luego demandantes, sin imputarles ningún acto de lucro o beneficio personal, sin atacarles en su esfera privada y sin incitar al odio ni a la violencia contra ellos.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta sala ante casos de crítica a la gestión política, y en especial en relación con la materia urbanística, la libertad de expresión tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información, porque no comprende como esta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. Según reiterada doctrina jurisprudencial, la crítica en relación con la gestión de los asuntos públicos no solo es lícita, sino también necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer cómo se gobiernan esos asuntos (en este sentido, sentencias 573/2015, de 19 de octubre; 591/2015, de 23 de octubre; 552/2016, de 20 de agosto; 258/2017, de 25 de abril, y 450/2017, de 13 de julio, todas ellas citadas por la más reciente 338/2018, de 6 de junio).

Sobre el juicio de proporcionalidad, la Sentencia 338/2018, de 6 de junio, recuerda que

su examen en un caso como el presente debe hacerse desde la concreta perspectiva de los enfrentamientos o las contiendas de naturaleza política pues, como resume la sentencia 92/2018, de 19 de febrero, «la jurisprudencia admite que se refuerce la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda o conflicto, tanto de naturaleza política, como en supuestos de tensión o conflicto de otra índole, como laboral, sindical, deportivo, procesal y otros (sentencia 450/2017, de 13 de julio, como ejemplo de las más recientes)»,

y de esta jurisprudencia son exponentes la sentencia 657/2014, de 14 de noviembre, respecto de unas declaraciones radiofónicas en un programa de ámbito municipal efectuadas por un concejal contra otro de la oposición, en las que se llegaba a cuestionar la legalidad de determinadas actuaciones urbanísticas, y la sentencia 423/2014, de 30 de julio, en relación con unas imputaciones de tráfico de influencias y vulneración de normas urbanísticas en propio provecho, realizadas por un concejal en nota o comunicado ante los me-

dios, también en un contexto de enfrentamiento político y de crítica del partido opositor a la gestión del gobierno municipal.

Por lo que se refiere a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las sentencias de 15 de marzo de 2011 (Otegui Mondragón contra España) y 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Rousa Capellera contra España) asignan a la libertad de expresión en el debate sobre cuestiones de interés público una relevancia máxima, correlativa al margen de apreciación especialmente limitado de las autoridades para sancionar (sentencia de 2011, apdo. 51).

Así, la sentencia de 2011, ante unas expresiones contra el rey de España tachándolo de «responsable de la tortura» e imputándole «que protege la tortura» y «que impone su régimen monárquico a nuestro pueblo por medio de la tortura y la violencia», recalca que «la pretendida exigencia de acreditación de la veracidad de los juicios de valor es irrealizable y afecta a la propia libertad de opinión, elemento fundamental del derecho garantizado por el artículo 10 [del Convenio]» (apdo. 53). Y añade que, aun cuando aquellas expresiones pudieran considerarse «provocativas» y «todo individuo que se comprometa en un debate público de interés general, como el demandante en este caso, no debe superar algunos límites, en particular, el respeto de la reputación y los derechos de los otros», sin embargo «le está permitido recurrir a una determinada dosis de exageración, o incluso de provocación, es decir, de ser un tanto inmoderado en sus observaciones», siempre que no se incite ni a la violencia ni al odio (apdo. 54). En definitiva, «es precisamente cuando se presentan ideas que ofenden, chocan o perturban el orden establecido cuando la libertad de expresión es más valiosa» (apdo. 56).

La sentencia de 2018, por su parte, recuerda que «la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y del desarrollo de cada uno», y precisa que «vale no solo para las "informaciones" o "ideas" acogidas favorablemente o que se consideran inofensivas o resultan indiferentes, sino también para las que hieren, ofenden o importunan: así lo requiere el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe ninguna "sociedad democrática" (apdo. 30, con cita de dos sentencias anteriores)».

Añade a continuación que el artículo 10.2 del convenio «no deja apenas margen para restricciones a la libertad de expresión en el ámbito del discurso y del debate público –en el que esta adquiere la más alta importancia– o cuestiones de interés general. Además, los límites de la crítica admisible son más amplios con respecto a un hombre público, al que se señala por ostentar esta condición, que a un simple particular». El hombre público «debe, por tanto, mostrar una mayor tolerancia» y, en definitiva, «las excepciones a la libertad de expresión requieren de una interpretación restrictiva» (apdo. 32).

Por su parte, la Sentencia 216/2013 consideró que la libertad de expresión amparaba la imputación a un edil de «concesión de licencias urbanísticas irregulares», «adjudicación de

un puesto de recaudador municipal a un amigo personal», o la «obstrucción a la justicia en la persecución de dichas infracciones».

3.6. El sentimiento nacionalista

En los últimos tiempos, estamos acostumbrados a que ciertos políticos catalanes soberanistas identifiquen sus postulados con las que dicen ser creencias o anhelos de todo el pueblo catalán. En definitiva, se identifican a sí mismos como todo el pueblo catalán, obviando el hecho incontestable y evidente de que en realidad representan solo una parte del mismo. En el caso al que alude la STS (de pleno) de 3 de abril de 2019 (rec. núm. 2106/2018), se dilucidaba la tensión existente entre el derecho al honor del pueblo catalán y la libertad de expresión de cierto periodista, que profirió un buen número de manifestaciones entre los días 10 y 17 de septiembre de 2013 con motivo de la realización de una cadena humana denominada «Via Catalana cap a la independència», en la celebración de la «Diada Nacional de Catalunya» el 11 de septiembre de ese mismo año. Sin perjuicio de la dureza de las manifestaciones vertidas e incluso de lo extralimitado de las mismas, la cuestión jurídica que se le planteaba al Tribunal Supremo es sumamente interesante desde el punto de vista del tema que nos ocupa. Resuelto inicialmente el escollo (procesal) de la legitimación activa, reconociendo que el *president* y el *govern* de la Generalitat de Catalunya tienen legitimación activa para interponer una demanda de protección del derecho al honor del pueblo catalán, la cuestión de fondo obligaba a resolver si las declaraciones del demandado fueron o no ofensivas contra el pueblo catalán.

En este contexto, el Tribunal Supremo resuelve en sentido negativo al estimar que no es correcto afirmar que las declaraciones del demandado afectaron al honor del «pueblo catalán», pues no fueron referidas al conjunto de la ciudadanía catalana, sino a un determinado sector político y social, el identificado con las tesis soberanistas, y a algunas personas e instituciones que el demandado situaba en ese sector, así como a otros ajenos a los anteriores, en concreto, el Gobierno de España y el ministro de Asuntos Exteriores, por su conducta con relación a los acontecimientos que en esa época sucedieron en Catalunya. Según la sentencia citada, la demanda identifica la parte con el todo, esto es, un determinado sector político del «pueblo catalán» con el «pueblo catalán» en su totalidad. El honor del «pueblo catalán» no es vulnerado por unas declaraciones que, en un contexto de contienda política y social, vienen referidas a un determinado sector de la sociedad, por más relevante que pudiera ser en ese momento.

Por último, declara la sentencia que el recurrente invoca «los valores de la pluralidad, la democracia y la discrepancia» para justificar que se estime vulnerado el honor del pueblo catalán. Pero justamente esos valores son incompatibles con la tesis de la demanda, que, en el contexto de una contienda política, identifica el «pueblo catalán» con un determinado sector del mismo, que es fundamentalmente el identificado con el proyecto político de quienes ostentaban el gobierno de la comunidad autónoma, de forma que se excluye del concepto de «pueblo

catalán» al discrepante que no participa de ese proyecto político, lo que es difícilmente compatible con los valores de democracia, pluralidad y respeto a la discrepancia que se invocan.

3.7. El conflicto con los sentimientos religiosos

¿Se puede opinar sobre las creencias religiosas? ¿Es posible que alguien se sienta ofendido por la caricatura o el uso de símbolos religiosos en una obra creativa? La respuesta es afirmativa e incluso puede decirse que ha provocado las más graves reacciones. El lector se acordará del atentado a la sede de Charlie Hebdo, el semanario satírico francés, el 7 de enero de 2015, en el que fallecieron 12 personas. La rama yemení de Al Qaeda reivindicó el ataque. La razón, según uno de los asesinos, era vengar al profeta Mahoma. El semanario había representado la figura de Mahoma, cosa prohibida por el islam. Varias autoridades islámicas francesas demandaron al director del semanario por injurias, pero prevaleció la libertad de expresión.

En nuestro país el artículo 16 de la CE garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto y la Ley Orgánica 7/1980 de libertad religiosa, desarrolla el derecho y prohíbe que las creencias religiosas constituyan un motivo de desigualdad o discriminación ante la ley. Además, España es uno de los pocos países en los que ofender al creyente es delito, y nos ha dado varios episodios célebres que han generado mucho debate en la sociedad.

El cantautor Javier Krahe fue juzgado por unas imágenes emitidas en Canal + en las que explicaba en tono jocoso «como cocinar un Cristo»; fue absuelto.

Las mujeres integrantes de la «procesión del Coño Insumiso» tuvieron también que pasar por un proceso penal por ofensa a los sentimientos religiosos. Las imputadas llevaban en una manifestación feminista en Sevilla una gran vagina de plástico, portando ornamentos que usualmente distinguen a las imágenes de representación de la Virgen María en los pasos de Semana Santa, y fueron denunciadas por la Asociación de Abogados Cristianos; fueron absueltas.

El actor Willy Toledo, con relación al anterior asunto escribió en Facebook el siguiente mensaje:

Tres compañeras serán juzgadas por (presuntamente) organizar la Procesión del Coño Insumiso en Sevilla... Se les imputa un delito «contra los sentimientos religiosos»... Yo me cago en Dios, y me sobra mierda pa cagarme en el dogma de la «santidad y virginidad de la virgen María». Este país es una vergüenza insoportable. Me puede el asco. Iros a la mierda. VIVA EL COÑO INSUMISO.

Por el mismo delito se le incoa un proceso penal del que fue absuelto.

Unas activistas de Femen se encadenaron con el torso desnudo en la catedral de la Almudena de Madrid, profiriendo gritos a favor del aborto. Fueron absueltas por el Juzgado

de lo Penal, pero la Audiencia las condenó por entender que eligieron un templo católico simbólico en Madrid para realizar actos físicos gravemente ofensivos y vejatorios para los sentimientos de los católicos.

3.8. Las publicaciones satíricas

La expresión de una opinión no siempre se hace de forma verbal o escrita. Puede hacerse con caricaturas o mediante la manipulación satírica de una fotografía. Según como se mire, no hay nada más hiriente que la burla o, por el contrario, la sátira y la ironía permiten decir cosas que de otra forma serían gravemente ofensivas.

El Tribunal Supremo entiende que debe existir una mayor permisividad en el humor gráfico (Sentencia de 17 de mayo de 1990), por ser consustancial al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje. No obstante, afirma que dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección al derecho del honor, intimidad personal y familiar y la propia imagen, y recuerda la doctrina del Tribunal Constitucional que rechaza el uso del tono jocoso o burlón cuando se utiliza como instrumento del escarnio.

En la Sentencia 544/2016, de 14 de septiembre se refiere a un caso en el que en una página web y con una pseudocabecera del periódico *El País*, bajo el titular «El fiscal Horacio demolerá personalmente su casa de La Bufona», aparecía una composición fotográfica integrada por la parte superior del cuerpo del cómico Chiquito de la Calzada, al que se une la imagen real del fiscal, a la entrada en el edificio principal de los juzgados. La sentencia dictada por la Audiencia concluyó lo siguiente:

La publicación utiliza la imagen del actor para provocar exclusivamente la burla sobre su persona. No se emplea esa imagen con una finalidad de crítica política o social (que podría entenderse que es la propia del texto de la publicación) sino para denigrar al demandante [...]. Mostrar el perfil del actor, su representación o figuración como un cómico, histrión o figurante ante los juzgados a cuya entrada se le sitúa, y en los que con frecuencia es natural entender que intervenía, convierte su persona en alguien completamente ajeno a la rigurosidad, seriedad y respeto que la actuación ante la justicia merece, lo que desacreditaba al demandante.

El Tribunal Supremo mantuvo esas conclusiones y confirmó la sentencia que estimó vulnerado el derecho a la propia imagen.

En relación con las crónicas satíricas, es interesante la STS núm. 583/2013, de 15 de octubre. Los hechos son los siguientes: en el diario *Estrella Digital* se publicó el 27 de abril de 2007 un artículo titulado «Los malayos del Real Madrid». El contenido literal del artículo es el siguiente:

En el fastuoso palco del Bernabéu se gastan bromas entre algunos de sus visitantes que se dan el «queo» de «cuidado con las carteras, cuidado con las carteras», avisando de que no es blanco todo lo que reluce en ese balcón del fútbol nacional, porque desde que llegó Carlos Ramón, amén de palmeros, pelotas, buscavidas y famosos de todo pelaje, también han pasado por allí gentes bajo serias sospechas judiciales, cuyos «currículum» procesales están empezando a salir, como no podía ser de otra manera –que diría Zapatero– y se veía venir.

La sombra de la corrupción «malaya» de Marbella vuelve a extenderse por el palco del Real Madrid que preside Carlos Ramón, porque uno de sus habituales visitantes, el excomisario Heraclio, persona muy relacionada con el vicepresidente blanco, Edmundo, ha sido detenido por el juez de Marbella e imputado por varios y presuntos delitos emparentados con la trama del inefable Pedro Enrique, quien permanece en la prisión de Alahurín. No es el primer caso, porque en su día y por otros motivos, también de la «operación Malaya», ya fue encarcelado el constructor Millán, de quien se dijo que puso los avales de Carlos Ramón en su candidatura a la presidencia blanca, después de que ambos –los dos buenos amigos del citado Edmundo– estuvieran juntos en la directiva que se hizo con el control de la plaza de toros de Las Ventas de Madrid, de donde fueron descabalgados tras la imputación de Millán en la «operación Malaya». La que todavía puede deparar sospechas que van incluso desde España a Francia (pisos en París), y que veremos si no invitan a declarar al empresario discotequero Edmundo, a quien sus amigos llaman Chato, al tiempo que lo presentan como una estrella adinerada del famoseo nacional por causa de festejos que organiza en espantosas fincas, y en los que gusta acompañarse de un combo de periodistas y de personajes conocidos, como el marido de la infanta doña Elena, Jaime. Las andanzas del tridente, Carlos Ramón, Edmundo y Millán, eran de muchos conocidas, pero ahora se amplían con la detención e imputación de este excolaborador de Ezequiel, y al parecer del famoso Pedro Enrique, hilo o conexión que podría conducir a nueva madeja de la que solo Dios sabe lo que nos puede deparar. De momento, podemos afirmar que en el entorno de Edmundo impera el pánico y la ansiedad por la especialísima relación del discotequero con este santo (Heraclio), que es menos rico, pero casi tan santo como el otro (Millán), que Dios los cría y ellos se juntan en Marbella o en el palco del Madrid, que bien podría ser el del Palermo como las cosas sigan así. Y que quede constancia de que esto del ladrillo, corrupciones e imputaciones no es un asunto solo del Real Madrid, porque el Atlético lo tuvo con los Fidel –y por allí anda uno de la familia, Germán, con la ayuda de Luis Carlos en pos del gran pelotazo del Manzanares–, como en su día ocurrió con el Barça y otros equipos, porque los ricos del ladrillo se han hecho con el control del fútbol español, aunque la camada Marbellí es para asombrar. No en vano Farsante, otro malayo, fue el dueño y señor del Córdoba, y el expresidente del Sevilla, Bernardo, también ha aparecido por el lío marbellí, ciudad que ha dado, por lo que se ve, mucha clientela para los más altos palcos del fútbol nacional y para los juzgados de la ciudad.

La demanda la interpuso Edmundo y la sentencia de primera instancia entendió que se había producido vulneración en el derecho al honor, pero la Audiencia revocó la sentencia y

desestimó la demanda al considerar que la información gozaba de relevancia pública por los protagonistas de la misma y por la materia sobre la que recaía, que era esencialmente veraz, que el artículo se enmarcaba dentro de una columna de opinión, de modo que la colisión se producía entre la libertad de expresión y el derecho al honor, que no contenía imputación de delito alguno ni expresiones injuriosas o insultantes (debiendo enmarcarse el artículo en una crónica satírica político-social sobre aspectos de notoriedad relativos a la «operación Malaya» de Marbella, el Real Madrid y otros equipos de fútbol), sino una referencia a las relaciones de amistad o profesional entre directivos del Real Madrid y personas implicadas en dicha operación policial, que no excedían del ámbito de la libertad de expresión. El Tribunal Supremo pone de relieve en primer lugar la necesidad de diferenciar entre la libertad de expresión y la libertad de información, y recuerda que esta última, dado su objeto de puesta conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones y no se presta una demostración de exactitud. El Tribunal Supremo afirma que el artículo publicado es de opinión, y que desde la perspectiva de la libertad de expresión el cumplimiento del requisito de veracidad no puede estimarse vulnerado ya que, aparte de la comunicación de ciertos hechos, el artículo recoge en tono satírico una serie de opiniones críticas sobre hechos de actualidad social y económica en los que figura al demandante por su relación de amistad, profesional y societaria con las personas que en él se citan, alguno de los que han sido detenidos en la «operación Malaya». Afirma el Supremo que

el tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones, e incluso la libertad de información, en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla. En esto radica el derecho de opinión y de crítica, el cual implica la utilización de expresiones que, en ocasiones, pueden no agradar a su destinatario, sin que por ello pueda deducirse que cualquier comentario en tono jocoso o sarcástico que implique una fuerte crítica haya de ser considerado insultante.

Concluye que no puede considerarse que las expresiones proferidas excedan de la libertad de expresión, valor constitucional indispensable en todo sistema democrático que, como tal, debe prevalecer sobre el derecho al honor.

3.9. Los ficheros de morosos

A nadie le gusta pasar por incumplidor, ni siquiera en un país de pillos. Acusar a alguien de moroso lesiona su dignidad, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. Pero

solo si el dato no es cierto. Existen ficheros en los que se incluyen los datos sobre incumplimientos de obligaciones dinerarias. Son los llamados «ficheros de morosos», y su inclusión indebida conculca el derecho al honor.

El Pleno del Tribunal Supremo, en Sentencia 284/2009, de 24 de abril, declaró que «la inclusión, faltando la veracidad, por una entidad, en un registro de solvencia patrimonial –los llamados "registros de morosos"– implica un atentado al derecho del honor del interesado que ha aparecido en tal registro erróneamente». Considera el Tribunal Supremo que la vulneración del derecho al honor provocada por la inclusión en registro de morosos se produce porque supone desmerecimiento y descrédito en la consideración ajena, dado que la imputación de ser moroso lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación. Para que se produzca la lesión es intrascendente el que el registro haya sido o no consultado por terceras personas, ya que basta la posibilidad de conocimiento por un público, sea o no restringido, y que esta falsa morosidad haya salido de la esfera interna del conocimiento de los supuestos acreedor y deudor, para pasar a ser de una proyección pública. Si además es conocido por terceros y ello provoca unas consecuencias económicas (como la negación de un préstamo hipotecario), o un grave perjuicio a un comerciante (como el rechazo de la línea de crédito), sería indemnizable, además del daño moral que supone la intromisión en el derecho al honor (STS 28/2014, de 29 de enero).

3.10. Las noticias sobre detenciones y procesos judiciales

Se habla de la pena del telediario. Aun cuando se traten de meras diligencias de investigación, la noticia de una detención impacta, y más si va acompañada de las correspondientes imágenes. ¿Qué ocurre si se trató de un error?

El Tribunal Constitucional ha reconocido que las noticias que conecten a una persona física con la comisión de un delito (STC 58/2018) o con su investigación en fase de instrucción (STC 14/2003) son susceptibles de afectar a su reputación y, por lo tanto, a su derecho al honor. No obstante, el Tribunal Supremo, en Sentencia 14/2003, de 28 de enero, afirma que

reviste relevancia e interés público la información sobre los resultados positivos o negativos que alcanzan en sus investigaciones las fuerzas y cuerpos de seguridad, especialmente si los delitos cometidos entrañan una cierta gravedad o han causado un impacto considerable en la opinión pública, extendiéndose aquella relevancia o interés a cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo.

Esta doctrina ha sido aplicada en diversas sentencias en las que se establecía la primacía del derecho a la información (STS 91/2017, de 15 de febrero; 587/2016, de 4 de octubre, y 682/2015, de 27 de noviembre, entre otras).

En la STC 28/2020, de 24 de febrero se analiza un caso curioso: en el seno de un proceso penal seguido ante la Audiencia Nacional, se acordó por el Juzgado Central de Instrucción librar mandamiento al Registro de la Propiedad para anotar la prohibición de disponer sobre un inmueble de un investigado. El registrador efectuó la notación expresando los delitos objeto de investigación, por lo que el investigado solicitó del órgano judicial que se ordenase al registro la supresión en la anotación de la mención de tales delitos, solicitud que fue desestimada, por lo que recurrió ante el Tribunal Constitucional. El tribunal declara que la información que relacione a una persona física con la investigación en fase de instrucción de hechos delictivos, aunque mantenga intacta la presunción de inocencia del afectado, conlleva o puede conllevar, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un desmerecimiento en la consideración ajena, quedando de ese modo menoscabada su reputación, y afirma que la mención de los delitos en la anotación registral no cumple los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad y constituye una información innecesaria para que la publicidad registral de la prohibición de disponer cumpla su función, por lo que se vulnera el derecho al honor del investigado.

Desde otra perspectiva, nos tiene ya acostumbrada la prensa a la publicación de numerosos datos extraídos de procesos penales cuya instrucción ha sido declarada secreta. Sin embargo, este hecho para el Tribunal Constitucional resulta irrelevante (STC 54/2004, de 15 de abril) en el ámbito de la vulneración del derecho a la intimidad y declara que

la incertidumbre sobre la obtención del documento no puede resolverse mediante una presunción de ilicitud. Al margen de otras consideraciones –las derivadas del contenido del artículo 24.2 CE–, una regla favorable a presumir la ilicitud sería contraria a la eficacia del derecho fundamental a la libertad de información y vaciaría de contenido el secreto profesional que, al servicio de aquel derecho, consagra el propio artículo 20.1 d) de la Constitución (STC 24/2019, de 25 de febrero).

Por eso, la publicación en un diario digital de un extracto de la cuenta bancaria de la que era presidenta de la Diputación Provincial de León, concejala del Ayuntamiento de León, y en razón del cargo público que ostentaba, miembro del Consejo de Administración de Caja España, documento que acreditaba que percibía de esta entidad determinadas cantidades de dinero por los desplazamientos para asistir a las reuniones de dicho consejo, pese a que los hacía en el vehículo oficial puesto a su disposición por la Diputación Provincial, no conculca el derecho a la intimidad. Razona el Tribunal Constitucional que la información difundida tenía relevancia pública y que no ofrece duda la importancia social de la noticia y de los datos asociados y publicados con ella, tanto por la condición de cargo público de la persona a la que se refiere, como por el hecho en sí mismo sobre el que versa la misma, que tiene que ver con percepciones económicas sin causa y utilización de bienes públicos. El periodista había sido condenado como autor de un delito de elevación de secretos y el Tribunal Constitucional declara que con ello se vulneró su derecho fundamental a la libertad de información.

3.11. Las expresiones de odio

Nos referimos a los mensajes racistas, xenófobos, sexistas y homófobos y aquellos que incitan al odio o al desprecio de determinados colectivos.

No existe un límite constitucional a la libertad de expresión de las expresiones de odio, pero está configurado como delito en el Código Penal, que sanciona la provocación como forma de participación en el delito y tipifica los delitos de provocación a cometer actos de racismo, de terrorismo o a la secesión, así como los delitos de injurias y calumnias.

La STC 35/2020, de 25 de febrero, en relación con el discurso del odio, reitera sus anteriores 112/2016 y 177/2015 en las que afirmó que,

ante conductas que pueden ser eventualmente consideradas manifestaciones del discurso del odio, la labor de control constitucional que debe desarrollarse es la de «dilucidar si los hechos acaecidos son expresión de una opción política legítima, que pudieran estimular el debate tendente a transformar el sistema político, o si, por el contrario, persiguen desencadenar un reflejo emocional de hostilidad, incitando y promoviendo el odio y la intolerancia incompatibles con el sistema de valores de la democracia» (FJ 4). Igualmente se recordaba que «en la STC 136/1999, de 20 de julio, afirmamos que "no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre" (FJ 15). Del mismo modo, la utilización de símbolos, mensajes o elementos que representen o se identifiquen con la exclusión política, social o cultural, deja de ser una simple manifestación ideológica para convertirse en un acto cooperador con la intolerancia excluyente, por lo que no puede encontrar cobertura en la libertad de expresión, cuya finalidad es contribuir a la formación de una opinión pública libre» (FJ 4). Y, además, que «es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado discurso del odio son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes» (FJ 4).

La sentencia considera que se ha vulnerado el derecho de libertad de expresión al haber sido condenado como autor de un delito de enaltecimiento del terrorismo o humillación a las víctimas de quien desde su cuenta de Twitter había realizado los siguientes tuits: «El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO»; «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina»; «Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... si no les das lo que a Carrero Blan-

co, la longevidad se pone siempre de su lado»; «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco»; «Ya casi es el cumpleaños del Rey. ¡Que emoción!» Otro usuario le dice: «Ya tendrás el regalo preparado, ¿no? ¿Qué le vas a regalar?» A lo que contesta: «Un roscón-bomba».

En la STC 177/2015, de 22 de julio se examina el caso de la condena por injurias a la Corona a Jaime Roura y Enric Stern, que el día 13 de septiembre de 2007, con motivo de la visita del rey a Gerona, quemaron una fotografía de los reyes de España tras una manifestación encabezada por una pancarta que decía «300 años de Borbones, 300 años combatiendo la ocupación española». El tribunal considera que el hecho es una manifestación de la libertad de expresión y afirma que la cuestión estriba en examinar si se trata de la expresión de un pensamiento crítico contra la Monarquía o de un acto que incita a la violencia o al odio hacia la Corona, y considera que quemar en público la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza, por lo que lo considera un acto no solo ofensivo sino también incitador al odio, en la medida en que la cremación de su imagen física expresa, de un modo difícilmente superable, que son merecedores de exclusión y odio.

4. Libertad de expresión y derecho a la información versus derecho a la intimidad

El derecho a la intimidad se vincula a la esfera más reservada de las personas, es decir, a aquello que se desea mantener oculto a los demás por pertenecer a su ámbito más privado (SSTC 151/1997, de 29 de septiembre), reconociéndose incluso a las personas más expuestas al público (STC 134/1999, de 15 de julio). La proyección pública y social no puede ser utilizada como argumento para negar, a la persona que la ostente, una esfera reservada de protección constitucional en el ámbito de sus relaciones afectivas, derivadas del contenido del derecho a la intimidad personal, reduciéndola hasta su práctica desaparición (STC 7/2014, de 27 de enero, FJ 4 a). La intimidad, de acuerdo con el propio precepto constitucional, se reconoce no solo al individuo aisladamente considerado, sino también al núcleo familiar (SSTC 197/1991, de 17 de octubre o 231/1988, de 2 de diciembre).

El Tribunal Constitucional ha reiterado que el derecho a la intimidad se funda en la necesidad de garantizar

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, que puede ceder ante la prevalencia de otros derechos, como el derecho a la información cuando se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (STC 77/2009, de 23 de marzo, FJ 2).

«La intimidad protegida por el art. 18.1 CE no se reduce necesariamente a la que se desarrolla en un ámbito doméstico o privado» (STC 12/2012, FJ 5). Deben tenerse en cuenta «las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, pueda tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno» (STC 12/2012, FJ 5). Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, «una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad» (STC 12/2012, FJ 5).

La vulneración de este derecho con el ejercicio de la libertad de información es frecuente. El Tribunal Constitucional, en Sentencia 24/2019, de 25 de febrero, ha declarado que

la relevancia pública de la información «justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia» (SSTC 134/1999, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8; 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3, antes citada, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8). En estos casos, a fin de delimitar si la afectación a la intimidad de las personas ha de reputarse legítima por hallarse justificada en la libertad de información, se ha venido sometiendo a cada uno de los datos publicados a un juicio de necesidad, rechazando que quede protegida la transmisión de aquellos que se revelen como «manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información» (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 8, y 121/2002, de 20 de mayo, FJ 5). En consecuencia, no está protegida por la libertad de información (art. 20.1.d CE) la divulgación de datos que, afectando a la intimidad, sean enteramente ajenos a lo «noticiable», excedan de cuanto pueda tener relevancia informativa o puedan calificarse de irrelevantes, gratuitos o innecesarios (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 8; 154/1999, de 14 de septiembre, FJ 9; 52/2002, de 25 de febrero, FJ 8, y 127/2003, de 30 de junio, FJ 8).

Cuando se afecta al derecho a la intimidad, lo determinante para resolver el conflicto de derechos es la relevancia pública de la información y no la veracidad del contenido de la información divulgada, en cuanto que, a diferencia de lo que sucede en las intromisiones en el honor, la veracidad no es paliativo sino presupuesto de la lesión de la intimidad (STC 25/2019, de 25 de febrero).

4.1. Las fotos «robadas»

La publicación de fotografías «robadas» o no autorizadas es fuente frecuente de conflicto. Para la primacía del derecho a la información el Tribunal Constitucional exige que esté amparada en un interés público constitucionalmente relevante y advierte que no cabe identificar indiscriminadamente interés público con *interés del público*, o de sectores del mismo ávidos de curiosidad.

A veces la invasión es muy evidente, como cuando se captan imágenes en el interior de una vivienda, pero cuando esas imágenes son captadas en la calle, el tema se difumina. No obstante, el carácter público del lugar donde se obtienen las imágenes no ubica necesariamente al afectado fuera del ámbito de protección inherente al derecho a la intimidad (fundamento jurídico 4.b de la STC 7/2014).

La STC 18/2015, de 16 de febrero examina el caso planteado por Gonzalo Miró por la emisión en los programas de televisión *Aquí hay tomate*, *TNT* y *Salsa rosa* de unas imágenes que a su juicio suponían una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la propia imagen. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial estimaron la existencia de dicha intromisión, pero el Tribunal Supremo casó la sentencia por estimar que no había existido. Gonzalo Miró recurrió en amparo. Los hechos fueron los siguientes: En las imágenes difundidas en los programas de *Salsa rosa* aparece el Sr. Miró acompañando a la Sra. Martínez de Irujo al Palacio de Liria, a la vez que una voz en off habla de su relación, efectuando los contertulios de dicho programa comentarios sobre la misma: se habla de la situación de la pareja y de la venta por parte del Sr. Miró de su chalet, efectuándose un relato sobre el desarrollo de la relación sentimental, a la vez que aparecían imágenes de la pareja metiendo cosas en el maletero de un coche y besándose entre ellos. En el programa *TNT*, aparecen imágenes de Gonzalo Miró y su pareja en una *haima* en Marruecos y en el interior de una discoteca, realizando los contertulios del programa determinados comentarios. Tanto las imágenes en las que aparecen la pareja en una *haima* como aquellas en que están en el interior de una discoteca, fueron tomadas con teléfonos móviles o cámaras ocultas. Aparecen asimismo imágenes de la casa del Sr. Miró y las declaraciones de una de sus vecinas hablando de las mujeres que había llevado él a su casa, preguntando a esta vecina por la Sra. Martínez Irujo. En el programa *Aquí hay tomate* aparecen en días sucesivos una serie de imágenes de Gonzalo Miró, unas veces hablando de la «bonita historia de amor» del mismo con la Sra. Martínez de Irujo, sacando a ambos en lugares en los que habían estado juntos, o llevando el Sr. Miró a la Sra. Martínez de Irujo a su casa, con comentarios como «le han pillado llevando a la duquesita al Palacio de Liria» o sobre si la duquesa de Alba había dado el visto bueno a esta relación; otras veces sacando imágenes del Sr. Miró cuando iba a jugar un partido de fútbol, entrando y saliendo en diferentes vehículos y en locales y sitios diferentes (gasolinera, peluquería).

El Tribunal Supremo consideró que, aunque las relaciones sentimentales pertenecen al ámbito de la intimidad, entiende que los interesados ya habían aparecido anteriormente en la revista *Hola* y no habían adoptado pautas de comportamiento con el fin de resguardar ese ámbito reservado frente a una publicidad no querida, por lo que no existía vulneración al derecho a la intimidad, pues no se habían revelado datos que no fueran conocidos anteriormente por el público por haber sido ya objeto de tratamiento informativo. Con relación al derecho a la propia imagen, comienza indicando el Supremo que supone la facultad del interesado de difundir o publicar su propia imagen, sin que ello elimine su facultad de no autorizar o impedir la reproducción de su imagen, y tratándose de persona de notoriedad o proyección pública siempre que no se encuentre en lugar público. Afirma que, en este caso, debe primar el derecho a la información, dado el carácter público del personaje, que

hace que su imagen sea objeto de interés, y considera que no puso los medios necesarios para sustraerse a la curiosidad ajena, por tratarse de espacios cuyo uso resulta normal y que comporta que la persona pública sea despojada de su derecho de disponer de la propia imagen, y haya de soportar las molestias que pueda causarle la captación y reproducción de su figura física sin su consentimiento. Y las imágenes con su pareja en una actitud cariñosa fueron captadas en lugares públicos.

En el recurso de amparo Gonzalo Miró alegó que se habían servido de imágenes captadas mediante cámara oculta, algunas de ellas obtenidas en el extranjero, en espacios en los que no podía imaginar que estaba siendo fotografiado o grabado, por lo que tenía una legítima expectativa de privacidad. El Tribunal Constitucional considera que la notoriedad del Sr. Miró no justifica, sin más, la captación clandestina de las imágenes que fueron emitidas en los programas de televisión. Afirma que no es el titular del derecho la propia imagen el sujeto obligado a su protección, ni quien debe erigir obstáculos o barreras defensivas frente a posibles injerencias, sino que son los terceros quienes vienen obligados a respetar el derecho fundamental cuando se trata de la captación de imágenes que se refieren a un ámbito personal y privado. Considera que las imágenes difundidas carecen de relevancia pública y suponen asimismo una lesión al derecho a la intimidad, por lo que la información difundida no es digna de protección constitucional.

4.2. El uso de cámara oculta

En el periodismo de investigación se ha estado utilizando el método de la cámara oculta para evadir la prohibición de grabar del dueño del local o de la persona entrevistada. El Tribunal Constitucional (STC 12/2012) ha considerado que las cámaras ocultas tienen una especial capacidad intrusiva por los siguientes motivos:

- a) En primer lugar, «el carácter oculto que caracteriza a la técnica de investigación periodística llamada "cámara oculta" impide que la persona que está siendo grabada pueda ejercer su legítimo poder de exclusión frente a dicha grabación, oponiéndose tanto a su realización como a su posterior publicación o difusión, pues el contexto secreto y clandestino se mantiene hasta el mismo momento de la emisión y difusión televisiva de lo grabado, escenificándose con ello una situación o una conversación que, en su origen, responde a una previa provocación del periodista interviniente, verdadero motor de la noticia que luego se pretende difundir».
- b) En segundo lugar, «la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones, así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro

que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones».

- c) Finalmente, «la finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita».

La STC 74/2012 puso de manifiesto que la utilización periodística de cámaras ocultas no resulta necesaria ni adecuada, desde la perspectiva del derecho a la libertad de información, cuando existan otros «métodos de obtención de la información y, en su caso, una manera de difundirla en que no queden comprometidos y afectados otros derechos con rango y protección constitucional».

El Tribunal Constitucional, en Sentencia 25/2019, de 25 de febrero, analiza la licitud del uso de una cámara oculta de grabación videográfica por un periodista, que, haciéndose pasar por un cliente en una consulta privada de un médico, graba la imagen, la voz y la forma de conducirse de la persona que lo atiende. El juicio de ponderación se efectúa entre la libertad de información y los derechos del honor, intimidad y propia imagen. Matiza el tribunal que lo que cobra relieve en el caso no es solo el contenido estricto de la información obtenida, sino también cómo se ha recogido y registrado mediante la grabación subrepticia, así como el lugar donde se ha llevado a cabo, el «reducto reservado de una consulta profesional».

Afirma que el enjuiciamiento constitucional del uso periodístico de la cámara oculta requiere un juicio específico de proporcionalidad que se proyecte sobre la existencia o no de medios menos intrusivos para obtenerla, y no sobre el interés general o la relevancia pública de los hechos sobre los que se quiere informar, que de no existir no podría justificar la publicación de la información, con independencia de cómo se hubiera obtenido.

Sostiene que los medios de comunicación social que difundan imágenes obtenidas mediante cámara oculta deberán distorsionar el rostro y la voz de las personas grabadas cuando su identificación no sirva al interés general en la información, para no conculcar el derecho a la propia imagen; y que tampoco podrán difundirse imágenes que muestren situaciones o comportamientos que menoscaben innecesariamente la reputación de las personas.

En este caso, considera que el objetivo del programa donde se emitieron las imágenes era difundir información de interés general, pues pretendía alertar sobre prácticas fraudulentas inclusivas en el ámbito de la salud, aunque la información se desnaturalizó desde el momento en que se centró en la actuación concreta del titular de la consulta profesional, y que bajo el pretexto de realizar una denuncia o contribuir a un debate general no se puede dirigir la atención del público a una persona que hasta ese momento carecía de notoriedad.

Concluye que aun cuando la información obtenida hubiera sido de relevancia pública, los términos en que se obtuvo y registró, mediante el uso de una cámara oculta y en un ámbito

privado como es una consulta profesional, y luego se difundió en el medio televisivo, focalizando un tema de interés general en la concreta actuación del demandante de amparo, constituyeron una ilegítima intromisión en el derecho fundamental a la intimidad personal.

5. Libertad de expresión y derecho a la información versus el derecho a la propia imagen

Cuando la libertad de expresión se efectúa mediante la difusión del aspecto físico de una persona, encuentra su límite en el derecho a la propia imagen, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. Los individuos pueden decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, pues está garantizado un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas (ATC 28/2004, FJ 3), (STC 176/2013, de 21 de octubre, FJ 6).

No obstante, el derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto o incondicionado, de manera que ante determinadas circunstancias la regla general, conforme a la cual es el titular del derecho quien decide si permite o no la captación y difusión de imágenes, queda excluida a favor de los otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos. Ante supuestos de colisión con la libertad de información, deberán ponderarse los diferentes intereses en litigio, y el canon de constitucionalidad que ha de regir en la ponderación queda explicitado, entre otras, en la STC 19/2014, de 10 de febrero, FJ 6, en los siguientes términos:

En efecto, este Tribunal ha venido reiterando que la libertad de información «ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho no solo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (por todas, STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4, y las allí citadas). Ahora bien, como se sabe, hemos condicionado la protección constitucional de la libertad de información a que esta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. También hemos afirmado que el valor preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática [...]. De modo que la legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales [...] requiere no solo que la informa-

ción cumpla la condición de la veracidad, sino también que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, "pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad", sin que baste a tales efectos la simple satisfacción de la curiosidad ajena (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3)» (STC 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 5).

El derecho a la propia imagen no queda condicionado por la circunstancia de que, en ocasiones pasadas, el titular del derecho haya otorgado su consentimiento para la reproducción de su aspecto físico o no haya reaccionado frente a una reproducción no consentida. Tampoco la notoriedad pública de la persona cuya imagen ha sido divulgada, ni el hecho de que tales imágenes hayan sido obtenidas en lugares abiertos al público suponen la falta de protección, pues, como se indica en el fundamento jurídico 8 de la STC 19/2014:

Una vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante, como ya hemos puesto de manifiesto, la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen, pues no cabe privar incondicionalmente a la persona de la capacidad de decidir sobre qué aspectos de ella desea preservar de la difusión pública. Por ello, no cabe entender, que la recurrente –personaje público– que se expone a la mirada ajena al ser las imágenes captadas en una playa, deba asumir que su imagen pueda ser captada y difundida sin su consentimiento, le satisfaga o no el resultado (STC 18/2015, de 16 de febrero).

En la STC 27/2020, de 24 de febrero se examina el siguiente caso: el 8 de julio de 2013, en la edición en papel y digital del diario *La Opinión-El Correo de Zamora*, bajo el título «Un hombre muere en Zamora al dispararse después de herir a su hermano de otro tiro», se publicó un reportaje sobre un suceso ocurrido el día anterior en el domicilio familiar. El sobreviviente consideró que el artículo contenía datos que permitían identificarle y se incluyeron fotografías que habían sido obtenidas de Facebook sin la previa autorización. El Juzgado de Primera Instancia y la Audiencia consideraron vulnerado el derecho la propia imagen. El Tribunal Supremo argumentó que

el que el titular de una cuenta en una red social en internet permita el libre acceso a la misma, y, de este modo, que cualquier internauta pueda ver las fotografías que se incluyen en esa cuenta, no constituye, a efectos del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, un «acto propio» del titular de derecho a la propia imagen que excluya del ámbito protegido por tal derecho la publicación de la fotografía en un medio de comunicación. Tener una cuenta o perfil en una red social en internet, en la que cualquier persona puede acceder a la fotografía del titular de esa cuenta, supone que el acceso a esa fotografía por parte de terceros es lícito, pues está autorizada por el titular de la imagen. Supone incluso que el titular de la cuenta no puede

formular reclamación contra la empresa que presta los servicios de la plataforma electrónica donde opera la red social porque un tercero haya accedido a esa fotografía cuyo acceso, valga la redundancia, era público. Pero no supone que quede excluida del ámbito protegido por el derecho a la propia imagen la facultad de impedir la publicación de su imagen por parte de terceros, que siguen necesitando del consentimiento expreso del titular para poder publicar su imagen.

El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo.

6. La extralimitación del derecho penal como límite a la libertad de expresión

Varios raperos, actores y cantantes (César Strawberry, Pablo Hasél, Willy Toledo, Valtonyc, los titiriteros que representaron en Madrid *La Bruja y don Cristóbal*) han visto cómo eran detenidos y se abrían procesos penales contra ellos por manifestaciones que podrían estar amparadas por el derecho fundamental a la libertad de expresión.

La reciente Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 35/2020, de 25 de febrero indica que antes de juzgar si lo expresado por el acusado es subsumible bajo el tipo penal, debe el tribunal examinar si la expresión constituye o no un ejercicio del derecho a la libertad de expresión, pues la falta de ese examen previo constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración. En Sentencia 24/2019, de 25 de febrero se indica que

cuando se alega que la conducta por la que se sigue el proceso penal constituye, a su vez, ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el órgano judicial debe examinar, como cuestión previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si estos no han de encuadrarse dentro de ese ejercicio legítimo (SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2, y 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 e). «Es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito» (STC 89/2010, de 15 de noviembre, FJ 3, citada por la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2 e). En estos casos, el ejercicio legítimo del derecho fundamental operaría como causa excluyente de la antijuridicidad de esa conducta (STC 104/1986, de 13 de agosto, FFJJ 6 y 7, reiterada en las SSTC 105/1990, de 6 de junio, FFJJ 3 y 4; 85/1992, de 8 de junio, FJ 4; 136/1994, de 9 de mayo, FJ 2; 297/1994, de 14 de noviembre, FFJJ 6 y 7; 320/1994, de 28 de diciembre, FFJJ 2 y 3; 42/1995, de 18 de marzo, FJ 2; 19/1996, de 12 de febrero, FJ 2, y 232/1998, de 30 de diciembre, FJ 5), habiendo considerado también que la eventual apreciación de que la condena penal ha desconocido el contenido constitucional de los derechos fundamentales alegados comportaría siempre la falta de habilitación legal para sancionar (SSTC 110/2000, de 5 de mayo, FJ 6, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 3).

7. A modo de conclusión

Visto el estado de la jurisprudencia, quizás pudiera llegarse a alguna que otra conclusión precisa acerca del estado de salud del derecho fundamental a la libertad de expresión, que algunos sitúan en estado de coma o cuando menos de grave enfermedad, mientras que otros lo consideran excesivo cuando se usan expresiones muy «sonoras». En unos tiempos en los que las redes sociales han propiciado la inmediatez y el carácter expansivo de los juicios de valor, opiniones y manifestaciones que se vierten sin límite espacial alguno (internet es el mundo entero), resulta relevante recordar que por muy hiriente que sea la expresión proférica, por muy ofendida que se sienta la persona aludida, la libertad de expresión lo aguanta casi todo con tal de que en el otro extremo no exista otro derecho fundamental lesionado (no que se crea lesionado). Por supuesto, que quien resulta «agraciado» con determinados ataques o calificativos ejerza su derecho constitucional de defensa, nunca puede considerarse invasivo de la libertad de expresión o indicativo de presuntas opresiones, como tampoco que la respuesta judicial no sea del agrado de unos o de otros, porque al final todo es subjetivo.

Sabido es que la libertad de expresión y el derecho a la información, en cuanto soporte básico del Estado social y democrático de derecho, suelen ganarle la partida al honor, intimidad y propia imagen. A nuestro juicio, la clave está en lo que pueda considerarse insulto y en no convertir las faltas de respecto en atentados susceptibles de incriminación o condena en el ámbito judicial. Seguramente si existiera un poco de empatía y respeto por el prójimo, muchos de los pleitos entablados en defensa del honor no tendrían desarrollo alguno.

Sin embargo, parece que pedir respeto y tolerancia con quien simplemente no piensa o siente igual en los tiempos que corren sea pura entelequia. Por lo tanto, mucho nos tememos que el conflicto está servido.

Referencias bibliográficas

Beccaria, Cesare. (1998). *De los delitos y las penas. Con el Comentario de Voltaire*. Alianza.

Pericay Hosta, Xavier. (2006) La libertad de expresión amenazada: ¿de qué estamos hablando? *Cuadernos de Pensamiento Político*, 12, 67-71.

Rubio Llorente, Francisco, Aragón Reyes, Manuel y Blanco Canales, Ricardo (Eds.). (1982). *Código de Leyes Políticas. La Constitución española de 1978*. Centro de Estudios Constitucionales.

Stuart Mill, John (2014). *Sobre la libertad*. Akal.