



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

**FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO
DOCTORADO DERECHO PRIVADO**

**FACTORES DE ATRIBUCIÓN POR DAÑOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A
LA PROPIA IMAGEN DERIVADOS DE LOS MEDIOS MASIVOS DE
COMUNICACIÓN**

TESIS DOCTORAL

**DOCTORANDO
PAUL ALFREDO HOFER**

**DIRECTOR
DR. EUGENIO LLAMAS POMBO**

**SALAMANCA
2018**

Dedicado a.....

A mi amor, quien me dio las razones más importantes de mi vida: Lola, Iago y Nina.

A todos aquellos que persiguen sus sueños, a los que viven y no se callan, a los que nunca traicionan su filosofía de vida.

A mi familia, especialmente a mi querida abuela tete, quien sembró esa semilla inquieta que persigue quimeras, admirando las flores que crecen en la basura.

A salamanca, mi segundo hogar, y a todos aquellos que ayudaron en este camino.

“Cuando se descubrió que la información era un negocio, la verdad dejó de ser importante”.

Ryszard Kapuściński

Por eminentes que sean las cualidades intelectuales
de un pueblo, si la fuerza moral, la energía
y la perseverancia, le faltan, en ese pueblo jamás podrá prosperar el derecho”

Rudolph Von Ihering
“Espíritu del Derecho Romano”

“Es repugnante no tener una mejor razón para una norma de derecho que ésta.
Pero es todavía más repugnante si las razones por las que se impuso
han desaparecido hace tiempo,
y la norma simplemente persiste por imitación ciega del pasado”.

(Oliver Wendell Holmes, Jr., The Path of the Law, 1897)

ÍNDICE

Abreviaturas.....	11
Introducción.....	13

CAPITULO I

LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD, A LA PROPIA IMAGEN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

1.1 El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como derechos de la personalidad.....	19
1.2 Honor, intimidad y propia imagen. Mutabilidad o inmutabilidad de una valoración conceptual.....	24
1.3 Concepto de honor.....	26
1.3.1 Noción doctrinal.....	26
1.3.2 Noción legal.....	36
1.3.3 Límites del derecho al honor.....	37
1.4 Concepto de intimidad.....	42
1.4.1 Noción doctrinal.....	42
1.4.2 Noción legal.....	47
1.4.3 Límites del derecho a la intimidad.....	50
1.5 Concepto de propia imagen.....	52
1.5.1 Noción doctrinal.....	52
1.5.2 Noción legal.....	57
1.5.3 Límites del derecho a la propia imagen.....	60
1.5.4 Discusión sobre su entidad e independencia.....	62
1.5.5 El derecho a la imagen y el derecho a la individualidad.....	71
1.6 Unidad o diferencias conceptuales.....	81
1.7 Libertad de expresión e información. Relación de género a especie.....	85
1.7.1 Reconocimiento jurídico.....	93
1.7.2 Límites y restricciones.....	94
1.8 Sujetos pasivos. Titularidad.....	101
1.8.1 Las personas públicas.....	103
1.8.2 Las personas con notoriedad pública.....	104
1.8.3 Las personas sin notoriedad pública.....	106
1.9 Sujetos activos. Profesionales de la información y MMC.....	107

CAPÍTULO II

LA COLISIÓN DEL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

2.1 Análisis estructural de los derechos fundamentales (art. 18 y 20 CE).....	113
2.1.1 Introito.....	113
2.1.2 Estructura e integración de los derechos fundamentales objeto de análisis.....	113
2.1.2.1 Principios y reglas.....	113
2.1.2.2 Colisión de principios y conflictos de reglas.....	119
2.1.2.3 Nuestro criterio.....	124
2.1.2.4 Recepción de la teoría de los derechos fundamentales como principios en España.....	125
2.2 Límites a los derechos fundamentales en conflicto.....	126
2.3 El contenido esencial de los derechos fundamentales.....	131
2.4 Cláusulas explícitas de limitación a los derechos fundamentales.....	142
2.5 Derechos constitucionales de igual rango, pero con intereses teleológicos subyacentes. Criterio de ponderación.....	147
2.6 Situaciones específicas de colisión entre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen y la libertad de expresión e información.....	157
2.7 Situación a la luz del derecho constitucional y civil argentino.....	164

CAPÍTULO III

LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA Y LOS ELEMENTOS QUE LA LEGITIMAN

3.1 Formas de atentar contra el honor, la intimidad y la propia imagen.....	177
3.1.1 Intromisión ilegítima en el derecho al honor.....	178
3.1.2 Intromisión ilegítima al derecho a la intimidad.....	179
3.1.3 Intromisión ilegítima al derecho a la propia imagen.....	187
3.2 Elementos que legitiman la intromisión al honor, a la intimidad y a la propia imagen.....	189
3.2.1 Causas establecidas en la LO1/82.....	189
3.2.1.1 El consentimiento.....	191
3.2.1.2 Establecidas o autorizadas por la ley.....	198
3.2.1.3 Establecidas o autorizadas por autoridad.....	203
3.2.1.4 Predominio de un interés relevante.....	205
3.2.1.5 Especial referencia a los usos sociales y los actos propios.....	208

CAPÍTULO IV

IMPUTACIÓN OBJETIVA: APARIENCIAS Y MITOS

4.1 Introducción.....	221
4.2 Los fundamentos subjetivistas: algunas provocaciones.....	222
4.2.1 Fundamentos históricos y teleológicos.....	222
4.2.1.1 La crisis de la prensa liberal y el auge de la prensa comercial.....	224
4.2.1.2 Mutación de la finalidad.....	224
4.2.2 Fundamentos sociológicos. El poder de los MMC.....	226
4.2.3 Fundamentos económicos.....	232
4.2.3.1 El riesgo empresarial.....	235
4.2.3.2 El consumidor de información.....	238

4.2.4 Fundamento Jurídico. Los criterios de imputación.....	239
---	-----

CAPÍTULO V

FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN EN LA LO 1/82

5.1 La intromisión ilegítima.....	247
5.2 Carácter de la enumeración del artículo 7.7 LO 1/82.....	247
5.3 La presunción del artículo 9.3 LO 1/82.....	253
5.4 Elementos legitimadores de la libertad de información y expresión.	
Determinantes de contenido y de reparación.....	261
5.4.1 La veracidad informativa.....	265
5.4.1.1 La veracidad consagrada en el texto constitucional.....	266
5.4.1.2 La veracidad y su relativa función legitimadora.....	273
5.4.1.3 El reportaje neutral como especie del derecho de información.....	278
5.4.2 Relevancia pública o informativa. Elementos objetivos y subjetivos.....	282
5.4.3 Vehículo de la noticia o información.....	287
5.4.3.1 Elemento subjetivo. El profesional de la información.....	288
5.4.3.2 Elemento objetivo. Los cauces normales de difusión y sus fuentes.....	293
5.5 Las fuentes informativas. Especial referencia a la doctrina “Campillay”.....	294
5.6 La doctrina de la “real malicia”.....	296
5.6.1 Límites.....	297
5.6.2 Insuficiencia de fundamentos normativos en la doctrina de la real malicia.....	300
5.6.2.1 A nivel constitucional.....	300
5.6.2.2 A nivel de imputación y carga probatoria.....	310
5.6.3 Tentativas de replanteamiento de la doctrina “New York Times vs Sullivan”. Críticas...316	

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA LO 1/82

6.1 Situación actual y su problemática.....	323
6.2 Libertad de expresión e información. Factores de atribución en pugna.....	324
6.2.1 Doctrina subjetiva.....	324
6.2.2 Criterio subjetivo con la admisión de hipótesis residuales.....	326
6.3 Factores de imputación en el derecho argentino y su similitud con el Español.....	328
6.4 Responsabilidad objetiva de los MMC en el derecho argentino.....	333
6.4.1 Actividad riesgosa.....	335
6.4.2 Abuso de derecho.....	341
6.5 Apariencias, mitos y reparación.....	343
6.6 Nuestra tesis. La objetivación de los daños generados por los MMC.....	344
6.6.1 Preeminencia de un criterio de imputación objetivo. CE y LO1/82.....	350
6.6.2 Responsabilidad objetiva en el derecho español.....	354

6.6.3 Interpretación entre la LO 1/82 y el 1902 CCE.....	355
6.6.4 La antijuridicidad en la responsabilidad civil de los medios de comunicación.....	361
6.7 Críticas y refutaciones a la objetivación.....	364
6.8 Ventajas de su aplicación.....	369
6.9 La reparación como argumento artificial de un criterio subjetivo.....	370
Conclusiones.....	373-374
Referencia jurisprudencial	375-380
Bibliografía	381-407

ABREVIATURAS

1. Art.....	Artículo
2. ADC.....	Anuario de derecho civil
3. ADCP.....	Anuario de derecho constitucional y parlamentario
4. ADH.....	Anuario de derecho humanos
5. BDJCGPJ.....	Base de datos de jurisprudencia del Consejo General del Poder Judicial
6. BJC.....	Boletín de jurisprudencia constitucional.
7. BOE.....	Boletín oficial del estado
8. CA.....	Constitución Argentina
9. CCA.....	Código Civil argentino
10. CCE.....	Código Civil Español
11. CCJC.....	Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil.
12. CCyCA.....	Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.
13. CE.....	Constitución Española
14. CEC.....	Centro de Estudios Constitucionales
15. Cit.	Citado
16. CNA.....	Constitución de La Nación Argentina
17. Consid.....	Considerando
18. Coord.	Coordinador
19. CP.....	Código Penal
20. CSJNA.....	Corte Suprema de Justicia de La Nación Argentina
21. Dir.	Director
22. DLL.....	Diario La Ley
23. DUDH.....	Declaración Universal de Derechos Humanos
24. Edic.....	Edición
25. Edit.....	Editorial
26. FJ.....	Fundamento jurídico
27. JA.....	Jurisprudencia Aranzadi
28. LO 1/82.....	Ley orgánica de protección del honor, la intimidad personal y familiar; y la propia imagen
29. LO.....	Ley orgánica
30. LPI.....	Ley de propiedad intelectual.
31. MMC.....	Medios masivos de comunicación
32. Núm.....	Número
33. Op. Cit.....	Opus citatum (obra citada)
34. P.....	Página
35. PP.....	Páginas
36. PJ.....	Poder Judicial
37. Pte.....	Ponente
38. RAE.....	Real Academia Española
39. RAJ.....	Repertorio Aranzadi de jurisprudencia
40. RAP.....	Revista de Administración Pública
41. RD.....	Real decreto
42. RDC.....	Rivista di Diritto Civile
43. RDP.....	Revista de Derecho Privado
44. RDN.....	Revista de Derecho Notarial
45. REDC.....	Revista Española de Derecho Constitucional
46. Ref.....	Referencia
47. Reimpr.....	Reimpresión

48. RGD	Revista General del Derecho
49. RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
50. ROJ	Referencia que identifica una sentencia CENDOJ
51. RJ	Repertorio Aranzadi de jurisprudencia
52. RPJ	Revista del Poder Judicial
53. SS	Siguientes
54. STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
55. STC	Sentencia Tribunal Constitucional
56. STEDH.....	Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos
57. STS.....	Sentencia tribunal supremo
58. T	Tomo
59. TC	Tribunal Constitucional
60. TEDH.....	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
61. Trad.....	Traducción
62. TS.....	Tribunal Supremo
63. Univ.....	Universidad
64. V.....	Volumen
65. V. gr.....	Verbi gratia
66. VVAA.....	Varios autores

INTRODUCCIÓN

Podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que la humanidad no llega hasta donde quieren los idealistas, pero el esfuerzo de ellos constituye un motor de transformación en donde un objetivo se convierte en un estímulo para perseguir nuevas quimeras. En tal inteligencia, en la evolución humana, toda superación real es precedida por conatos y tanteos de pensadores audaces, adversos a él y rebeldes al pasado.

En la actualidad, advertimos una crisis entre la realidad y la verdad, en donde los valores son minimizados o conceptualizados *ad libitum*, anesthesiando, en muchos casos, su verdadera esencia y sentido ontológico. Sin duda alguna la información se ha convertido en un elemento de significativa importancia, no solo por su valor en sí mismo, sino por su proyección política, económica y social. La nueva realidad planteada por la tecnología, y la dinámica de la información, han cambiado la realidad social, transformando los espacios de poder y erigiendo a los MMC en uno de los mayores factores de influencia social, distorsionando la esencia y entidad de los derechos fundamentales (libertad de expresión y libertad de información) y propugnando una sobreprotección jurídica a través de la aplicación de un factor subjetivo de atribución de responsabilidad, sobre la base de una deontología de la actividad o una mera “teoría del deber”.

Los MMC han dejado de ser espacios reservados a una elite intelectual idealista predestinada al desarrollo de la libertad de expresión, como lo fue en su génesis, para convertirse en verdaderas maquinarias de producción informativa que inducen conductas y decisiones con consecuencias impredecibles. Esta relación asimétrica entre los MMC e individuos ha generado un proceso de degradación pragmática de los derechos personalísimos, específicamente a la hora de determinar la ecuación del daño y los factores de atribución, condicionados por mitos y espejismos de sustentación, fundados en argumentos que se alejan de la protección integral de la persona y su dignidad.

Como expresó RYSZARD KAPUŚCIŃSKI “*cuando se descubrió que la información era un negocio, la verdad dejó de ser importante*”. En este sentido, entendemos que la protección de la dignidad humana en la sociedad de la información, requiere necesariamente un cambio de paradigma respecto a los factores de atribución en el sistema de responsabilidad civil. Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria han mantenido la aplicación de un factor subjetivo de imputación, como si abandonar este elemento, pudiese generar el cataclismo de estas libertades, neutralizando así cualquier posibilidad de desarrollo de esta actividad. En este sentido,

sólo con realizar un sucinto repaso por las más variadas actividades de la vida humana (Circulación de vehículos de motor, navegación aérea, consumidores y usuarios, etc.), donde se han aplicado criterios objetivos de imputación, podemos observar el grado de desarrollado superlativo que han experimentado, lo que descarta de plano como argumento de sustentación, el mantenimiento de un criterio subjetivo de atribución como garantía de desarrollo y protección de la libertad de expresión e información. Derechos estos, que son ejercidos por los MMC con ambivalencia, dependiendo del momento y de las circunstancias, pues cuando desarrollan su actividad lo hacen ejerciendo su libertad de empresa y cuando se defienden de las consecuencias de su accionar, lo hacen bajo la protección de la libertad de prensa.

Resulta cuando menos curioso, teniendo en cuenta nuestra realidad latente, cómo argumentos laxos y endeble de sustento, pueden actualmente seguir nutriendo un criterio que fomenta ventajas y asimetrías respecto a los daños que generan los MMC, cuando colisionan con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Como hemos revelado, desde aquel derecho amparado en la constitución de 1978, y su posterior LO 1/82 con una realidad histórica determinada, el contexto ha variado diametralmente, transcurriendo de una concepción liberal de la prensa, a una concepción comercial; evolucionando de un sujeto pasivo, a un sujeto receptor activo y titular de derechos constitucionales. Por ello, en este proceso metódico, pretendemos despojarnos del sistema subjetivo heredado, que ha imperado en este ámbito, más allá de la evolución y el surgimiento de conceptos como el de “posverdad”.

En este proceso, la sistémica y metodología racional deductiva aplicada al desarrollo de nuestra tesis intentará abordar primeramente el análisis y desarrollo de los derechos constitucionales involucrados en esta problemática (art. 10, 53, 18 y 20), conceptualizándolos, analizando su esencia, contenido y estructura, sistémica interpretativa y entidad como principios, reglas o valores; como así también las distintas hipótesis de colisión de los derechos en pugna y su ponderación. Expondremos los fundamentos sociológicos y económicos como refutaciones posibles ante una nueva concepción de esta problemática, con el objeto de entender y conceptualizar la libertad de expresión e información y su conjugación práctica con el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en una nueva realidad.

En los capítulos posteriores analizaremos los fundamentos jurídicos y pragmáticos que otorgan fundamento a un criterio objetivo de imputación tanto en el derecho español como en el derecho comparado. Examinaremos los argumentos jurídicos de sustentación como la veracidad

(subjetiva y objetiva), el carácter noticable de información (subjetivo y objetivo) y los canales de información; demostrando que los mismos funcionan como elementos delimitadores de los derechos (intromisión legítima-intromisión ilegítima), y como determinantes respecto a los criterios de reparación del daño, y no como factores de atribución en sí mismos, el que estaría definido específicamente en el término “intromisión ilegítima”.

Del análisis de la doctrina especializada y del seguimiento de la jurisprudencia en la materia procuraremos demostrar la viabilidad y aplicación de un sistema objetivo de atribución de responsabilidad que, según nuestra postura, debería estar fundada en la especialidad de la LO 1/82 y su interpretación sistémica con la Constitución Española y no conforme lo prescrito por el art. 1902 CCE. Pretendemos en este proceso metódico despojarnos de un sistema subjetivo heredado que ha imperado en este ámbito, más allá de la evolución, mutación de su esencia y el surgimiento de conceptos como el de “posverdad”. Entendiendo que la objetivación por daños en esta materia, no solo constituye un elemento ajustado a derecho, sino que compone un elemento superador respecto a la protección de la persona y su dignidad, evitando así la distorsión del mercado de ideas, la deformación de la opinión pública y propugnando la equidad y simetría que debe primar en la responsabilidad civil.

CAPITULO I

LOS DERECHOS AL HONOR, A LA INTIMIDAD, A LA PROPIA IMAGEN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

SUMARIO. 1.1 EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. 1.2 HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN. MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD DE UNA VALORACIÓN CONCEPTUAL. 1.3 CONCEPTO DE HONOR. 1.3.1 NOCIÓN DOCTRINAL. 1.3.2 NOCIÓN LEGAL. 1.3.3 LÍMITES DEL DERECHO AL HONOR. 1.4 CONCEPTO DE INTIMIDAD. 1.4.1 NOCIÓN DOCTRINAL. 1.4.2 NOCIÓN LEGAL. 1.4.3 LÍMITES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD. 1.5 CONCEPTO DE PROPIA IMAGEN. 1.5.1 NOCIÓN DOCTRINAL. 1.5.2 NOCIÓN LEGAL. 1.5.3 LÍMITES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. 1.5.4 DISCUSIÓN SOBRE SU ENTIDAD E INDEPENDENCIA. 1.5.5. EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DERECHO A LA INDIVIDUALIDAD. 1.6 UNIDAD O DIFERENCIAS CONCEPTUALES. 1.7 LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. RELACIÓN DE GÉNERO A ESPECIE. 1.7.1 RECONOCIMIENTO JURÍDICO. 1.7.2 LÍMITES Y RESTRICCIONES. 1.8 SUJETOS PASIVOS. TITULARIDAD. 1.8.1 LAS PERSONAS PÚBLICAS. 1.8.2 LAS PERSONAS CON NOTORIEDAD PÚBLICA. 1.8.3. LAS PERSONAS SIN NOTORIEDAD PÚBLICA. 1.9 SUJETOS ACTIVOS. PROFESIONALES DE LA INFORMACIÓN Y MMC.

1.1 EL DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHOS DE LA PERSONALIDAD

Históricamente la ciencia del derecho se abocó, casi de manera exclusiva, a los conflictos generados en la esfera del tener, como si los conflictos más importantes fuesen sobre el mundo de lo material. Pero con el desarrollo y ante la creciente violación de la esfera del ser y su representación ante los demás, indefectiblemente expandió su plano de injerencia. El derecho cumple así su doble finalidad, la de pacificadora de la vida en sociedad y la de protectora y garantista en el libre desarrollo de la personalidad, a efectos de ofrecer soluciones ante estos conflictos de enorme gravedad e innegable actualidad.¹

Como expresó SCHOPENHAUER *“Lo que funda la diferencia en la suerte de los mortales puede reducirse a tres condiciones fundamentales: lo que uno es, lo que uno tiene y lo que uno representa”*.² Los intereses que mueven al ser humano y, como tal, propios de la esfera del derecho, se circunscriben en el ámbito del ser, del tener y del representar. Por ello resulta fundamental establecer ciertos parámetros conceptuales, sobre los cuales procuraremos a posteriori y con el desarrollo de la investigación, afianzar con criterio deductivo nuestro trabajo investigativo. De esta manera pretendemos contribuir, con simple carácter orientativo, a comprender con mayor claridad los distintos aspectos algunas veces ambiguos, desentrañando los mitos, temores y apariencias que condicionan el verdadero desarrollo de este tópico del derecho, especialmente con respecto a los factores de imputación o atribución de responsabilidad.³

La persona, como sujeto íntegro y destinatario natural de derechos fundamentales, constituye el elemento esencial sobre el cual los derechos al honor, a la intimidad y a la propia

¹ CLAVERÍA GOSÁLBEZ, Luís Humberto: “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor J. Beltrán de Heredia y Castaño*, Universidad de Salamanca, 1984, p. 101 a 115.

² SCHOPENHAUER, ARTHUR: *Die Kunst, Glücklich zu sein oder*, Herder, Madrid, 2004, p. 145.

³ Podemos definir imputación como: *“La relación que permite trasladar las consecuencias del daño desde la víctima hasta el responsable, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual”*. El concepto de imputabilidad en el marco de la responsabilidad civil fue abordada, entre otros autores y sin que implique agotar la biblioteca por: FERNÁNDEZ MARTIN GRANIZO, MARIANO: *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1972. De forma especial en su trabajo titulado “Imputabilidad y responsabilidad objetiva”, *ADC*, 1968, pp. 579 y ss., donde caracteriza en el ámbito privado a la imputabilidad como *“la posibilidad o aptitud de atribución al sujeto de las consecuencias jurídicas de un hecho o acto por el realizado o a el debido”*. También encontramos a PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Comentarios del Código Civil II*, Centro de estudios Ramón Areces, 1990, p. 1561 y ss.; MOSSET ITURRASPE, JORGE: “Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones”, en *Responsabilidad por daños*. Homenaje a Bustamante Alsina, t. I, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, pp. 27 y ss.

imagen se concretan y encuentran su razón de ser.⁴ Estos constituyen atribuciones inmanentes del ser humano de caracteres universales, absolutos y eficaces. Desde nuestra perspectiva, constituyen atributos o derechos de la personalidad,⁵ de carácter incorporeal⁶ y como tal derecho subjetivo inalienable de la persona⁷. En la actualidad a nivel internacional los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen, se encuentran reconocidos en la totalidad de las cartas de derechos fundamentales.⁸ Los primeros vestigios de reconocimiento de estos derechos, los encontramos en el derecho romano.⁹ En la actualidad, están representados en la mayoría de las cartas magnas¹⁰ y en postulados que gramaticalmente no dejan lugar a dudas respecto de la

⁴ Consideramos, sin entrar a discurrir en argumentaciones y posturas doctrinales, la existencia y validez de los derechos de la personalidad, o a la personalidad en contraposición a parte de la doctrina que niega la existencia de los mismos, con tal carácter cuyo fundamento reside en la imposibilidad de centrar el sujeto y objeto de derechos en una sola persona. El honor, la intimidad y la propia imagen como expresamos, integran el conjunto de derechos de la personalidad. Ello también se infiere de lo expresado por LO 1/82 en el párrafo 5º de la exposición de motivos donde expresa “*Los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad, calificación de la que obviamente se desprende el carácter de irrenunciable, irrenunciabilidad referida con carácter genérico a la protección civil que la ley establece*”. Resulta ineludible seguir al maestro BELTRÁN DE HEREDIA, JOSÉ: “La construcción jurídica de los derechos de la personalidad” en discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación en la recepción pública del Excmo. Señor D. JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO el día 29 de marzo, Madrid, 1976, pp. 89 a 109, donde expresa que el primero y más importante de los caracteres que integran estos derechos, es el de la *esencialidad* constituida por elementos innatos de la persona por el solo y simple acto de ser. El segundo, es la característica de *inherente*, de lo que surgen otros caracteres como la *individualidad*, porque hace referencia a cada persona en particular; asimismo son *privados* y *absolutos* o “*erga omnes*”. Por último la tercera característica que presenta es la de la *extra patrimonialidad*, atento a la naturaleza ideal de estos bienes. De este último suceden otras características como es la *indisponibilidad*, entendida esta como acto que constituye una dejación de su titularidad, sin que esta regla sea absoluta. Son asimismo *intransmisibles*, *irrenunciables*, *inembargables e imprescriptibles*, características estas recogidas e integrantes del articulado de la LO 1/82.

⁵ Para mayor profundidad en los derechos de la personalidad puede verse PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de derecho civil*, t. I, v. I, Bosch, Barcelona, 1979, pp. 59 a 123; BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *op. cit.*, pp. 89 a 109; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, común y foral, introducción y parte general*, t I v. II, Reus s.a., Madrid, 1971, p.356.

⁶ PUIG PEÑA, Federico: *Tratado de derecho civil español*, t I vol. II, RDP, Madrid, 1958, p. 59, este señala “...*Los derechos de la personalidad pueden dividirse en corporales e incorporeales, según que el objeto de los mismos afecten a la persona física (derecho a la vida, integridad corporal, etcétera), o a las notas psíquicas e intelectuales (derecho al nombre, sobre la imagen, derechos del autor, de inventor)*”.

⁷ DIEZ-PICAZO, LUÍS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema de derecho civil*, v. I, Tecnos, Madrid, 1994, pp. 359 y ss.

⁸ El art. 12 de la declaración universal de los derechos humanos reconoce, de forma expresa, los derechos al honor y a la intimidad, e implícitamente el derecho a la propia imagen. El convenio europeo de los derechos humanos, en su art. 8, hace referencia expresa al derecho a la Intimidad personal y familiar, incluyendo también implícitamente los derechos al honor y a la propia imagen. La carta de los derechos fundamentales de la unión europea, en su art. 7, también consagra estos tres derechos.

⁹ HERRERO TEJEDOR, FERNANDO: *Honor, intimidad y propia imagen*, Colex, Madrid, 1990, pp. 33 y ss. Este realiza una sucinta pero práctica síntesis de la evolución de la protección del derecho al honor en el Derecho Romano. Es aquí donde ya podemos ver vestigios de un criterio mutable de valoración de la ofensa, donde tiene más preponderancia el daño o menoscabo a la víctima que la actividad del ofensor. En la concepción romana el delito de injuria atentatoria del honor de la persona se manifiesta en tres aspectos o sentido: a).- La propia dignidad (*Dignitas*).- b).- La estima o buena reputación (*Bona fama, infamia*); c).- Las ventajas materiales inherentes a una buena reputación (*comoda bonae famae*).

¹⁰ En la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su art. 12; En la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su art. 17; Pacto San José de Costa Rica en su art. 11 y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos arts. 10 y 8.

supremacía de los mismos.¹¹ Pero la realidad es vaga y desconcertante cuando pretendemos hacer valer estos derechos fundamentales, confrontados con otros de igual rango o jerarquía constitucional, distorsionando muchas veces su entidad y esencia.

Podríamos expresar, sin temor a equivocarnos, que toda esta oscilación axiológica en la interpretación práctica de estos derechos, es consecuencia de conceptos ambiguos, jurisprudencias titubeantes, muchas veces carentes de criterios jurídicos ceñidos a una nueva realidad sociológica con argumentos de sustentación artificiales que condicionan los criterios de ponderación o proporcionalidad, generando interpretaciones ad libitum modificatorias o deformadoras de la norma constitucional.

GARCÍA SAN MIGUEL,¹² manifiesta que las constituciones formulan y garantizan incuestionables derechos y libertades, que muchas veces, en la realidad no logran una real concreción; esto ha dado lugar a que muchos juristas propongan la reformulación de algunos derechos fundamentales, con verdadera entidad pragmática. En este sentido, no podemos desconocer la real existencia de derechos y atribuciones de carácter fundamental, base del sistema de las leyes orgánicas, que desarrollan los postulados constitucionales. Lo que si debemos analizar al momento de un abordaje serio de la temática, es la diferencia entre principios, reglas y valores rectores del ordenamiento, pues de éste depende gran parte del entramado y análisis del tema. En este sentido la diferencia existente entre estos radica específicamente en la posibilidad de aplicación directa de las reglas por ser norma suprema con capacidad ejecutiva directa. Mientras que los principios constituyen normas programáticas inspiradoras del sistema democrático. Por otro lado la diferencia existente entre derechos de la personalidad, derechos humanos y los verdaderos derechos fundamentales.¹³

¹¹ Antes de la elaboración de la Constitución Española de 1978, en el año 1945 el Fuero de los Españoles luego modificada por la LO de 1967, consagra de manera inequívoca en su art. 1 “*se proclama el reconocimiento general por el estado que considera como principio rector de sus actos el respeto a la dignidad, integridad y libertad de la persona humana*” y estrictamente en su art. 4, la protección del honor de manera expresa “*Los españoles tienen derecho al respeto a su honor personal y familiar. Quien lo ultrajare, cualquiera que fuere su condición, incurrirá en responsabilidad*”. En los sistemas de tinte democráticos estos derechos fundamentales están plasmados de manera casi rotunda e irrefutable, así encontramos en distintos articulados constitucionales como en Argentina art. 18 CN, Chile art. 19, Colombia art. 15, México art. 16, Paraguay. United States of America. Amendment IV. (1791)The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.

¹² GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, LUÍS: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 9. Vid. ALEXY, ROBERT: *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.

¹³ Creemos que existe una distinción entre los denominamos derechos fundamentales y derechos constitucionales (más aún en la CE, donde los derechos fundamentales son de carácter formal desde el art. 14 al 29 CE con una protección reforzada), derechos humanos, libertades públicas, los derechos de la personalidad, y derechos públicos subjetivos.

El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen integra el amplio abanico de los derechos de la personalidad,¹⁴ derechos fundamentales amparados en el título I, capítulo II, sección I de la CE, con protección especial fundada en el art. 53 CE. La plataforma jurídica establecida por la CE lo prescribe de manera clara en el art. 10,¹⁵ el que reconoce a la dignidad de la persona máxima protección, por lo que podemos deducir que el art. 10 CE tiene carácter informativo de todo el ordenamiento. En este sentido expresa GONZÁLEZ PÉREZ “*es incuestionable que en nuestro ordenamiento jurídico la primacía de la persona y el respeto de su dignidad constituía uno de los principios generales que la informan*”.¹⁶ Asimismo, también está establecido de manera clara la protección honor, de la intimidad y de la propia imagen como derechos fundamentales de máxima protección, por estar dentro del título I capítulo II sección I, en el art. 18.1.¹⁷

El derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen está catalogados como derechos de la personalidad. Constituyen derechos innatos o fundamentales que nacen con la persona en sí misma, sin necesidad de acto jurídico que motive su nacimiento, atribuyéndole a su titular amplias facultades para su protección. Si el concepto de bien debe ponerse en relación con la utilidad que representa para la persona, en cuanto sirve para satisfacer una necesidad, no se comprende que pueda haber bien más importante que la vida, el honor, la intimidad o la propia imagen, pues constituyen elementos esenciales de la persona.

Entendemos que la analogía que el maestro hace entre los derechos fundamentales, los derechos humanos o los de la personalidad, puede ante el lector desprevenido generar algunas confusiones. Pues más allá que coincidan en la mayoría de los casos, no son conceptos idénticos. Entre los derechos fundamentales y los derechos de la personalidad, tampoco existe analogía conceptual, pues no todos los derechos de la personalidad son derechos fundamentales con protección especial, ya que no todos los derechos de la personalidad, cuya protección dada por el ordenamiento jurídico es anterior a la aprobación de la constitución de 1978, han sido constitucionalizados o encarnan valores básicos de la democracia constitucional.

¹⁴ PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de derecho civil*, t I, Bosch, Barcelona, 1987, p. 74, expresa: “*Existe un principio general de derecho informador del ordenamiento jurídico que impone el máximo respeto a la persona, y que en relación con el art. 1902 del código, se traduce en el reconocimiento de un derecho general de la personalidad puesto al servicio de la dignidad que el ordenamiento reconoce a todo ser humano. Derecho de la personalidad integrado por varias facultades que posibilitan la protección de la personalidad en todos aquellos supuestos en que la persona experimente una lesión en su esfera personal, y que, según los presupuestos jurídicos, políticos y sociales imperantes en cada momento y lugar, genere un daño injustificado*”

¹⁵ Art. 10 CE 1.- “*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social. 2.- Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración universal de los derechos humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*”.

¹⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: “La dignidad de la persona en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en publicaciones de la *Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, Anales 62, 1985, p 148.

¹⁷ Art. 18.1 CE: “*Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”.

DE CUPIS¹⁸ expresa que el objeto de los derechos de la personalidad es interior al sujeto y no exterior a él, cómo los restantes bienes objetos de derechos subjetivos. Para el autor, estos derechos son los que garantizan al hombre el goce sobre sí mismo. Con el tiempo estos han adquirido la categoría de derecho humano, lo que implica un mayor grado de protección ante las intromisiones ilegítimas, estableciendo derechos de valor superlativo, considerando que los mismos componen fundamentos mismos de la dignidad humana.

Dentro de las definiciones dadas, consideramos interesante, la expresada por ALBADALEJO,¹⁹ cuando hace referencia a la conceptualización general de los derechos de la personalidad. El autor enuncia que no siempre el derecho objetivo concede derechos subjetivos²⁰ para tutelar intereses. Esta afirmación para el caso en particular no es viable, pues de ser así, ¿cuál sería la utilidad de proclamar la “concesión”, como el autor expresa, de un derecho si ese derecho no puede ser ejercido? Ahora bien, para nuestro maestro, no hay duda de la existencia de los derechos de la personalidad, pero estos son “concedidos” al sujeto, siendo esta afirmación coherente con la definición que este vierte de derecho subjetivo.²¹ En este sentido y como consecuencia de dicha afirmación, cabría enunciar la hipótesis siguiente: ¿Los derechos de la personalidad, serían concedidos por el ordenamiento jurídico? ¿La característica de innatos u originarios que éste propone de los derechos de la personalidad, sería simplemente enunciativa? Si a la primera pregunta contestáramos de manera positiva, estaríamos afirmando que los derechos de la personalidad (honor, intimidad o propia imagen), como innatos en la persona, y con existencia anterior a la constitución del estado, como lo exaltaba la escuela de derecho natural en el siglo XVII, solo los concede el estado, como poder constituido. De lo que se deduce la posterioridad de éstos, con respecto a la constitución del estado. Creemos conveniente reemplazar el término “concesión” por “reconocimiento”. Con respecto al segundo interrogante, si lo admitimos como

¹⁸ DE CUPIS, ADRIANO: *Il diritto de la personalitta*, Giuffré, Milano, 1982.

¹⁹ ALBADALEJO, MANUEL: *Derecho civil t. I, introducción y parte general*, v. 2, Bosch, Barcelona, 1977, pp. 12 a 66. Este define intimidad “...El poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado”

²⁰ Son variadas las opiniones respecto a atribuirle el carácter de derecho subjetivo o no a los derechos de la personalidad, así encontramos posturas a favor y en contra: DIEZ-PICAZO, LUÍS Y GULLÓN, ANTONIO, *op. cit.*, pp. 359 y ss.; SPOTA G. ALBERTO: *Tratado de derecho civil t. I v. III*, Depalma, Buenos Aires, 1992, p. 330; ORGAZ, ALFREDO: *Derecho civil argentino, personas individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS: *Elementos de derecho civil, t. I parte general, v. I.*, Dykinson, Madrid, 1998. FERRARA, LUIGI: *Trattado de diritto civile italiano v. I*, Athenaeum, Roma, 1921; LIDÓN MONTÓN GARCÍA, MARÍA: “Derecho al honor, intimidad y propia imagen: Protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión”; *Revista Jurídica La Ley 1995-1*, p. 875.

²¹ ALBADALEJO, MANUEL: *op. cit.* p. 12, define derecho subjetivo como: “Poder respecto a determinado bien (en sentido amplio, por tanto bien moral o material, cosa, utilidad, comportamiento etc.) concedido inicialmente por el ordenamiento jurídico a la persona para la satisfacción de intereses dignos de protección”.

verdadero, simplemente estaríamos ante un absurdo o contradicción al decir primero que es un derecho concedido por el ordenamiento, y a renglón seguido expresar como característica que es innato u originario, es decir, que se obtiene simplemente por el hecho de ser persona. En la misma tesitura encontramos a PUIG BRUTAU,²² BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO;²³ este último expresa “... *El ordenamiento jurídico no los concede, sino que se limita a reconocerlos, regulándolos, limitándolos e incluso cercenándolos...*” y CLEMENTE CREVILLÉN SÁNCHEZ, quien critica la formulación conceptual vertida por el maestro.²⁴

1.2 HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN. MUTABILIDAD O INMUTABILIDAD DE UNA VALORACIÓN CONCEPTUAL

Obtener un significado que describa de forma objetiva e inmutable el concepto de honor, intimidad y propia imagen han constituido arduo trabajo para múltiples disciplinas humanistas, encaminadas a concretar tal desafío. Como el objeto de nuestro trabajo lo amerita, vamos a procurar desentrañar aspectos intrínsecos de su esencia, caracteres y alcance, componentes estos que se plasman en la tutela de los mismos y que constituyen elementos fundamentales de nuestra tesis.

Consideramos estos conceptos diferentes e independientes unos de otros, sin desconocer el entrecruzamiento o combinación que puede generarse, de múltiples maneras en la realidad jurídica.²⁵ Creemos que el punto de referencia en pos de la búsqueda de un criterio conceptual de honor, intimidad y propia imagen debe partir de la dignidad humana, concepto que podemos analizar desde un doble punto de partida: el ontológico y el moral. La dignidad ontológica corresponde a la persona por su condición universal de especie biológica, o mejor dicho por el solo hecho de ser persona. La dignidad moral se predica de la persona por su comportamiento

²² PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos de derecho civil, t II vol. III*, Bosch, Barcelona, 1983, p. 232. “*Los derechos de la personalidad existen por su propia naturaleza, con independencia de que el legislador los haya proclamado. No son creación de ningún estado o poder público, sino que este solo puede reconocer que existen antes de cualquier declaración oficial. De lo contrario, un estado podría “crear” o no tales derechos, lo que significaría que podría considerar iguales o desiguales a los hombre de uno u otro país, de una u otra cultura, de esta o aquella raza o nación, etc.*”

²³ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ, *op. cit.*, pp. 89 a 109 “*...Se quiere significar que se trata de unas titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable...*”

²⁴ Ver CREVILLÉN SÁNCHEZ, CLEMENTE: *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la jurisprudencia*, Actualidad editorial, Madrid, 1995.

²⁵ De la letra de la constitución se infiere que los constituyentes han querido establecer derechos distintos. Aunque algunos realicen una lectura contraria considerando que estos son manifestaciones de un mismo derecho. Así surge también de los pronunciamientos jurisprudenciales del TC que entiende el carácter unitario del derecho al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

individual, en la medida que tal conducta es ética.²⁶ Pues a través del tiempo, el hombre con sus acciones adquiere y modifica sus hábitos hasta configurar, durante su vida una personalidad psicológica-moral.²⁷

En este sentido concebimos que toda persona es poseedora de manera inalienable de bienes que son parte de su esencia, de mayor relevancia y protección que los bienes patrimoniales, por lo que deben protegerse de forma real y efectiva.²⁸

Entendemos que el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen en sentido objetivo es atribuible al hombre, pero el sentido y valoración subjetiva del mismo no radica con idéntica cualidad en cada individuo, de donde surge la imposibilidad de establecer una valoración subjetiva equivalente absoluta a toda persona.²⁹ Por el contrario, cabe hablar de un valor conceptual inmutable desde el punto de vista subjetivo, sobre el cual se garantiza un mínimo de honorabilidad, intimidad y protección de la propia imagen; y de una mutabilidad o dinámica imperante desde el punto de vista objetivo.³⁰ De manera que nos encontramos ante el problema de valoración personal, ética y moral de cada sujeto, considerando que cada persona es autora y custodia de su propia honorabilidad, intimidad y propia imagen, conforme su accionar condicionado por un sistema cultural, y social en tiempo y espacio, lo que supone la existencia de una sociedad depositaria y reguladora del concepto de honor, intimidad y propia imagen.³¹

²⁶ SORIA, CARLOS; *Derecho a la información y derecho a la honra*, Ate, Barcelona, 1981, p. 10.

²⁷ *Ibidem*, p. 11.

²⁸ STC de 11 de abril de 1985 (53/1985) Ponente Begué Cantón y Gómez-Ferrer fj 4º “...pero, además, los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el art. 10 de la constitución, el fundamento del orden jurídico y de la paz social”. “ Junto al valor de la vida humana y sustancialmente relacionado con la dimensión moral de esta, nuestra constitución ha elevado al valor jurídico fundamental a la dignidad de la persona, que sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art.10) y los derechos a la integridad física y moral(art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art.16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Del sentido de estos preceptos puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás”.

²⁹ STS de 26 de Junio de 1987, RAJ 4824: “El honor, como derecho fundamental de la persona, bien se considere desde el punto de vista de cada concreto individuo, o sea como un sentimiento de la propia dignidad (aspecto subjetivo); bien se contemple bajo el prisma del ámbito social que le circunda, como reconocimiento que los demás hacen de nuestra propia dignidad (aspecto objetivo);bien incluso, si con una posición un tanto ecléctica, se estimase el honor enlazando ambas posiciones, es lo cierto que el mismo constituye un derecho fundamental de la persona que declarado por la Constitución Española genéricamente en su artículo 10.1 y específicamente en el artículo 18.1 ha de ser tutelado por los tribunales”.

³⁰ El TS ha venido expresando el doble aspecto que incluyen estos derechos uno subjetivo o inmanente y el objetivo o trascendente, de lo que surge que la protección de este derecho es relativa, dependiendo del accionar de cada persona.

³¹ STS de 14 de diciembre de 1992 núm. 223/1992 en BOE núm. 16 de 19 de enero de 1993 en el fj. 3º expresa “...que el contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante, dado que depende de las normas, ideas y valores sociales vigentes en cada momento”

En la legislación española esto ha quedado expresamente estipulado en el art. 2.1 LO 1/82, que dispone: *“La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”*. De este texto deducimos la existencia inmutable de un mismo contenido subjetivo, pero también denotamos la existencia de un elemento que impregna relatividad o mutabilidad, conforme a las circunstancias, costumbres e indefectiblemente de la conducta de la persona en su medio.³² Lo que forja, según nuestra postura, una teoría del auto emancipación de los valores humanos, en la relación entre el ser humano y la naturaleza mediatizada.

1.3 EL CONCEPTO DE HONOR

1.3.1 NOCIÓN DOCTRINAL

Concretar una definición de honor, implica agrupar los conceptos ensayados en tres concepciones:

A).- **Concepción fáctica:** Para esta concepción, el honor es la representación de la persona en sí y para con su medio.³³ Se podría esquematizar esta concepción en un doble carácter, uno subjetivo y otro objetivo.

Hacia esta doctrina se han formulado muchas críticas, fundadas específicamente en la falsedad que conllevaría una preeminente subordinación del honor, a la valoración del medio u objetiva del mismo.³⁴ Ahora bien no podemos negar que esta teoría puede dar lugar en muchos casos a confusiones o injusticias³⁵, pero son los menos; pues no podemos dejar de lado la influencia del medio en la valoración del honor.

ESTRADA ALONSO crítica, por un lado, la posición adoptada por la LO 1/82 y el código penal, por proteger *el honor formal o aparente, sin reparar en la real estima, ni en las*

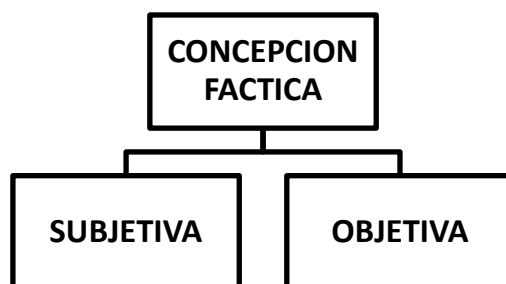
³² Con lo que sentamos que cada individuo atacado defiende en su derecho, las condiciones de su existencia moral. Así como para el campesino, la propiedad es fundamental, como para el comerciante, el crédito, para algunos individuos, su moral. Por ello no es posible considerar una defensa más débil, para este principio fundamental del ser humano, que en comparación con otros, como es la propiedad o el crédito.

³³ Postulan esta tesis DE COSSIO, MANUEL: *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pp. 45 y 46; SALVADOR CODERCH, PABLO: *El mercado de ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 56 y ss.; CARRILLO, MARC: “Libertad de expresión persona jurídicas y derecho al honor”, en *Derecho privado y constitución*, núm. 10, 1996, pp. 98 y ss.; MONTÓN GARCÍA, MARÍA LIDÓN, *op. cit.*, p. 875.

³⁴ ESTRADA ALONSO, EDUARDO: *El derecho al honor en la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982*, Civitas, Madrid, 1988, p. 25.

³⁵ Sería el caso donde la falsedad de las conductas den lugar a inmerecidas consideraciones sociales o anestesiando el verdadero sentimiento de ofensa que varía en cada sujeto.

*circunstancias de su verdadera reputación, ni en la verdad o falsedad del hecho imputado.*³⁶ El autor expresa que este “*Es un concepto relativo porque varía, según los ámbitos culturales, históricos y geográficos donde se manifiesten.*”³⁷ Punto de vista en el que coincidimos con lo manifestado por el autor, quien critica la aplicación de criterios pétreos de valoración, lo que importaría, a nuestro juicio, condenar a la ley a un envejecimiento prematuro, atento los cambios sociales.



B) **Concepción normativa:** En esta concepción encontramos dos corrientes, una que postula un concepto “*normativo-fáctico*”, integrado por el valor esencial del hombre y por su conducta que hace a su honor frente a la sociedad. Por otro lado, encontramos un concepto normativo fundado en la dignidad del hombre, en valores éticos y sociales, en palabras de ALONSO ÁLAMO, por lo que los ataques al honor no son directamente ataques a la dignidad de la persona, sino a su valor ético y social de actuación. De ello deducimos que se protege la consideración merecida, sin que ello implique la inexistencia de honor en una persona. Muy por el contrario, este puede disminuir, pero nunca desaparecer.³⁸



³⁶ ESTRADA ALONSO, EDUARDO: *op. cit.*, p. 26.

³⁷ *Ibidem*, p. 22.

³⁸ ALONSO ÁLAMO, MERCEDES: “Protección penal del honor. Sentido actual y límites constitucionales” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, núm. 36, Madrid, 1983, pp. 142 y 143.

C).- **Concepción intermedia:** A raíz de la insuficiencia manifiesta de las tesis anteriormente formuladas, han surgido posturas eclécticas.³⁹ En esta postura encontramos dos corrientes: En la primera postula su posición ALONSO ÁLAMO,⁴⁰ quien establece una concepción de honor fundada en la dignidad humana, donde los valores éticos y sociales son considerados de manera fundamental.

La crítica vertida a esta postura consiste en la incongruencia de establecer un criterio jurídico y a la vez un criterio ético-social que le otorgue dinamismo al concepto de honor, lo que puede constituir la base para el quiebre del principio de igualdad.^{41 42}

Siguiendo en esta tesitura de marchas y contramarchas doctrinales, a renglón seguido VIVES ANTÓN critica la conceptualización practicada por ALONSO ÁLAMO, adjetivándola de

³⁹ O'CALLAGHAN, XAVIER: "Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor según la ley de protección del menor", *La ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación* 1996-4 D.239, p. 1249; VIDAL MARÍN, TOMÁS: *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 60 a 63. Este sostiene que el honor es el derecho derivado de la dignidad, que consiste en ser respetado por los demás miembros de la sociedad, y cuya protección jurídica varía conforme la conducta del sujeto en armonía con los valores éticos imperantes en un determinado momento de la sociedad; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *La degradación del derecho al honor: honor y libertad de información*, Civitas, Madrid, 1993, p. 36; ROMERO COLOMA, MARÍA AURELIA: *El derecho al honor y la intimidación frente a la libertad de expresión e información. Problemática procesal*, Serlipost ediciones jurídicas, Barcelona 1991, p. 10; CHUCHI DENIA, JAVIER MANUEL: "La nueva regulación penal del derecho al honor y su incidencia con la libertad de información", en *RGD* núm. 649-650, 1998, p. 12375.

⁴⁰ ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, *op. cit.*, pp. 142 y 143.

⁴¹ VIVES ANTÓN, TOMÁS SALVADOR: "Libertad de expresión y derecho al honor" en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, homenaje al Prof. José Antonio Sainz Cantero*, Granada, 1987, núm. 13, p. 245. Éste expresa "El problema de esta posición radica en que parte de un concepto jurídico para atribuir por igual a todos el honor y remite, inmediatamente, a un criterio social-ético, para justificar determinadas injerencias en el mismo. Resulta, por tanto, una concepción ecléctica e, incluso, contradictoria. En efecto: Si las valoraciones y sociales pueden hacer disminuir el honor, y si este es algo distinto de la dignidad, no se explica bien por qué no puede aumentar. Constituido el valor ético-social de la persona en soporte del honor, este deja de poder predicarse por igual para todos". Según el autor, surge la contradicción de la misma en que nadie puede tener más honor que otro. La misma crítica se ha de realizar a BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, el que con gran claridad y coherencia expone en el trabajo titulado "Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1991, núm. 1, p. 342 últim. párrafo y ss.

⁴² Nuestra adhesión o no a las críticas vertidas en contraposición a lo expresado por la autora, radica en la ambigüedad que ofrece la expresión cuando hace referencia a la imposibilidad de aumentar el honor, pues en todo momento sostiene el aspecto ético-social variable del mismo conforme a cada persona. Ahora bien, analizando su trabajo, encontramos dos posibles interpretaciones las que solamente nos limitaremos a exponer de forma sucinta. En la p. 140 y siguiendo a HIRSH expresa: "El honor así entendido, puede disminuir por falta de integridad moral o por graves defectos de la personalidad, pero no puede aumentar ni desaparecer del todo" de lo que entendemos, la imposibilidad de aumentar el honor, esta se refiere a la imposibilidad de existir una desigualdad originaria del honor, o sea desde el momento de su nacimiento. Ahora bien, en la p. 141 expresa "...se cierra así el paso al concepto social de honor en virtud del cual se entiende que, según la situación social, hay personas que poseen más honor que otras..." no comprendemos si el término "situación social" se refiere a un estatus en la sociedad conforme a criterios económicos-culturales-sociales o se refiere a la sociedad como rectora de una moral pública. Si nos inclinamos por la postura de interpretar a la frase "situación social" como equivalente a condición socio-cultural-económica, nos postulamos en contraposición a esta línea. Pero si interpretamos a la misma como criterio social de moralidad donde todos parten de una base idéntica de honor, sería esta postura más coherente a derecho.

contradictoria por insertar cuestiones fácticas y propone un concepto el cual sucumbe en análogo sentido y por el peso de sus propias críticas.⁴³

La otra corriente parte del concepto de bien jurídico desde una valoración social, fundada específicamente en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo de la personalidad. Las que se manifiestan a través de las relaciones de reconocimiento; las que son apreciadas en la totalidad de los miembros de una comunidad, con independencia de sus condiciones personales. La crítica a este enunciado, radica en la utopía que implica interpretar de manera literal el principio de igualdad establecido en la CE, y por ende pretender iguales condiciones cualitativas conceptuales, en todos los individuos resulta imposible.

Entendemos desde nuestra óptica, que el honor contiene en principio un carácter jurídicamente conceptual idéntico en cada persona,⁴⁴ a punto de considerar un mínimo de respetabilidad.⁴⁵ Pero puede el individuo ser más sensible o menos sensible en su valoración del honor, siendo el factor determinante la conducta de la persona entendida de manera íntegra.^{46 47} Ahora bien, no creemos en la imposibilidad restituir una valoración del honor en el devenir de nuestras vidas, pues ello equivaldría a una mutilación perpetua de la moral del individuo, o a la

⁴³ VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR, *op. cit.*, p. 246, “... concebido de este modo, el honor presenta dos aspectos complementarios: el honor interno: ideal e intangible identificado con la dignidad humana y el honor externo: donde se concreta el anterior...”

⁴⁴ Coincidiendo con SORIA, CARLOS: *op. cit.*, pp. 12 y 13. Este señala que el honor surge de la naturaleza misma del hombre, la que es común a todos los seres humanos, razón por la cual si esta es común a todos los hombres también lo es el honor, el que tiene idéntica textura y entidad valorativa en todo ser humano. El idéntico fundamento del honor en todo ser humano implica que no pueden ser reducidos en función de raza, color, posición social, etc., sin que ello implique decir que los hombres tengan un derecho al honor cuantitativamente igual. Resulta interesante lo resuelto en STS 23 de marzo de 1987, RAJ 1716 cuando expresa: “... el derecho al honor se encuentra integrado por los aspectos de inmanencia o mismidad, representado por la situación que cada persona hace de sí mismos, y el de la trascendencia o exterioridad, integrado por el reconocimiento que hacen los demás de nuestra dignidad”. Ahora bien, resultan demasiado curioso y hasta peligroso las líneas vertidas por el TS en la sentencia del 10 de julio de 1987, cuando expresa “...la idea o sentimiento de honor ha pasado a ser patrimonio exclusivo de determinadas clases sociales o profesionales para convertirse [...] en un atributo inherente a toda persona”.

⁴⁵ Consideramos apropiado lo expresado por SALVADOR CODERCH, PABLO: *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 45 a 48, cuando expresa que de esta manera se evita adoptar o importar del derecho anglosajón lo que se ha dado en llamar *libel Prof. Plaintiff* (demandante a prueba de libelos). A través de este instituto se entiende que existen personas que no tienen ninguna consideración social y por lo tanto ya no pueden ser dañadas en su honor. Nosotros lo podríamos denominar también consentimiento indirecto.

⁴⁶ Nuestra postura dista de la vertida por CARDENAL MURILLO, ALFONSO Y SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, JOSÉ LUIS: *Protección penal del honor*, Civitas, Madrid 1993, pp. 28 y ss., quienes afirman que el concepto de honor debe fundarse en un criterio o juicio normativo. Es innegable la mutabilidad que experimentó este concepto conforme a la sociedad, razón por la cual no podemos negar el sustrato fáctico del mismo.

⁴⁷ STS de 31 de enero de 1997 en RAJ 253, expresa reafirmando aún más la postura relativista del honor “... el demandante no puede invocar la protección de su derecho al honor, dado que con sus propios actos reduce el ámbito de protección de su derecho a la mínima expresión...” por ende, el actor no puede pretender ser “protegido en su honorabilidad más allá de lo que el mismo respeto a los demás...”

imposibilidad de rectificar nuestras conductas, lo que equivaldría a la anulación objetiva del sujeto.

Para CASTÁN TOBEÑAS el concepto de honor, sin dejar de ser uno, es multiforme.⁴⁸ El maestro expresa *“Es el honor uno de los bienes jurídicos más preciados de la personalidad humana, y puede ser considerado como el primero y más importante de aquel grupo de derechos que protegen los matices morales de esa personalidad”*.⁴⁹ Por ello el fundamento de un concepto debe asentarse en la dignidad de la persona⁵⁰ como tal, esencia inalterable de cada individuo por el solo hecho de ser persona.⁵¹

Para muchos autores concretar una definición de honor resulta una tarea complicada por lo complejo cercenar conceptualmente una palabra con una entidad tan amplia. En esta línea encontramos a CASTÁN VÁZQUEZ⁵² para quien el honor es un sentimiento, por lo que resulta difícil concretar una definición. Para O’CALLAGHAN MUÑOZ⁵³ el mismo constituye un concepto relativo. ALZAGA VILLAAMIL agrega que además de ser relativo es un concepto variable y múltiple en el tiempo, que abarca no solo el honor de la persona en cuanto tal, sino también el honor político, profesional y comercial.⁵⁴ Para JIMÉNEZ ASENJO⁵⁵ el honor es un bien jurídico que aparece ingénito en la conciencia social en general y de cada individuo en particular, y cuya determinación en cada caso en concreto remite al buen criterio judicial.

Una de las definiciones más aceptada por la doctrina es la esbozada por DE CUPIS, para quien el honor *es “la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el*

⁴⁸ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: “Los derechos de la personalidad”, en *RGLJ*, t. XXIV, núm.192, Reus, Madrid, 1952, pp. 6-62.

⁴⁹ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español, ..., cit.*, p. 356.

⁵⁰ Gran parte de la doctrina está de acuerdo en que el concepto de honor se vincula indefectiblemente a la dignidad de la persona. BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: *Manual de derecho penal parte especial*, edit. Ramón Areces, Madrid, 1991, p. 284; VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR: *Derecho penal parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, p. 676; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: “Libertad de expresión y derecho al honor. Criterios jurisprudencial para la resolución de conflictos”, en *Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (T III), Civitas, Madrid, 1991, p. 894.

⁵¹ Para un mayor profundización jurídico-filosófica sobre el concepto de persona podemos consultar, sin que ello implique agotar la bibliografía sobre el tema en: HOYOS CASTAÑEDA, ILVA MYRIAM: *El concepto jurídico de persona*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989 y COTA, SERGIO: “La noción de persona y su evolución conceptual” en *Anuario de derechos humanos de la Universidad Complutense de Madrid*, v. 1, Madrid, 2000, pp. 13 a 35.

⁵² CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA: “La protección del honor en el derecho español”, *RGLJ*, Madrid, 1957, p. 689.

⁵³ O’CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: “Sinopsis de los derechos de la personalidad”, *Actualidad Civil*, t. 1986-2, p. 1982.

⁵⁴ ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR: *La Constitución Española de 1978* (comentario sistemático), Edit. del Foro, Madrid, 1978, p. 457.

⁵⁵ JIMÉNEZ ASENJO, ENRIQUE: *Nueva enciclopedia jurídica*, Seix, Barcelona, 1975, p. 630.

sentimiento de la propia persona” distinguiendo claramente la dos dimensiones del honor, tanto la dimensión individual o subjetiva, como la dimensión social u objetiva.⁵⁶

Hemos visto los distintos sentidos que se pretende dar al honor. En algunos encontramos una marcada tendencia defensiva, mientras que en otras, más que una conceptualización, podemos encontrar un enunciado de contenidos que integran el concepto. Como la exigencia académica de este emprendimiento nos impone expresar un concepto de honor, lo conceptualizamos como ***“El sentimiento constituido por el conjunto de valores, principios y virtudes que la persona cultiva en mayor o menor medida en su proyección personal para sí misma y con efectos sobre la sociedad”***.

En la doctrina, cuando se pretende abordar un concepto de honor, este es dividido en dos aspectos de un mismo contenido: Un honor objetivo y otro subjetivo. El primero es la reputación, fama o buen nombre de una persona frente a la sociedad, por lo que resulta el honor en su proyección social. En este sentido escribe Ferrara: *“La estimación que acompaña a la persona y la circunda como una aureola de luz, en sociedad”*. El aspecto subjetivo del honor se refiere a su proyección con la persona misma; este el sentimiento de estima que la persona tiene de sí misma en relación con su propia conciencia moral.⁵⁷ Entendemos que ambos ámbitos del honor resultan importantes como valoración de un bien jurídico de primer orden, integrante del patrimonio de la persona. Por esta razón el honor constituye un derecho que emana de la dignidad de la persona, que se adquiere con el nacimiento y puede incrementarse o decrecer, pero nunca perderse.

Sin que ello implique contradicción con el concepto anteriormente expuesto, creemos sin entrar a discurrir sobre la preeminencia de un concepto u otro tanto en la doctrina⁵⁸ como en la

⁵⁶ DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, p. 229. Entiende por honor: *“l'intimo valore morale dell'uomo, come la stima dei terzi, overosia la considerazione sociale, il buon nome o buona fama, come, in fine, il sentimento o coscienza della propria dignità personale* Nos indica, este autor, además, qué facetas tienen relevancia jurídica y en tal sentido afirma que: *“Inteso unicamente nel primo senso, l'onore é sottratto alle offese altrui ed estraneo, per conseguenza, alla tutela giuridica; inteso, invece, nel secondo e nel terzo significato, esso é esposto alle sudette offese”*. En el mismo sentido, *vid.* GARUTTI, MILANO: *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, Cedam, Padua, 1985, pp. 10 y ss.

⁵⁷ CASTÁN VÁZQUEZ, JOSÉ MARÍA: *op. cit.*; p. 689, expresa: *“El honor en sentido subjetivo es el sentimiento de nuestra propia dignidad; el honor en sentido objetivo es el reconocimiento que de esa dignidad hacen los demás”*. El primero es la propia estima, mientras que el segundo es la buena reputación.

⁵⁸ Muchos son los autores que han ensayado aproximaciones terminológicas o conceptos de honor. Más allá de las posturas adoptadas, ya sean fácticas o normativas en la conceptualización, podemos nombrar, sin que ello implique el agotamiento de la bibliografía a: DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, p. 93, quién define al honor como *“...s' intende cosil intimo valore morale dell'uomo, come la stima dei terzi, overosia la considerazione sociale, il buon nome o buona fama, come, infine, il sentimento, o coscienza, della propria dignità personale. (Siguiendo a Speaker)”*. *“La dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona”*; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *La degradación...*, *cit.*, pp. 30 a 33, donde encontramos una descripción del concepto de honor y sus variantes o formas de manifestación, más que una expresión conceptual específica; HERRERO TEJEDOR, FERNANDO, *op. cit.*, pp.

jurisprudencia,⁵⁹ cualquiera sea la postura que adoptemos frente a ellos, más que una conceptualización resulta conveniente estructurar un enunciado de contenidos o mejor dicho una delimitación de caracteres programáticos que lo componen o integran y le dan sentido.

Tanto en el derecho positivo español, como en otros ordenamientos jurídicos, no hay un concepto de honor unívocamente puntualizado. Lo cierto es que, ni en el art. 18.1 CE, ni en la LO 1/82 encontramos una denominación conceptual de honor, pero sí una delimitación negativa, de números apertus⁶⁰ descriptiva de los casos de vulneración de este derecho.⁶¹

Desde nuestro modesto punto de vista, la ausencia de un concepto codificado en el sistema jurídico español resulta ampliamente positiva, considerando las ventajas que ofrece una

73 y ss.; O'CALLAGHAN, XAVIER: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Edersa, Madrid, 1991, pp. 37 a 68; DIEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *op. cit.*, p. 355, estos no concretan una conceptualización sobre el honor, sino adhieren a las palabras de CASTRO, para quien "...el honor se refiere a la estimación de la persona por sí misma y la que proyecta hacia la sociedad, la que tiene por ende una estimación de ella"; LÓPEZ JACOÍSTE, JOSÉ JAVIER: "Intimidad, honor e imagen ante la responsabilidad civil", en *libro homenaje a Juan Berchamans Vallet de Goytisolo*, IV, edit. junta de decanos de los Colegios Notariales de España Consejo General del Notariado, Madrid, 1988, pp. 578 a 582, para él autor "Honor consiste en la estima que la persona, es tenida por la sociedad o grupo al que pertenece o en el que desarrolla una actividad. Distingue dos dimensiones del honor, una social donde la dignidad personal está reflejada en la consideración de los demás y otra dimensión individual, donde esta está reflejada en el sentimiento de la propia persona". Este afirma que la importancia del derecho al honor estriba en dar razón de un atributo tan vehemente como lo es la dimensión y valoración social de la personalidad; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: *Derecho civil español...*, *cit.*, p. 356, el maestro señala la dificultad de concretar un concepto de honor, solamente cabe señalar que de él podemos predicar un sentido objetivo y otro subjetivo, que configura la estima de la persona para sí y ante los demás; Vid. CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA: *Derecho a la intimidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998; ALONSO ÁLAMO, MERCEDES, *op. cit.*, p. 143. Este deduce que del concepto normativo derivan dos visiones, una que establece el honor como un aspecto de la dignidad de la persona, razón por la cual este se reconoce por el solo hecho de existir; y el otro, como valor social por el cual se hace posible la convivencia, o sea, se habla de la consideración merecida o debida a otro individuo.

⁵⁹ El TS ha conceptualizado al honor como "...un derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás", conforme lo establecen las STS de 4 de febrero de 1993 en RAJ 824 y de 21 de julio de 1993 en RAJ 6273. En STS la sala I "Terceiro vs. RNE y Luis de Benito" de 23/03/1987, ponente Martín Granizo expresa: "...el honor integrado por dos aspectos, el de la inmanencia o subjetivo y el de la trascendencia u objetivo, lo que nos lleva a esta doble formulación del derecho al honor, es a señalar que las agresiones o ataques al honor producen efectos tanto en el aspecto interno o propia estimación, como en el externo o buena reputación, o sea en el medio social en que el individuo se desenvuelve". En este sentido, expresa MENÉNDEZ ALZAMORA, MANUEL: "El derecho al honor del artículo 18 de la Constitución", *RGD*, julio-agosto 1987, p. 4864, citando a FRANK REINHARD: *Das stratgesetzbuch für das deutsche reich tübingen*, 1926, p. 400, que el honor puede ser definido en dos sentidos: Primero como el resultado del juicio de valor que los demás hombres hacen de nuestras cualidades (honor objetivo); y segundo como el sentimiento y la conciencia del propio honor (las representaciones que el sujeto tiene de sí mismo, conciencia de honor y la voluntad de afirmar el propio valor, sentimiento del honor). Este está considerado como una conceptualización fáctica, pues consideran que el alto índice de subjetividad puede alejar de la realidad a este. Asimismo DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.* adopta esta postura conceptual. El TC en auto 106/80 de 26 de noviembre de 1980, ante un recurso de amparo núm. 173/80 expresa: "El honor consiste en el derecho a la propia estimación, al buen nombre y reputación". Entre otras tantas podemos citar la STC 176/95 del 11 de diciembre, en BOE enero de 1996, STC 76/95 del 22 de mayo en BOE de 21 de junio, STC 139/95 del 26 de septiembre, en BOE del 14 de octubre.

⁶⁰ Consideramos que la enumeración del art. 7 de la LO 1/82 es meramente enunciativa o descriptiva, y no constituye una enunciación taxativa. Es una descripción abierta (*númerus apertus*) pues está supeditada a los cambios y a la amplitud interpretativa propia de los cambios sociales.

⁶¹ PLAZA PENADÉS, JAVIER: *Derecho al honor y la libertad de expresión: Estudios sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 32.

valoración jurídica programática y dinámica de la noción de honor. No podemos desconocer la movilidad o mutabilidad de este concepto que como valor, contiene en esencia una misma entidad, pero en la dinámica varía conforme a la realidad socio-cultural.⁶² El no estar sometida a un esquema conceptual pétreo, es considerablemente positivo, pues es el dinamismo quien en definitiva, nutre y da vigencia al derecho y su protección.

Para BAJO FERNÁNDEZ, el concepto de honor constituiría un concepto pre jurídico,⁶³ por lo que este constituye un sentimiento, o un valor que históricamente ha tenido matices y aspectos variados, lo que constituye un elemento de difícil conceptualización dentro del marco jurídico.⁶⁴ Por ello creemos que estamos ante un concepto *relativo, complejo y mutable*. El TC⁶⁵ en similar sentido lo encuadra como un concepto *hábil, fluido, cambiante y en definitiva, dependiente de las normas y valores, ideas sociales en cada momento*. Las afirmaciones vertidas en esta premisa, surgen con claridad meridiana de las diferentes concepciones doctrinales que ha tenido y tiene el

⁶² Asimismo agregamos lo manifestado en el párrafo 7º de la exposición de motivos de la citada ley Orgánica, donde expresa: “Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma, la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas”. En contraposición encontramos a DE LA VÁLGOMA, MARÍA: “Comentario a la LO de protección al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, *ADH*, 1983, t. II, pp. 662 a 664, quien critica estas expresiones vertidas en el articulado de la ley, acusándolas de vagas e imprecisas, especialmente cuando está se refiere a la variabilidad de la protección conforme a los “usos sociales”, pues considera caduca la utilización de este término y entiende correcta la utilización del término “*realidad social cultural*”; asimismo expresa el retraso por la utilización de este término, y el temor de ir demasiado lejos. Consideramos innecesaria la discusión terminológica sobre uno u otro término, pues más allá del contenido conceptual de los mismos, ambos contienen en esencia práctica idénticos fines y sentidos. A nuestro criterio, consideramos que no existe temor de ir demasiado lejos por parte del legislador, según palabras de la autora, sino que existe temor de no ir demasiado lejos, razón de ello es la remisión a los usos sociales. No hacer referencia o no introducir una variable en un artículo cuyo objeto es un valor, sentimiento o derecho que no tiene esencia inmutable y que por ende, muta constantemente, constituiría un suicidio legal o peor aún, sería crear letra legal con fecha de caducidad. Así DE LA VÁLGOMA, *op. cit.*, p. 662-667, rechaza la protección supeditada “... al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona...” argumentando que el subjetivismo de esta expresión genera inseguridad jurídica, tanto por la falta de delimitación como por la arbitrariedad en las decisiones. Así también rechaza que las mismas estén demarcadas por la conducta o la voluntad de la persona (*Vid. STC 50/83 de 14/6/1983, ponente Rubio Llorente establece todo lo contrario cuando afirma: “El daño que el honor pueda sufrir [...] se origina en la propia conducta, y ni la constitución ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”*). Para la autora el subjetivismo genera inseguridad y por ello tendríamos que someternos a criterios objetivos de valoración, lo que a nuestro modo de entender nos llevaría a congelar los atributos que dan vida y esencia a esta ley. Consideramos en contraposición, que la subjetividad, en vez de generar inseguridad, otorga seguridad al momento de interpretar la ley, pues el artículo se refiere a la subjetividad como la conducta única de cada individuo o grupo, siendo estos con su conducta autores y verbos de su propio derecho, la que no podemos desconocer, pues la concepción del honor está determinada y vive en cada persona de diferente manera. Es por ello que sería una utopía prescindir de criterios mutables sobre las consideraciones morales.

⁶³ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: “Protección del honor y de la intimidad”, en *Comentarios a la constitución, t. I*, Madrid, 1982, p. 124.

⁶⁴ En el mismo sentido afirma MENÉNDEZ ALZAMORA, MANUEL: “El derecho al honor del artículo 18 de la constitución”, *RGD*, 1987, pp. 4864 y ss.

⁶⁵ *Vid. STC 185/89, RAJ.*

honor, conforme la cultura y el momento histórico,⁶⁶ lo que denota indefectiblemente la dificultad de conferir una conceptualización unívoca.^{67 68}

En nuestra opinión, creemos más acertada, por su amplitud, la postura vertida por ESTRADA ALONSO, para quien el concepto de honor debe inspirarse en los valores superiores de la libertad, justicia, igualdad, pluralismo; y en los principios de la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás.⁶⁹ La misma, sin embargo, constituye una valoración mutable en cada persona según su propia proyección de vida o conducta,⁷⁰ pues solo podemos reflejar el honor a través de los actos personales. No obstante ello y conforme lo expresa el maestro ORGAZ, toda persona es titular de un mínimo de respetabilidad y honorabilidad, la que debe ser protegida por el ordenamiento jurídico, ni siquiera las personas que no guarden conductas decorosas, pueden ser excluidas de este mínimo de protección.^{71 72} Entender una valoración del honor variable en cada persona, conforme la conducta de cada persona, no constituye una violación al principio de igualdad consagrado en la CE.⁷³ Entenderlo

⁶⁶ GARCÍA VALDECASAS, ALFONSO: *El hidalgo y el honor*, Revista de occidente, Madrid, 1948, segunda edición 1958, p. 115. El autor expresa: “Hubo una época en la historia de la sociedad española en la cual el honor era como un centro espiritual, hacia el que la vida de relación gravitaba, como un eje en cuyo torno se ordenaban las actividades sociales”. La literatura del siglo de oro refleja toda la magnitud del fenómeno. Hoy percibimos esa magnitud, pero difícilmente penetramos en su valor y en su sentido. La transformación histórica de creencia y actitudes (en este caso muy acusada) nos ha distanciado con exceso de él. Muchas manifestaciones de aquel honor nos parecen enigmáticas, otras inaceptables.

⁶⁷ ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *op. cit.*, p. 24 y ss.

⁶⁸ Cabe aclarar como dijimos anteriormente los derechos fundamentales, en este caso el honor, no es un derecho creado por el estado, sino anteriores a él, razón por la cual solo le corresponde definirlos, y protegerlos. STC 120/1990 de 27 de Junio y STC 57/1994 de 28 de febrero en BOE núm. 71 del 24 de marzo. “...la dignidad ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en que la persona se encuentre...constituyendo, en consecuencia, un *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe asegurar, de modo que, sean unas u otras las limitaciones que se impongan en el disfrute de los derechos individuales, no conlleven menosprecio para la estima que, en cuanto ser humano, merece la persona”.

⁶⁹ ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁰ STC 50/1983 y STC de 13 de julio de 1992 “...ni la constitución ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos...” sentencia citada por MONTÓN GARCÍA, LIDÓN MARÍA *op. cit.*, p. 878.

⁷¹ ORGAZ, ALFREDO: *Derecho civil argentino: Personas individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946, p. 155.

⁷² SALVADOR CODERCH, PABLO: “Comentario a la sentencia 297/1994 del TC” en *Cuadernos Civitas* septiembre/diciembre de 1995, p. 865. En un caso del distrito de Columbia, *Liberty Lobby Inc v. Anderson* [746 F. 2d.1563 (DC Cir, 1984) vacated on other ground, 477 U.S. 242 (1986)], el demandado había publicado que Willis Carto, uno de los actores, era “racista, fascista, antisemita y neonazi” y que había fundado Liberty Lobby para disponer de un instrumento al servicio de sus fines. El tribunal inferior había considerado que los actores eran demandantes a prueba de libelos, pero en apelación, el entonces juez Antonin Scalia- luego magistrado del Tribunal Supremo Federal- calificó a la doctrina del demandante a prueba de libelos como una idea fundamentalmente mala (“a fundamentally bad idea”): “no puedo llegar a imaginarme, dijo, cómo un tribunal puede establecer que la reputación de alguien está dañada irreparablemente, para siempre, cómo es imposible que la nueva difamación no pueda llegar a conocimiento de un nuevo lector”. Además continua, la doctrina descansa sobre la asunción de que la reputación de las personas es un monolito que, o está en pie o es que ha caído del todo. Pero naturalmente concluyo, no es así, la ley presume que siempre queda algo bueno en todos nosotros o, alternativamente, que por malo que sea alguien, siempre puede llegar a ser peor.

⁷³ STC 49/1982 de 14 de julio en BOE 185 del 4 de agosto, en su fj. 2. expresa que de la regla de igualdad del art. 14 de la CE el TC extrae una doble significación, conforme el plano en que se desarrolle: a)- Igualdad en la ley (frente al

así sería crear una sociedad utópica o ficticia, donde todos los individuos sean iguales, cualquiera sea su accionar. Pretensión imposible, pues la libertad, el pluralismo, el libre desarrollo de la personalidad generan, de por sí, distintas valoraciones en los individuos. Así, el principio de igualdad en coordinación con el honor debe ser interpretado como “*igualdad en igualdad de condiciones*”.⁷⁴

En sentido amplio entendemos que el prestigio profesional forma parte de la reputación, de la fama, y, por ello, del honor que garantiza el art. 18 de la constitución. Es más, la sentencia de 31 de julio de 1996 en su fundamento jurídico 2º señala literalmente que “*en el ámbito del art.7.7 en relación con el 2 de la ley orgánica 1/82, cabe incluir la protección que merece el prestigio profesional [...] el prestigio profesional se integra en el patrimonio espiritual de los seres humanos; todos tienen derecho a alcanzarlo, con una actuación correcta, ejemplar y reconocida en sus diferentes cometidos profesionales o laborales y, por ello, a defenderlo ante las intromisiones ilegítimas de los demás, que lo merman o lo destruyen por completo. La labor diaria del buen hacer construye respecto de las gentes, por ser algo que no se concede sino que se logra con el propio esfuerzo, merece reconocimiento y hace acreedor de honra y consideración*”.⁷⁵

legislador y el poder reglamentario) b)- Igualdad en la aplicación de la ley (frente a los órganos administrativos y el poder central). El primero supone que “*...a los supuestos de hechos iguales, han de serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también, y que para introducir diferencias entre los diferentes supuestos de hechos tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia, al mismo tiempo que aparezca como fundada y razonable, de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados*”. STC 73/1989 de 20 de abril y 29/1998 de 11 de febrero expresan que: “*...la desigualdad en la aplicación de la ley, se produce cuando un órgano aplicado del derecho interpreta la norma pertinente en un supuesto determinado de manera distinta a como lo ha hecho anteriormente en casos sustancialmente iguales*”.

⁷⁴ Consideramos que resulta práctico y prudente establecer un contenido conceptual genérico del honor, pero resulta utópico entender a éste como idéntico tanto cuantitativa como cualitativamente. Ello resulta a las claras de la libertad y la individualidad que reside en cada persona, lo que hace que cada una de ellas tenga libertad de sus actos personales, pues no es lo mismo la vida de un personaje público que la de un particular, ni aquel que a través de sus actos prescinde del cuidado de honor. Así como una afección física puede ser más grave en uno que en otro individuo, así también podemos entender las afecciones al honor. El honor, metafóricamente hablando, es como la vida de una flor, la que primero es una semilla y luego a través del cuidado que se le confiere va creciendo y fortaleciéndose. Para nosotros el honor entendido, sin inmiscuirse en el ámbito del derecho, constituye un sentimiento y a la vez un valor. Interiormente en el hombre es un sentimiento y de cara a la sociedad es un valor.

⁷⁵ SALVADOR CODERCH, PABLO: “El concepto de difamación en sentido estricto”, en la obra colectiva *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 236, 240-241. Esta opinión la ratifica posteriormente en “Comentario a la sentencia del TS de 25 de febrero de 1991”, *CCJC*, abril-agosto 1991, núm.26, pp. 409 y ss. La misma idea es compartida entre otros por CARRILLO, MARC: *Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, PPU, Barcelona, 1987, p. 50; BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA: *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 26; CASAS VALLÉS, RAMÓN: “Comentario a la sentencia del TS de 9 de febrero 1990”, *CCJC*, abril-agosto 1990, núm.23, pp. 452 y ss.; LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de derecho civil, t I*, Trivium, Madrid, 1992, p. 216; MALUQUER DE MOTES, CARLOS: *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1993, p. 37.

A modo de conclusión y sin encomendarnos exclusivamente a una postura doctrinal, creemos en el honor como un concepto formado por principios superiores,⁷⁶ hábil, fluido y en esencia, integrante de cada ser humano de manera idéntica, pero desarrollado de manera cualitativamente diferente en cada persona.

1.3.2 NOCIÓN LEGAL

Los derechos de la personalidad y específicamente el derecho al honor no son receptados en su mayoría por la corriente codificadora, así encontramos que ni el código civil francés, ni el italiano, ni los que en ellos se inspiraron contienen las normas referidas a los derechos de la personalidad.⁷⁷ En idéntico sentido el CCE siguiendo dicha tendencia tampoco menciona los derechos de la personalidad.⁷⁸

La jurisprudencia como mecanismo irrefutable de desarrollo del derecho, es quien reconoce por primera vez expresamente el derecho al honor, a través de la STS del 6 de diciembre de 1912, que da razón y existencia jurídica al daño moral. No reconoce por supuesto el derecho al honor como lo tratamos modernamente, sino como indemnización por daño moral al amparo de lo dispuesto por el art. 1902 CCE. Lo que deja a las claras para nuestra postura es que, con anterioridad a la creación de la LO1/82, el argumento legal, por daños a los derechos de la personalidad aquí incorporados, estaba sustentado jurídicamente por el art. 1902 del CCE como criterio general. Lo que nos llevaría indefectiblemente a deducir que la sanción de la LO1/82, como norma de aplicación especial, vendría a desplazar la aplicación del art. 1902 del CCE, como norma de cierre del sistema de responsabilidad por los daños inferidos sobre el honor, la intimidad y la propia imagen.⁷⁹

La CE lo consagra como derecho fundamental de la personalidad en su art. 18.1, y deja su definición al trabajo constante de la doctrina y la jurisprudencia. Así la LO1/82 a través de su art. 7.7⁸⁰ no da una definición específica y objetiva del honor, sino que describe lo que implica la intromisión ilegítima.⁸¹

⁷⁶ Coincidiendo con los manifestado en la obra de ESTRADA ALONSO, *op. cit.*

⁷⁷ Si lo hace el Código Civil Portugués 1966 y el argentino en su nuevo CCyCA en los arts. 50-55 y 1770-1771.

⁷⁸ Aunque el art. 162 redactado por ley de 13 de mayo de 1981 hace una mención a los mismos.

⁷⁹ Más allá de las críticas vertidas respecto de las imprecisiones de la LO 1/82, opinamos, y adelantándonos a los acápites a desarrollar, que los espacios en blancos de la LO1/82 no son producto de la inobservancia o descuido, sino producto de su contexto histórico de creación y de sus aspiraciones de perdurabilidad.

⁸⁰ Art. 7.7. LO 1/82: “La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

⁸¹ O’CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: “Derecho al honor”, *Actualidad Civil*, t. 1992-2, p. 333.

Continuando con la línea de construcción y consolidación de un concepto de honor, el TS en sentencia de 7 de febrero de 1962, sienta una doctrina general con respecto al derecho al honor. Pero recién en STS de 17 de enero de 1977 consolida el concepto de honor como derecho de la personalidad cuando expresa: *“Todo ser humano posee como derecho de la personalidad, el derecho al honor individual, que se integra por principios éticos y estimaciones sociales, determinantes de su patrimonio espiritual, que no cabe lesionar por injustos y ajenos ataques que perjudiquen el prestigio adquirido”*.

1.3.3 LÍMITES DEL DERECHO AL HONOR

Los derechos a los que hacemos alusión, están considerados por nuestra constitución como fundamentales, lo que significa que ambos están sometidos a protección especial por parte de las leyes que los desarrollan y por la propia CE, lo que quiere decir que, en algunos momentos, al ser ejercitados existe la posibilidad de que puedan colisionar. Cuando suceda esta situación nos encontraremos ante un conflicto de derechos, lo que llevará sin más remedio a estudiar caso por caso, para decidir qué derecho debe prevalecer, sin que necesariamente el derecho al honor, considerado como límite al ejercicio de estos derechos y protegido por el art. 20.4 de la CE, predomine frente al ejercicio de la libertad de expresión, ni que ésta sea considerada prevalente, imponiéndose como hemos dicho, una casuística ponderación entre uno y otro.^{82 83}

Los límites que determinan la protección del derecho al honor están condicionados por distintos elementos que dan forma al marco de protección establecido en la CE y la LO 1/82 lo que ha generado límites en la conjugación con la libertad de expresión y en menor medida con la libertad de información. En este sentido la jurisprudencia de mayor trascendencia del TC sobre el

⁸² Así ha quedado acreditado a través de la STC 104/1986 fj. 5.

⁸³ Dicho esto, hay que destacar lo citado por DAVID JURADO BELTRÁN en el artículo “Conflicto entre el derecho al honor y a la libertad de expresión e información: Estado de la controversia”, *Revista Economist & Jurist*, núm. 127, febrero 2009, p. 3, en donde dice que *“un tema tan controvertido e interpretable, altamente subjetivo, resulta normal y asumible que los tribunales dicten sentencias contradictorias sobre asuntos semejantes, así como que en las distintas instancias se realice una valoración de los hechos de forma diametralmente distinta”*. Igualmente, en todo conflicto entre los derechos contenidos en el art. 20.1.a. y .d y los del art. 18.1 de la C.E., los órganos judiciales habrán de *“llevar a cabo una ponderación, revisable en amparo, de unos y otros, en atención a la clase de libertad ejercida, de expresión o de información, y a la condición pública o privada del ofendido, siendo a tal efecto insuficiente el criterio del citado animus iniurandi, utilizado por la jurisprudencia penal en el enjuiciamiento de los delitos contra el honor (STC 107/1988)”*. También, y siguiendo lo dictado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos éste recomienda utilizar la ponderación en el desarrollo de los derechos en conflicto, teniendo muy presente la relevancia de la proporcionalidad, lo que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales, exigiendo que toda deslegitimación del ejercicio de un derecho fundamental a favor de otro derecho de igual relevancia enfrentado, deberá ser equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos, teniendo jurisdicción para ello el TC, y así ha quedado patente en la STC 105/1990, en donde se dice que *“...la citada ponderación corresponderá al órgano jurisdiccional que conozca de las vulneraciones al honor”*, aunque será nuestro más alto tribunal el que tiene la jurisdicción para revisar la ponderación efectuada por los jueces a través del conocido recurso de amparo.

derecho al honor se ha producido en aquellos casos en los que éste ha entrado en pugna con otros derechos constitucionales de igual rango, pero muy especialmente con la libertad de expresión. Ahora bien, si el derecho al honor se configura como límite *expreso* del derecho a la libertad de expresión, conforme lo expresa el art. 18 y 20 CE al mismo tiempo, desde la perspectiva opuesta, este último derecho ha de actuar también como límite, si bien ya no expreso, al menos sí *inmanente*, del primero,⁸⁴ pues los límites entre dos derechos son siempre recíprocos. Lo que debemos determinar es donde está situado el límite, superado el cual se invierte la relación de prevalencia entre los derechos citados.

El derecho al honor no goza de igual grado de protección en todos los casos. Esta varía en función de distintos elementos que deben ser tenidos inexcusablemente en cuenta cuando se analiza la nomenclatura de confrontación. Estas variantes son, esencialmente, dos: *a)* Si la lesión del derecho al honor es consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad de expresión en sentido estricto o si es consecuencia del ejercicio del derecho a la libertad de información, y *b)* Si la persona afectada en su derecho al honor es pública o privada.⁸⁵

A). Siguiendo una concepción dual acogida en los artículos 19.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York y 10.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Políticas de Roma, y aplicada por el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lingens* (STEDH de 8 de julio de 1986),⁸⁶ nuestro TC distingue entre *libertad de información* (hechos) y *libertad de expresión* (de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor).⁸⁷

Centrándonos ya en esas diferencias entre estos derechos, es necesario reseñar que una lesión formal del derecho al honor de una persona en ocasión del ejercicio de la libertad de información únicamente puede encontrarse justificada o, al menos, no ser merecedora de reparación si se cumplen los siguientes requisitos:

⁸⁴ DE OTTO Y PARDO, IGNACIO: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía del contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”, en MARTÍN RETORTILLO, LORENZO Y DE OTTO Y PARDO, Ignacio: *Derechos fundamentales y constitución*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pp. 95-172. Entendiendo por límite *inmanente* aquel que no viene formulado expresamente en el texto constitucional, sino que se articula a través de la técnica de la *ponderación de bienes*, de la que nos ocupamos seguidamente.

⁸⁵ Vid. STC 107/88, fj. 2º.

⁸⁶ Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco: “La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Revista de Estudios Políticos*, núm. 70, oct.-dic. 1990, pp. 93-124.

⁸⁷ Vid. STC 107/88, fj. 2º.

1. Que la información transmitida sea veraz.⁸⁸ Ahora bien, ello no quiere decir que cualquier información objetivamente falsa convierta *per se* en ilícito el ejercicio de la libertad de información, como puntualiza el TC, es decir, que lo que sí resulta absolutamente necesario es que la información transmitida haya sido debidamente contrastada, de modo que, satisfecho este requisito por el informante, la falsedad final de la información no le deja sin protección constitucional por no ser imputable ésta a aquél.⁸⁹ Pero, además, existe otro tipo de informaciones que, aun siendo objetivamente falsas, e incluso no debidamente contrastadas, han de estimarse asimismo protegidas por el derecho constitucional de información: se trata de los denominados “errores informativos intrascendentes”, carentes de entidad para poder fundamentar una acción por lesión del derecho al honor.⁹⁰

2. Que la información se refiera a asuntos públicos de interés general, ya sea por la naturaleza de la materia o por la condición de la persona afectada, lo que contribuye a la formación de la opinión pública.⁹¹ Así pues, las informaciones sobre las personas públicas o privadas carentes de interés general por no incidir en ningún asunto de relevancia pública y que en modo alguno pueden, por consiguiente, contribuir a la formación de la opinión pública) que además produzcan una intromisión en su derecho al honor, quedan fuera del ámbito protegido por la constitución.⁹²

3. Que la información se ejercite a través de los medios de comunicación institucionalizados.⁹³ Además quedan fuera de la protección constitucional todas aquellas consideraciones que nada

⁸⁸ A estos requisitos se refieren múltiples sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, entre las que se citan, entre otras, las que siguen: STC 240/1992, de 21 de diciembre, fj. 3; 129/2009, de 1 de junio, fj. 2; STS 312/2012, 7 de mayo, fj. 4; 65/2013, de 5 de febrero, fj.4; 312/2013, de 30 de abril, fj.4.

⁸⁹ STC 171/90, fj. 8º “...la regla de la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, sino que impone un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de su veracidad”.

⁹⁰ STS 588/2016, de 4 de octubre, fj.4. A su vez, el Tribunal Supremo también se ha pronunciado acerca de la veracidad diciendo que como razona la sentencia 470/2014, de 30 de septiembre, prescindiendo de la forma elegida para su comunicación y de inexactitudes no esenciales, la información se reputará veraz si se basó en fuentes objetivas y fiables, perfectamente identificadas y susceptibles de contraste, de modo que las conclusiones alcanzadas por el informador a partir de los datos contrastados que resulten de aquellas sean conclusiones a las que el lector o espectador medio hubiera llegado igualmente con los mismos datos.

⁹¹ STC 107/88, fj. 2º, y 171/90, fj. 5º).

⁹² Este es uno de los argumentos principales en que se basa el Tribunal Constitucional para otorgar el amparo al diario *El País* y denegárselo a *Diario 16* en relación con las informaciones publicadas por ambos periódicos sobre el comandante José Luis Patino, piloto del Boeing 727 que sufrió un accidente en febrero de 1985. Mientras que, según el Tribunal, en el caso del primero “no eran [...] irrelevantes las informaciones publicadas sobre las cualidades personales del piloto, [...] en ese contexto, teniendo en cuenta el interés público de la información efectuada...” (STC 171/90, fj. 11º), las del segundo, por el contrario, “...cuyo resultado global de descalificación moral, social y profesional es innegable”, resultan “...ajenas al hecho del accidente aéreo y a la formación de una opinión pública sobre sus causas...” (STC 172/90, fj. 4º).

⁹³ En STC 165/87 y 105/90, el Tribunal Constitucional dice que “...este valor preferente alcanza su nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información...”, dando a entender que éstos, por razón de su oficio, disfrutaban de un mayor grado de protección en el ejercicio de la libertad de información que el resto de los ciudadanos.

añaden a la información y, en especial las “expresiones, afirmaciones o calificativos claramente vejatorios.”⁹⁴

Centrándonos en los límites que el derecho al honor supone para el derecho a la información es verdaderamente interesante citar la STC 78/1995, por la síntesis que realiza en el fundamento jurídico 2º sobre cuestiones genéricas que conviene tener presentes, o la STC 139/2007, más reciente, que vienen a marcar los parámetros de análisis de la colisión entre ambos derechos.⁹⁵

Por el contrario, cuando la lesión objetivamente causada al derecho al honor proviene del ejercicio de la libertad de expresión, la veracidad ya no es exigible, al no tratarse en este caso de la difusión de hechos que, sino de pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor que no se prestan a una demostración de su exactitud. Ahora bien, el TC ha afirmado que ni la libertad ideológica, ni la libertad de expresión comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo. De este modo, el Tribunal Constitucional parece introducir un límite absoluto a la libertad de expresión, ya que da a entender que tales expresiones llevan intrínsecamente aparejada una vulneración de los derechos al honor y a la dignidad de las personas.⁹⁶

No obstante; inmediatamente neutraliza el alcance de esa afirmación al añadir que “...esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual cualidad profesional”.

⁹⁴ En la STC 105/90, por ejemplo, el Tribunal Constitucional efectúa un pormenorizado análisis de las afirmaciones vertidas por un periodista radiofónico contra un diputado de las Cortes de Aragón, diferenciando, por un lado, “...aquellas calificaciones de la conducta sobre la que se informa, e íntimamente vinculadas con ella, sin que aparezcan, por tanto, como exabruptos gratuitos e innecesarios o como epítetos pura y simplemente injuriosos» y, por otro, los «insultos, en el más estricto sentido de la expresión, (que) no tienen nada que ver con la crítica, por dura que sea, de una conducta, sino que aparecen como meras exteriorizaciones de sentimientos personales ajenos a la información sobre hechos o a la formación de una opinión pública responsable” (fj. 8º). De manera análoga, pero con diferentes resultados como ya hemos comentado, opera también en las STC 171 y 172/90, fj.11º y 4º respectivamente.

⁹⁵ 1º.- La no existencia de derechos fundamentales absolutos, ni de límites absolutos de estos. 2º.- La delimitación de los derechos enfrentados distinguiendo entre la libertad de información y de expresión, por un lado, y el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por otro. 3º.- La importancia de los criterios de ponderación. 4º. La especial consideración del *animus iniurandi*.

⁹⁶ Así en STC 241/91, el Tribunal Constitucional individualiza las manifestaciones concretas realizadas por el ex oficial nazi León Degrelle sobre el exterminio del pueblo judío en las cámaras de gas durante la II Guerra Mundial (“... si hay tantos ahora resulta difícil creer que hayan salido tan vivos de los hornos crematorios”; “... quieren ser siempre las víctimas, los eternos perseguidos, si no tienen enemigos los inventan...”), para concluir que “...manifiestamente poseen una connotación racista y antisemita” y que, por lo tanto, “...constituyen un atentado al honor [...] de todas aquellas personas que [...] estuvieron internadas en los campos nazis de concentración...” (fj. 8º).

El TC también ha establecido unos límites al ejercicio del derecho de la libertad de expresión, éstos pueden ser divididos en límites objetivos y límites subjetivos. Como límite objetivo, podemos citar la limitación que conlleva la prohibición de emplear términos o expresiones insultantes o vejatorias.⁹⁷ Otro límite marcado por el TC es el de la “relevancia pública de lo expresado”. Así lo expresa la STC 174/2006: “...la libertad de expresión, adquiere especial relevancia constitucional cuando se ejercite en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a las que se refieren y por las personas que en ello intervienen y contribuyan,⁹⁸ en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora, frente al derecho al honor, el cual se debilita proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas”.⁹⁹

Por lo que respecta al resto de las condiciones, más discutible parece la exigencia de que aquélla tenga que ejercitarse a través de canales institucionalizados, si bien es cierto que el TC ha valorado el contexto en el que tales opiniones se han formulado,¹⁰⁰ sostenemos por el contrario a lo manifestado por el tribunal que los canales de información especializados no deben ser beneficiarios de un sistema de protección especial por la actividad habitual que desarrollan. Por el

⁹⁷ Esto es así porque la libertad de expresión no comporta un derecho al insulto (STC 181/2006: “Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1.a de la CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental”).

⁹⁸ Los derechos fundamentales son imprescriptibles e irrenunciables, no obstante es posible que en ocasiones se produzca lo que podría denominarse como una renuncia temporal de los mismos, eso es debido a la relevancia que adquiere una persona, lo cual provoca que la protección que otorgan estos derechos quede mermada, de tal manera que estas personas consideradas “personajes públicos” van a tener un mayor riesgo de ver atacados sus derechos a la personalidad, riesgo que deben asumir dada su posición. El Tribunal Constitucional ha dicho que los denominados “personajes públicos, y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades y funcionarios públicos, deben soportar, en su condición de tales, el que sus actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no solo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos”. STC 192/1999, de 25 de octubre, fj. 7 y 8, y 148/2001, de 27 de junio, fj. 6. STC 101/2003, de 2 de junio, fj.3. STC 127/2003, de 30 de junio, fj. 4. Respecto del interés público hay que tener presente que la misión del derecho a la información va a ser convertirse en un instrumento para la formación de la opinión pública, de tal forma que será necesario que la información de que se trate sea relevante para esa opinión pública, de tal manera que no se va a considerar información en cuanto a contenido del derecho a la información, a aquellos datos que resulten irrelevantes, a pesar de que sean totalmente verídicos. STC 172/1990, de 12 de noviembre, fj. 2, y 115/2000, de 5 de mayo, fj.7. 53 STC 185/2002, de 14 de octubre, fj.4. 54 Simplemente bastaría con que la conducta de una persona hiciese ver de forma clara que consiente en la intromisión de sus derechos. STS 1116/2002, de 25 de noviembre, fj.1.

⁹⁹ Como ejemplo de límite subjetivo a la libertad de expresión e información, podemos citar STC 76/2002, en donde alude a la relevancia pública en función de las personas a que se refiera la información, lo que nos lleva a distinguir entre personajes públicos, que incluye a autoridades, funcionarios, etc., y personajes con notoriedad pública, en donde habría que incluir a los personajes comprendidos en la genérica categoría de “famosos”.

¹⁰⁰ Vid. STC 107/88, fj. 3º, y 51/89, fj. 3º.

contrario su condición especial y profesional los obliga a ejercitar su actividad con los mayores niveles de responsabilidad.

B) La segunda de las variantes surge de la condición de aquellas personas públicas o privadas.¹⁰¹ Las primeras tienen una protección del honor más débil que las privadas, argumentos que ya hemos expuesto anteriormente.¹⁰²

1.4 CONCEPTO DE INTIMIDAD

1.4.1 NOCIÓN DOCTRINAL

Partimos de su acepción, del latín “*intimus*”, que significa “*zona espiritual reservada de la persona*”, derecho de la persona por el solo hecho de “ser”.¹⁰³ El derecho a la intimidad,¹⁰⁴ como concepto fue mutando con el devenir del tiempo y las circunstancias. En un principio configuró una expresión netamente negativa según DE CUPIS,¹⁰⁵ quien consideraba este derecho como un modo de ser negativo de la persona frente a los demás. El mismo consistía en la exclusión de terceras personas. En este sentido lo expresa el juez Cooley, haciendo referencia a esta como “*Right to be let alone*”. En la actualidad, esta visión negativa ha sido superada y podemos decir que hoy se define de forma positiva, donde la persona tiene el control y amplia disposición de los datos o elementos referidos a su persona.¹⁰⁶

¹⁰¹ Vid. STC 107/88, fj. 2º cuando expresa: Es decir, aquellas que “ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública”.

¹⁰² En efecto el TC ha hecho especial hincapié en que los sujetos públicos han “...optado libremente por tal condición” (STC 165/87, fj. 10º) o en que “...aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas” (STC 171/90, fj. 5º); todo ello para concluir indicando que “...por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos”.

¹⁰³ Podemos referenciar las siguientes sentencias a efectos de establecer una entidad de la misma. STC 57/94, STC 142/93 del 22 de abril en BOE de 28 de mayo, STC 143/94 del 9 de mayo en BOE del 13 de Junio, STC 231/88 del 2 de diciembre en BOE de 23 de diciembre, 221/90 STC 348/93, STC 85/94, STC 86/95, STC 34/96, STC 54/96, STC 57/94 del 28 de febrero en BOE 24 de marzo, STC 195/95, STC 254/93 del 20 de julio en BOE del 18 de agosto, STC 272/94.

¹⁰⁴ Este concepto lo encontramos en el derecho comparado con diversas acepciones. VELU, JACQUES: *Le droit au respect de la vie privée*, presses Universitaires de Namur, Bruselas, 1974, pp. 19 y ss. En Francia encontramos la expresión: “vie privée, “sphère intime”, “domaine personnel”. En Alemania “privatsphäre”, “allgemeines Persönlichkeitsrecht”, “Geheimspräre. En Italia DE CUPIS habla de “diritto alla riservatezza”, BRICOLA, FRANCO: “Prospettive e limiti della tutela penale della riservatezza”, en *Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penale*, Milano, 1970, p. 69. En Holanda de “intimiteitsfeer” y por último en los países anglosajones se habla de “privacy”.

¹⁰⁵ DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, p. 103, define a la intimidad o riservatezza “...come aquel modo de essere della persona, il quale consiste nella esclusione dalla altrui conoscenza di quanto ha riferimento alla persona medesima.”

¹⁰⁶ CARRILLO, MARC: *El derecho a no ser molestado*, Thomson Aranzadi, Madrid, 2003, p. 41 y ss.

Desde este ámbito encontramos que se han ensayados muchas definiciones del derecho a la intimidad.¹⁰⁷ En este sentido un concepto amplio de intimidad comprendería diversos aspectos y contenidos. Así, estaría incluido el derecho a ser dejado en paz, a la preservación del secreto, a la autonomía que incluye la libertad de toma de decisiones en la esfera privada, excluyendo del dominio lo que pertenece a la esfera pública, prohibiendo injerencia de terceros, y por último el control de la información personal.¹⁰⁸

La necesidad de intimidad es inherente a la persona humana, como elemento esencial para que el hombre se desarrolle y geste su propia personalidad e identidad, gozando de un área que comprenda diversos aspectos de su vida individual y familiar, libre de la intromisión de extraños. Todos los seres humanos tenemos una vida “privada”, conformada por aquella parte de nuestra vida que no está consagrada a una actividad pública y que por lo mismo no está destinada a trascender e impactar en la sociedad de manera directa, y en donde en principio los terceros no deben tener acceso alguno, toda vez que las actividades que en ella se desarrollan no sean de su incumbencia.

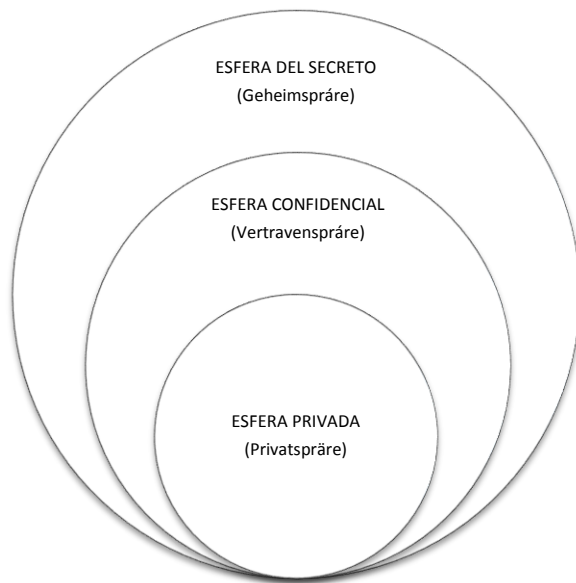
Ciertamente el concepto de vida privada es muy difícil de definir con precisión, pues tiene connotaciones diversas, pues depende de la sociedad, sus circunstancias particulares y la época o situación histórica. Sin embargo, dentro de esta esfera de vida privada, podemos considerar a las relaciones personales y familiares, afectivas y de filiación, las creencias y preferencias religiosas, convicciones personales, inclinaciones políticas, condiciones personales de salud, identidad y personalidad psicológica, inclinaciones sexuales, comunicaciones personales privadas por

¹⁰⁷ Sobre los distintos conceptos y profundización de este tema ver: DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, p. 103; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS: *Elementos de derecho civil t. I v. II*, Dykinson, Madrid, 1998; DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: “Los llamados derechos de la personalidad”, *ADC*, Madrid, octubre y noviembre de 1959; BELTRÁN DE HEREDIA, JOSÉ: *op. cit.* DE LA VÁLGOMA, MARÍA, *op. cit.*, p. 657; O’CALLAGHAN, XAVIER: *Libertad de expresión...*, *cit.*, p. 38; HERRERO TEJEDOR, FERNANDO: *La Intimidación como derecho fundamental*, Colex 1ª edición, Madrid, 1998, p. 25; CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN: *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991; *Vid.* CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, *op. cit.* Así también encontramos en el derecho anglosajón muchas definiciones; COOLEY, THOMAS: *The elements of torts*, Cornell University Library, 2009; WESTIN, ALAN: *Privacy and Freedom*, Ig Publishing, 2015, p. 350. En el artículo de WARREN Y BRANDEIS, traducido por Pilar Baselga en edit. Civitas año 1995, encontramos una definición de intimidad como (the right to be alone) el derecho a estar solo en su traducción literal. Así también encontramos otras definiciones sobre la intimidad como las vertidas por Fried en un trabajo de 1979 titulado “An anatomy of values” el cual define a la intimidad como “El control sobre la información que nos concierne” o las de Parker en un trabajo del año 1974 titulado “A definition of privacy” el cual la define como “Control sobre cuándo y quien puede percibir diferentes aspectos de nuestra personalidad”. En el derecho Francés RIVERO: *Les libertés publiques*, t. II, Paris, 1977, p. 66; ROYER-COLLARD: *De la liberté de la presse*, Discuors, París, 1949. Citado por GARCÍA SAN MIGUEL, LUÍS: *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 17.

¹⁰⁸ PIZZARRO, RAMÓN DANIEL: *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, Hammurabi, Buenos aires, 1991, p. 174; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: *Responsabilidad civil y otros estudios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 141 a 144.

cualquier medio, y hasta algunos llegan inclusive a incluir la situación financiera personal y familiar. La necesidad de intimidad y el respeto a la vida privada, a través de la protección de injerencias no deseables e indiscreciones abusivas, permitirá que la personalidad del hombre se desarrolle libremente. De esta forma, la protección a la vida privada se constituye en un criterio de carácter democrático de toda sociedad. Sin duda alguna, el respeto a la vida privada y a la intimidad, tanto personal como familiar, es un valor fundamental del ser humano, razón por la cual el derecho ha considerado importante tutelarlos y dictar medidas para evitar su violación, así como para intentar subsanar los daños ocasionados.

En la doctrina Alemana, más que dar una definición, nos encontramos con una delimitación de la protección a la intimidad, en forma de círculos concéntricos, graduando la misma de afuera hacia adentro, siendo el consentimiento de la persona, el canal o línea tangencial que conecta a todas las esferas de afuera hacia adentro y por el cual se puede ir penetrando a través de estos círculos concéntricos.¹⁰⁹



¹⁰⁹ VELÚ, JACQUES: *Vie privée et droit de l'homme*, edit. Presses Universitaires de Namur, Bruselas, 1974, pp. 27 y ss. Este explica el esfuerzo de la doctrina alemana en desarrollar los aspectos de los distintos círculos concéntricos en la protección de la intimidad. En la esfera privada o de la individualité protege el carácter específico de cada hombre en el mundo. La esfera confidencial comporta específicamente la vida privada de la persona, la que comparte con aquellas personas más allegadas. Por último el círculo más concéntrico, contiene aquellas correspondientes a aquellas noticias que han de quedar solamente en la persona. NOVOA MONREAL, EDUARDO: *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, edit. Siglo Veintiuno, México, 1979, pp. 46 y ss., expresa la dificultad de exponer un concepto o una descripción de la intimidad, no obstante definir algunos aspectos conviene apropiada a efectos de lograr soluciones justas en el campo jurídico. Así explica el contenido de estos círculos desde la esfera más amplia que comprende el comportamiento, noticias y hechos, que el individuo desea que no llegue a conocimiento del público en general sino solamente por quienes se encuentran en contacto con él. La esfera siguiente que es la confidencial, contiene lo que individuo comparte con sus allegados. Y por último, tenemos la esfera central, que contiene las noticias que solamente quedan reservadas para la persona.

NOVOA MONREAL,¹¹⁰ realiza una conceptualización de la intimidad, realizando una separación de dos aspectos de la vida privada, sin que ello importe gradación alguna, pues funcionan de modo diverso. El ámbito más amplio consiste en el derecho de todo ser humano a disponer de sus momentos de soledad o de reflexión. Por otro lado, existe un aspecto más íntimo, y que consiste en los actos o hechos que son propios de la persona. Así mismo este autor expresa “*es preciso admitir que la noción general de vida privada queda determinada, en cierta medida, por los diferentes regímenes, sociales, políticos y económicos que existen en el mundo*”.¹¹¹

En nuestra opinión, y más allá de los aspectos variantes propios de la ciencia práctica del Derecho, nos atrevemos a esbozar una definición de intimidad como: “*El aspecto de la personalidad que está formado por lo interno, espiritual o intrínseco de la persona, que la misma protege a través de su proyección de vida*”.¹¹² Aunque como manifestamos anteriormente, al referirnos al honor, una definición pétrea no resulta adecuada en la realidad jurídica. Pues opinamos que el concepto de intimidad constituye un concepto subjetivo de disposición, amplio, fluctuante y por sobretodo relativo¹¹³, casi inaprensible, así lo ha manifestado el TEDH,¹¹⁴ y el

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 48.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 43.

¹¹² Ahora bien, este concepto solamente constituye la intimidad a secas, pero cuando la proyectamos en el campo jurídico, que es el que nos interesa, más que un aspecto de la personalidad “*es el derecho del individuo al libre desarrollo de su personalidad, siendo titular de amplia disposición sobre los aspectos que quiere mantener para sí y lo que quiere hacer público*”.

¹¹³ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, JOSÉ: *Derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 80 a 83, el autor expresa: “*Todas las diferencias y las dificultades surgen precisamente del hecho de que no es posible encontrar un único concepto valido que permita elaborar una reflexión sobre la intimidad. No hay una unanimidad, pues todo el edificio construido con los conceptos normativos y descriptivos en torno a la intimidad- las reclamaciones, el derecho mismo a la intimidad, su protección y salvaguarda- se encuentra en una base demasiado endeble, la fragilidad derivada de no hallar su significado. La razón de esta conclusión es obvia. En cada concepción del significado de intimidad influyen multitud de factores que escapan a quienes intentan captar su significado. Factores culturales y sociales que hacen que cada sociedad, cada comunidad o cada persona entienda su vida privada de un modo que, en muchas ocasiones, no coincide con una sociedad próxima, una comunidad cercana o con su vecino*”. Sostiene el relativismo y la ambigüedad que encierra el concepto de intimidad el cual esta imbuido de la apreciación y valor que le otorga el sujeto y su medio, lo que nos lleva a entenderlo como una noción o concepto dinámico.

¹¹⁴ STEDH de 16/12/1992 caso Niemietz c/ Alemania. Expresa: “*El tribunal no considera posible ni necesario ofrecer una definición exhaustiva de la noción de “vida privada”. Sin embargo sería demasiado restrictivo limitar la noción a un “círculo interior” en el que el individuo puede desarrollar su propia vida personal como él elija y excluir por completo del mundo exterior no integrado en ese círculo. El respeto de la vida privada debe, también, englobar hasta cierto punto el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos*” Este tribunal postula una concepción amplia del derecho a la intimidad, interpretando el ámbito privado con vinculación de la vida de relación de la persona, expresando “*El respeto de la vida privada, debe, también, englobar hasta cierto punto el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos*”. Ahora bien, este derecho a la intimidad en vinculación con el desarrollo de la personalidad debe ser interpretado siempre y cuando exista un vínculo entre las demandas requeridas y la vida privada de la persona. Esta sentencia contrasta notablemente con lo vertido por el TC en sentencia 173/1982, que conceptualiza la intimidad sin tener en cuenta como integrante de este derecho la interrelación con otros individuos.

TC¹¹⁵ en reiteradas jurisprudencias. ¹¹⁶ No hay un concepto legal de intimidad, la CE se limita a reconocerlo y a garantizarlo, en este sentido lo regula como límite a la libertad de expresión e información, sin adentrarse en su contenido. Posteriormente la LO 1/82, le añade las notas de “irrenunciable, inalienable e imprescriptible”.

Resulta interesante la definición formulada por la CSJNA, quien define el derecho a la intimidad como “*el derecho, que cada uno tiene, a decidir por sí mismo en qué medida compartirá con los demás sus pensamientos, sus sentimientos y los hechos de su vida personal*”. ¹¹⁷

Pero lo que nos interesa de la intimidad, es el aspecto general que esta importa y que el hombre guarda para sí, sin dar razón o fundamento alguno, por solo hecho de su dignidad, sin entrar a desentrañar si este aspecto es concéntrico o periférico. Creemos que, a medida que los niveles de intimidad se hacen más internos o restringidos, los niveles de tutela y por consiguiente de atribución de responsabilidad,¹¹⁸ deben ser más rigurosos, funcionando como verdaderos protectores de los derechos fundamentales que amparan al individuo en su aspecto moral y espiritual. Pues consideramos que en la protección del mismo debe prevalecer, siempre sujeto a variables determinadas por las circunstancias, ¹¹⁹ el derecho a la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, pero por sobre todo la prevalencia de la dignidad de la persona. Asimismo no podemos olvidar que el marco de protección de la intimidad está condicionado por la disponibilidad que cada individuo tenga de ella, ya que su marco está delimitado por la libertad

¹¹⁵ STC 171/1990 de 12 de noviembre en BOE 287 del 30 de noviembre, afirma: “*La realidad intangible de la intimidad*” y por lo tanto, “...su extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico y cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial”. El TC en sus últimas sentencias señala que la CE no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho o potestad a ella; y depende del sujeto la administración y disposición de ella y es sobre lo que realmente se fundamenta su protección más que sobre su contenido. STC 134/1999. Caso: Sara Montiel II.

¹¹⁶ Resulta interesante el trabajo jurisprudencial y doctrinal de MIERES, LUÍS JAVIER: *Intimidad personal y familiar* *prontuario de jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2002.

¹¹⁷ Además nuestro más alto tribunal argentino ha expresado: “*El derecho a la intimidad protege jurídicamente un ámbito de autonomía individual constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad están reservadas al propio individuo y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños, significa un peligro real o potencial para la intimidad...*”

¹¹⁸ BETTI, EMILIO: *Court de droit civil comparé des obligations*, Giuffrè, Milán 1958, pp. 99 y 100. Para el autor la responsabilidad encierra la exigencia de transferir, por una intervención voluntaria, que venga a modificar el curso normal de los acontecimientos naturales, la carga de un daño de la persona que lo ha sufrido directamente (en virtud de leyes físicas, psicológicas o sociales de causalidad) a otra persona, que es considerada como imputable del daño. La imputabilidad es la relación que existe entre el daño y esa otra persona.

¹¹⁹ Esta expresión es vertida en razón de que este concepto siempre está sujeto a variables que amplían y disminuyen el ámbito de protección como lo es la popularidad o anonimato de la persona, su inmiscusión pública o no, la relevancia pública de la intromisión o su consentimiento.

del individuo En este sentido, el TC ¹²⁰ señala que la CE no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla.¹²¹

Para DESANTES la intimidad “*es aquella zona espiritual del hombre que él considera inespecífica, distinta a cualquier otra, independiente de lo que sea*”. ¹²² ALBALADEJO ¹²³ define a la intimidad persona como “*el poder concebido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman un círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle un publicidad que no desee el interesado*”. DIEZ PICAZO Y GULLÓN¹²⁴ la definen como “*la esfera secreta de la propia persona que debe ser protegida contra las intromisiones e indagaciones ajenas*”.

1.4.2 NOCIÓN LEGAL

El primer instrumento legal que recoge el derecho a la intimidad, en España, es la CE en su art. 18.1.¹²⁵ Posteriormente la LO1/82 lo desarrolla, protegiendo no solo la intimidad personal, sino también la familiar¹²⁶ como elemento fundamental para el desarrollo de este derecho. Aunque

¹²⁰ Vid. STC 134/1999 de fecha 15/7/1999 publicado en BOE 18/8/1999. En similar sentido STC 73/1982, de 2 de diciembre, fj. 5; 110/1984, de 26 de noviembre, fj. 3; 89/1987, de 3 de junio, fj. 3; 231/1988, de 2 de diciembre, fj. 3 en BOE 312 del 29 de diciembre; 197/1991, de 17 de octubre, en BOE 274 del 15 de noviembre, fj. 3, y en general las STC, 144/1999, de 22 de julio, y 115/ 2000, de 10 de mayo.

¹²¹ CARRILLO, MARC, *El derecho a no...*, cit., pp. 80 y ss.

¹²² Ver DESANTES, JOSÉ MARÍA: “Intimidad e información, derechos excluyentes”, *Nuestro Tiempo* núm. 213, Pamplona, 1972.

¹²³ ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho civil t.I v. II*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 65.

¹²⁴ DIEZ PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *op. cit.*, p. 375.

¹²⁵ En este trabajo solo abordaremos el derecho a la intimidad desde la actividad de los MMC razón por la cual no desarrollaremos los establecidos en el art. 105 CE (límite de acceso a los archivos y registros administrativos); la inviolabilidad del domicilio art. 18.2; inviolabilidad de las comunicaciones art. 18.3 CE; ley 8/1980 art. 4.2 (estatuto de los trabajadores); ley 14/1986 art. 10.1 (sanidad); ley 12/1992 (tratamiento automatizado de datos de carácter general); ley 30/1992 art. 37.2; ley 8 de junio de 1957, art. 51.

¹²⁶ La doctrina ha desarrollado una gran discusión alrededor del derecho a la intimidad familiar. Respecto a su contenido se han formulado varias teorías. La primera que podemos nombrar es la “organicista”. Esta entiende el derecho a la intimidad familiar como el derecho a la intimidad de las personas en cuanto miembros de una unidad familiar y no como a personas en sí mismas consideradas individualmente. Por ello para esta postura no existen actos que en sí mismos sean protegibles en virtud de la intimidad familiar, sino que dichos actos serán objeto de protección en tanto y en cuanto se realicen dentro del ámbito de una familia. Esta tendencia es la seguida por los convenios internacionales de derechos humanos que diferencian vida privada y familiar, concibiendo a la familia como una institución. Una variante de esta teoría sería la postura privacidad, sostenida por Lacruz, quien sostiene que la intimidad familiar no se identificaría por el contexto donde se producen determinadas situaciones, sino por el carácter de las mismas. La segunda teoría sería la basada en la legitimación procesal; para esta postura, la protección se resolvería conforme la legitimación otorgada por la ley para la protección de este derecho, argumento que podría encontrar sustento en el art. 4 de la LO1/82. Aunque para restarle fragilidad, considerando que puede tener legitimación personas distintas a la familia, este último concepto debe ser entendido de forma amplia. Resultaría apropiado, según nuestro criterio y con el objeto de conceder dinámica práctica a la protección de la intimidad entender este concepto como único; ya sea se hable de intimidad personal o familiar, siendo uno extensión del otro, sin encasillarlos en conceptos distintos. El TC, en coincidencia con nuestra postura, cuando se refiere a intimidad se refiere a la intimidad personal y a la familiar.

sin definirlo, función que ha quedado, a nuestro criterio, abusivamente delegada al trabajo jurisprudencial. Más allá de que resulta prácticamente imposible que el juez, como persona, se despoje de sus juicios valorativos, pues tal como expresaba el juez Holmes, “las leyes dicen lo que los jueces dicen que dicen”, y, por ende, la jurisprudencia estaría imbuida de interpretaciones subjetivas amparadas en mitos, creencias, estereotipos, prejuicios (juicios previos), usos y costumbres que darían cuenta de un modo de operar extra objetivo.

Ahora bien, entendemos que la falta de precisión de la LO 1/82, no solo deja una laguna al mandato del art.18.1 CE,¹²⁷ sino que propicia un avance *ad libitum*, por parte de la jurisprudencia, lo que excede la función de complementación que le atribuye el art. 16 CCE, para atribuirse funciones seudo legislativas respecto a la ley.¹²⁸ Razón por la cual más que complementar de la LO 1/82, asistimos a la implementación de una labor netamente creativa, lo que genera múltiples inconvenientes.^{129 130}

La LO 1/82 no ofrece un concepto claro del derecho a la intimidad, susceptible de determinar su contenido y extensión. Solamente dispone las causas que pueden considerarse intromisión ilegítima en la intimidad, y deja librado su contenido no solo a las leyes, sino también a los usos sociales y a los propios actos de la persona. Por esta razón el marco conceptual del derecho a la intimidad ha quedado librado al trabajo constante de la jurisprudencia, dentro del contexto social en el cual se interprete.

¹²⁷ Difícilmente ha de estimarse cumplida la función que la CE reserva a las leyes orgánicas en materia de derechos fundamentales, cuando en este caso ni siquiera se precisa de un modo aproximado el ámbito que se acoge.

¹²⁸ BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: “Los límites de los derechos de libre expresión e información según la jurisprudencia”, en *Estudios sobre derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, pp. 102-103. En este sentido juzga peligroso el apartamiento del juez de la ley positiva, peligro que se incrementa cuando la apreciación del juez se ve favorecida por estar en juego valores o conceptos jurídicos indeterminados.

¹²⁹ GARCÍA SAN MIGUEL, RODRÍGUEZ Y ARANGO, LUIS: “Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión” en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 32. El primero de los autores sostiene que “...un sistema como el nuestro, que otorga predominio a la ley, a la que el juez ha de estar sometido (art. 9.1 y 171.1 CE), no parece que pueda prescindir de la regulación por vía legal de los conflictos. Sera el legislador y no el juez quien haya de hacerlo sin perjuicio de la interpretación creadora del constitucional”.

¹³⁰ DIEZ PICAZO, LUIS: “La interpretación de la ley”, *ADC*, 1970, p. 726. El intérprete del derecho no realiza como el artista una obra individual, sino que cumple una función social. Sus decisiones están llamada a producir consecuencias en otras personas y estas personas es justo que sean tratadas de manera uniforme. La seguridad jurídica impone que las decisiones sobre casos iguales sean también iguales y que los ciudadanos puedan en una cierta medida saber de antemano cuales van a ser los criterios de decisión que han de regir sus asuntos. Por otro lado, la libertad absoluta del intérprete que en determinados casos podría llevar a una justicia mayor entrega al ciudadano al arbitrio del juez, con todos los peligros que ello acarrea.

En el derecho comparado ¹³¹ encontramos que la protección del derecho a la intimidad o privacy se puede clasificar en cuatro categorías:

- La injerencia en la intimidad del individuo o intrusión on plaintiff's privacy.¹³²
- La divulgación en público de hechos de la vida privada o public disclosure of private facts.¹³³
- Presentar a un individuo ante los demás para desacreditarlo o putting the plaintiff's in a false light in the public eye.¹³⁴
- La apropiación de ciertos elementos de la personalidad del individuo con fines de lucro o appropriation of some elements of the plaintiff's personality for the defendant's advantage.¹³⁵

En el derecho argentino la intimidad se encuentra protegida a través de su carta magna art. 18, art. 19 y art. 43 (este último por medio del hábeas data). Asimismo, en el mismo cuerpo, el art. 75 inc. 22 establece que los tratados sobre derechos humanos allí enumerados tienen jerarquía constitucional.¹³⁶ En materia civil por los art. 51 a 53 y 1770 CCyCA. ¹³⁷ De acuerdo con estos

¹³¹ Clasificación utilizada por PROSSER, WILLIAM LLOYD: Handbook of the law of torts, West Pub. Co., 1955.

¹³² Eje. Espionaje en el domicilio de la persona.

¹³³ Eje. Revelar el incumplimiento de un contrato o crédito contraído.

¹³⁴ Eje. Invocar o utilizar el nombre de una persona, sin su autorización para realizar una petición o realizar una declaración pública.

¹³⁵ Eje. Voz, imagen, nombre, conducta, etc. utilizado en anuncios publicitarios.

¹³⁶ Así, el art. 12 DUDH. Dispone que "*Nadie será objeto de injerencias arbitrarias a su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques*". Términos similares contienen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

¹³⁷ CCyCA art. 1770: "*Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación*". La protección a la intimidad deriva directamente de la constitución. El art. 19, CN, crea la denominada zona de reserva de la persona, para aquellas "...acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero..." que "...están reservadas sólo a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Además el art. 11 del Pacto de San José de Costa Rica es aún más claro al garantizar: "*Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación*". El art. 1770 CCyCA es representativo de la función preventiva de la responsabilidad civil, incorporada recientemente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, pues la acción principal que reconoce no es la de daños, sino la de cesación de perturbación de la intimidad. Se relaciona directamente con el art. 50, 51 y especialmente el art. 52, que dice: "*La persona humana afectada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el libro tercero, título V, capítulo 1*". Resulta interesante las conclusiones de las IX jornadas nacionales de derecho civil respecto al análisis del ex art. 1071 bis, destacándose entre otras las siguientes conclusiones: a) Sólo las personas de existencia visible son titulares del derecho a la intimidad, no así las personas jurídicas, b) Los muertos carecen de intimidad, sin perjuicio del respeto genérico debido a los difuntos y de los derechos de los allegados que invoquen un

instrumentos, el respeto a la vida privada es uno de los “derechos humanos”, anterior y superior al estado al que le compete el deber de reconocerlo y ampararlo. Asimismo, es un límite a las libertades públicas. Comprende en general el derecho a la intimidad personal y familiar; al anonimato y reserva; a una vida tranquila, sin acosos, hostigamientos y perturbaciones; y a la inviolabilidad del hogar y de toda forma de comunicaciones privadas. Si bien se contemplan excepciones, su violación resulta ilegítima, y la protección regulada por los diversos ordenamientos jurídicos acarrea sanciones penales y/o responsabilidad civil.

1.4.3 LÍMITES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

El juicio de legitimidad de la intromisión al derecho a la intimidad tiene inicialmente casi los mismos factores que concurrían en el supuesto de los límites del derecho al honor (Veracidad, condición pública o privada del sujeto afectado, referencia a asuntos de interés general relevantes

interés legítimo. Además, se aclaró que la “arbitrariedad” se refiere a la antijuridicidad de la conducta lesiva, salvo que se acredite la concurrencia de una causa de justificación; que no es necesaria la concurrencia de dolo o culpa para que se aplique el artículo; que la sola violación de la intimidad, que normalmente produce daño moral, faculta al juez a imponer una indemnización equitativa aunque no se pruebe ningún daño, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales si esto se demuestra que la indemnización por violación a la intimidad es una verdadera indemnización y no una indemnización de equidad, pero que esa equidad es un criterio para la fijación de la indemnización. El art. 1071 bis fue criticado por reconocer una indemnización “equitativa”. El código actual se hizo eco de esas críticas y reconoce al damnificado “una indemnización que debe fijar el juez”. No es una indemnización de equidad sino una reparación plena. Diferencia de la violación a la intimidad con los daños al honor: La violación a la intimidad se diferencia de los daños al honor como la calumnia o la injuria, en que en estos últimos el hecho normalmente es falso o es insultante. Además si el demandado prueba la verdad del hecho calumnioso no hay reparación. En la violación a la intimidad el hecho que se publica no necesariamente es falso. Normalmente es verdadero, pero nadie tiene derecho a conocerlo. Todo hombre tiene derecho a guardarse para sí algo que no quiere compartir con los demás porque en nada les mejora su vida. Es como lo dice la jurisprudencia norteamericana, siguiendo a Cooley, el derecho a ser dejado solo (right to be let alone). La violación a la intimidad tiene lugar cuando se interfiere intencionalmente en los asuntos privados, la vida, la residencia de otra persona, las comunicaciones. Por ejemplo si se realizan escuchas telefónicas no autorizadas; se hace llamadas telefónicas insistentes y molestas; se recolectan datos personales o sensibles, y luego se los vende o difunde, como datos crediticios, los archivos de una obra social o un consultorio médico. El medio para la publicación no es sólo la prensa oral o escrita, sino que en la actualidad es muy probable que se cometa mediante internet. La revelación pública de hechos íntimos o privados es la forma más común de violación la intimidad. Según Prosser para que ella suceda se deben dar algunas condiciones: 1) Revelación pública y no privada. La violación existe cuando hay publicación, lo que quiere decir en un medio que tenga difusión o alcance general. 2) Los hechos revelados deben ser privados y no públicos. Las ambiciones de un político, por más privada que haya sido la reunión donde las confesó, no violan la intimidad. 3) El material publicado debe ser ofensivo a una persona razonable y no hipersensible. Por ejemplo la divulgación del nombre de una víctima de violación, o de una menor víctima o autor de un delito. 4) El público en general no debe tener derecho a saber esa información. Por ejemplo la salud del presidente o del Papa, siempre que se trate de enfermedades que puedan repercutir en desempeño. 5) Falta de arbitrariedad. No hay arbitrariedad si el propio titular dio a conocer el hecho que viola su intimidad o si el hecho sucedió en un lugar público, o si se trata de un asunto de interés público. Lo mismo sucede si la violación a la intimidad persigue un propósito superior, como es castigar un delito y fue ordenada por un juez, como ser la interceptación de correspondencia o intervención de líneas telefónicas. En otros casos, la falta de arbitrariedad dependerá del deber de cuidado que se observe. Por ejemplo, un médico tiene el deber de reportar cualquier enfermedad que pueda desencadenar una epidemia, pero ello no quiere decir que deba publicar el nombre y apellido de la persona, sino solo sus iniciales. Lo mismo si decide utilizar el caso de su paciente para la enseñanza o en un congreso científico. Lo prudente es que guarde el anonimato.

para la formación de la opinión pública). En este sentido el Tribunal Constitucional ha señalado que la veracidad como supuesto excluyente de la antijuridicidad juega de modo muy distinto, según la intromisión afecte al derecho al honor o a la intimidad.¹³⁸ Y ello, porque, como ha explicado con posterioridad el TC, si bien *“la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor [...] el criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa”*.¹³⁹ Lógicamente el problema en cada caso será el de identificar los límites que debe soportar el derecho a la intimidad cuando exista un interés público de determinados hechos que pueda legitimar la intromisión de la esfera privada del personaje público. En cualquier caso, y al contrario de lo que ocurre en relación al derecho al honor, parece que la apreciación de estos límites habrá de hacerse de manera que prevalezca por regla general el derecho a la intimidad de las personas sobre el derecho a la libertad de información. Entre otras cosas porque las informaciones sobre aspectos íntimos de la vida de las personas, por definición, sólo excepcionalmente deben considerarse de interés general y relevante para la formación de la opinión pública.

De todas formas, y aun tratándose de supuestos en los que, por la condición del sujeto o por la naturaleza en la que la intromisión tiene lugar, el derecho a la intimidad habría de desplegar en principio su máxima protección, es posible que aquélla pueda llegar a merecer la consideración de legítima en determinadas situaciones. Así puede ocurrir bien porque tal intromisión sea *“consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula”*,¹⁴⁰ bien porque se justifique *“por la necesidad de proteger o preservar otros derechos constitucionales protegidos”*.¹⁴¹

A lo manifestado ut supra entendemos que el derecho a la intimidad, como todo derecho, tiene sus limitaciones o restricciones, las que pueden surgir del contenido y desarrollo del mismo derecho o de la convivencia con otros de idéntica jerarquía. Aquí encontramos como límites y restricciones las siguientes conjugaciones:

¹³⁸ STC 171/90, fj.8.

¹³⁹ STC 197/91, fj.2.

¹⁴⁰ STC 170/87, fj.4.

¹⁴¹ STC 110/84, fj.5.

- *El derecho a la intimidad no impide la publicación de aquello que es de interés público, científico, histórico o cultural relevante.* El objetivo general del derecho, es proteger la intimidad de la vida privada de las personas. Ahora bien la intimidad debe limitarse cuando la conjunción de algunos de estos elementos está en confrontación con este derecho.
- El derecho a la intimidad no prohíbe la información sobre un tema, aun siendo éste de naturaleza privada, si la publicación se hace en las circunstancias en que, conforme a la ley de difamación y libelo, sería calificada de información privilegiada. El derecho a la intimidad no se transgrede por hacer público algo ante una autoridad judicial, legislativa, administrativa, así como las noticias sobre algunos de estos procedimientos, en la medida que sean concedidas como un privilegio (Caso Wason vs. Walters; Smith vs. Higgins; y, Barrows vs. Bell). Igualmente, no se prohíbe la publicación que uno hace en cumplimiento de un deber público o privado, ya sea jurídico o moral, o en el manejo de sus propios negocios, y en asuntos que no conciernen más que a su propio interés (v.gr. Limitación al derecho de impedir la publicación de cartas privadas).
- El derecho a la intimidad decae con la publicación de los hechos por el individuo, o con su consentimiento. Esto es por aplicación de la ley de propiedad literaria y artística.
- El derecho a la intimidad está delimitado por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. La conducta (en sentido amplio)¹⁴² del sujeto respecto a sus propios actos resulta un medida auto protectora de su intimidad.
- El derecho a la intimidad decae cuando la intromisión está autorizada por ley o autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley.

1.5 CONCEPTO DE PROPIA IMAGEN

1.5.1 NOCIÓN DOCTRINAL

La palabra imagen proviene del latín *imago, imaginis*, y significa la figura, representación, semejanza y apariencia de una cosa. Para el caso específico de nuestro trabajo estamos hablando de la figura de una persona. La imagen personal es nuestra apariencia física, la cual puede ser captada en dibujo, pintura, escultura, fotografía, y video. Nuestra imagen así captada puede ser reproducida, publicada y divulgada por diversos medios, desde volantes impresos de la forma más rudimentaria, hasta filmaciones y fotografías transmitidas por televisión, cine, video, correo electrónico o Internet. Justamente lo vertiginoso y novedoso de los medios para captar y distribuir

¹⁴² Conducta no solo en este sentido es entendida como proceder, sino también como la función que el sujeto despliega en su actividad profesional.

nuestra imagen, hacen que este derecho adquiriera fundamental importancia con independencia de otros derechos de la personalidad.^{143 144}

Según VISINTINI, la tutela de la imagen fue regulada por primera vez en Alemania, mediante una ley de 1907, dictada como consecuencia del clamor suscitado por el comportamiento de dos fotógrafos que habían captado al canciller Bismark sobre el lecho de muerte, contra la voluntad de sus parientes.¹⁴⁵ En esta línea la ley se adhirió a la corriente seguida por la mayoría

¹⁴³ Actualmente la mayor parte de la doctrina alude a un derecho a la imagen autónomo junto con el derecho a la voz, como elemento integrante de la identidad de la persona.

¹⁴⁴ Ver HUET-WEILLER, DANIELE: “La protección jurídica de la voix humain”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 3, julio–septiembre de 1982, p. 497 y ss.; JEAN MAZEAUD, HENRI MAZEAUD, FRANÇOIS CHABAS, LEÓN MAZEAUD, *Lecos de droit civil, t. II, vol. II*, núm. 798, Montchrestien, Paris, p. 933 y ss.; FERREIRA RUBIO, DELIA: *El derecho a la intimidad*, edit. Universidad, Buenos Aires, pp.118-119; LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS: “El derecho personalísimo sobre la propia voz”, *La Ley* 1990-A, 845; ANDRADA, ALEJANDRO: *Responsabilidad civil de los medios de comunicación. El factor de atribución*, Juris, Rosario, 1998, p. 216. En contra: CIFUENTES, SANTOS: *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 517, § 104, quien niega que se trate de un derecho personalísimo autónomo. Cit. por RAMÓN DANIEL PIZARRO, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, 2ª ed. Actualizada y ampliada, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 346-350. Sobre el derecho a la voz, explica Pizarro que con él ha sucedido algo similar que con la imagen, aunque con efectos más retardados en el tiempo, pues durante años la doctrina no le prestó mayor atención, valorando los atentados contra ella sólo cuando pudieren derivar en lesiones a la intimidad o al honor. Y actualmente este constituye un “segundo rostro” de la persona, en cuanto configura “un sustituto de su presencia física que permite identificar al individuo sin ayuda de la vista”, genera para no pocos un derecho autónomo, que junto con la imagen son determinantes para configurar la identidad personal externa de una persona. También señala el autor que en el derecho francés, ante la falta de una normativa específica, la doctrina y jurisprudencia han acudido por vía analógica a todo un plexo normativo, integrado por las disposiciones que regulan el derecho a la intimidad. A partir de ello, la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente este derecho personalísimo, y el derecho de su titular a oponerse a la imitación de su voz, sobre todo en aquellos supuestos en que ella se realiza con fines comerciales, o para crear una situación de duda o de perjuicio; O’CALLAGHAN, XAVIER: “Libertad de expresión y sus límites; honor, intimidad e imagen”, *Revista de Derecho Privado*, editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1994, pp. 115/7. En este sentido el Tribunal Supremo español expresó: “La voz no es, ciertamente, una imagen de la persona, aunque tiene un valor individualizador de la misma. Es una ampliación del derecho a la imagen, en la que debe incluirse no sólo la voz auténtica, sino la imitación de la misma”.

¹⁴⁵ Situación fáctica similar al leading case argentino “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida, S.A.” publicación: *La Ley* 1985-B, 120; *JA* 985-1-513; *ED*, 112-242, hechos que se sitúan cuando el doctor Ricardo Balbín internado de gravedad en la Clínica Ipensa, un fotógrafo sin autorización y por ende de forma clandestina, toma una fotografía de aquel en dicho estado, que luego fueron publicadas por la Revista “Gente y la actualidad”; lo cual produjo sufrimiento y mortificación de la familia del Dr. Balbín y la desaprobación de la sociedad en general. Lo anterior dio origen a una demanda contra la editorial Atlántida propietaria de la revista citada, los fallos de 1era y 2da instancia dictaron sentencia a favor de la parte actora, por esto la demandada eleva un recurso extraordinario al cual se declara procedente. Los límites al derecho a la privacidad son los expresados claramente en el art. 19 de la Constitución Nacional “... que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública ni perjudiquen a un tercero”. Pertenecen entonces al ámbito íntimo las acciones externas que no perjudiquen a terceros, siendo este el límite, las demás acciones están fuera de esta esfera. Otra limitación que sufre el derecho a la intimidad es la del derecho a informar a la sociedad sobre temas de interés general. Todos los votos hacen referencia al mencionado artículo pero es el voto del ministro Petracchi el que hace un análisis de este, y también toma en cuenta al interés general sobre la salud del Dr. Balbín. Como en el presente caso la violación a la privacidad no ha tenido relación con las acciones o hechos fuera de sus límites, o sea, no son hechos que perjudiquen a terceros y las fotografías no eran necesarias para informar sobre el estado del susodicho, cabe inferir que las limitaciones no han tenido influencia en el fallo de la Corte. Las normas constitucionales son: el artículo 19 y también el art.75 que además reconoce y da operatividad a los pactos firmados por el Estado entre los cuales se encuentra la Convención de Costa Rica y es expresamente el artículo 11 de está en el cual se funda el fallo. Este último tiene fuerza constitucional pero no es nombrado en la sentencia de la corte pero sí en los votos de Caballero, Belluscio y Petracchi; este art. Expresa en su inc.1 “Toda persona tiene derecho al respeto

de los juristas de la época, y al encuadramiento dogmático del derecho a la imagen entre los derechos de la personalidad, como derecho distinto del derecho al honor.¹⁴⁶

En los Estados Unidos, en junio de 1890, pocos meses antes de que apareciera el famoso artículo en el que Warren y Brandeis definían el “*Right to privacy*”,¹⁴⁷ un Tribunal de Nueva York reconoció en el caso “*Marion Manola v. Stevens & Myers*”, la prohibición de la circulación de retratos sin el consentimiento del fotografiado.¹⁴⁸ Ya en el siglo XX el despliegue vertiginoso de las nuevas tecnologías llevaron a diseñar mecanismos jurídicos de contención frente a los eventuales perjuicios por vulneración de este derecho.

Resulta obvio que en las tres primeras versiones del “derecho a la imagen personal”,¹⁴⁹ entremezclen este derecho, con los contenidos atribuidos a la intimidad, el honor y la reputación; pero ello no debe extrañar, pues, como describe O’CALLAGHAN “*el extremo relativo a que el derecho a la imagen es un subtipo del derecho a la intimidad se manifiesta en la propia doctrina norteamericana y en la italiana, mientras que en el derecho español se separan la imagen y la intimidad, como derechos independientes, aun reconociendo las íntimas relaciones entre uno y otro*”.¹⁵⁰

de su honra y al reconocimiento de su dignidad”, en su inc.2 “Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación.” y en su inc.3 “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. El otro derecho que se relaciona con el caso es el consagrado en el art.13 del Pacto de San José de Costa Rica y en el art. 32 de la CNA que es la libertad de imprenta o la libertad de pensamiento y de expresión según el Pacto. El contenido asignado al derecho a la intimidad es una cuestión de valores. Puede variar de un caso a otro, de un damnificado a otro. Tal vez si las circunstancias hubiesen sido otras, el Dr. Balbín no hubiese fallecido; o no hubiese estado en el estado tal de gravedad, y también varía con la época, esto ni se discutiría en años anteriores o en el futuro tal vez no tenga tanta relevancia. Esto se da porque los valores van cambiando con el transcurso del tiempo.

¹⁴⁶ ESPINOZA, JUAN: *Derecho de las personas*, Huallaga, Lima, 3º edit. 2001, pp. 245 a 250. Con anterioridad a su regulación legal, destaca el autor una serie de decisiones jurisprudenciales provenientes del derecho francés, dentro de las cuales se distingue el leading case de 1858, conocido como el affaire Rachel, originado cuando la hermana de la famosa actriz de teatro Rachel contrató a un diseñador para que realizara un retrato de las facciones de aquella sobre el lecho de muerte, retrato que será sucesivamente publicada en un periódico, sin el previo consentimiento del resto de los parientes. A partir del reclamo de éstos, los jueces reconocieron que “*el derecho a oponerse a tal reproducción es absoluto, éste tiene su principio en el respeto que impone el dolor de las familias, el cual no podría ser desconocido sin enfriar los sentimientos más íntimos, los más respetables de la naturaleza y de la piedad doméstica*”.

¹⁴⁷ Publicado en *Harvard Law Review*, v. IV, December 15, 1890, núm. 5.

¹⁴⁸ CARRANZA TORRES, LUIS R: *¿Qué es el derecho a la imagen? en habeas data: La protección jurídica de los datos personales*, Alveroni ediciones, Córdoba, 2001, pp. 21-22.

¹⁴⁹ No pocas normas, sentencias y autoridades científicas rotulan a este derecho como derecho a la “propia” imagen lo que resulta incorrecto, pues de lo contrario habría que aludir al derecho a la propia vida, al propio honor, a la propia intimidad, etc., salvo claro está, que con respecto al término “propia” se quiera delimitar expresamente a este derecho, restringiéndolo a la imagen de la persona -por ello lo de “propia”- y con ello evitar la extensión a las imágenes de cosas de propiedad de la persona que pretende invocarlo en su favor, pero en todo caso debiera decirse “derecho a la imagen personal” o “derecho a la imagen propia”, o, como preferimos, “derecho a la imagen” a secas.

¹⁵⁰ O’CALLAGHAN, XAVIER, *op. cit.*, p. 98.

El derecho a la propia imagen constituye uno de los tres derechos recogidos en el art. 18.1 CE y específicamente regulados en el apartado 5 y 6 del art. 7 LO 1/82. El mismo constituye el menos independiente de los tres derechos descritos en la LO 1/82, aunque el mismo está desarrollado de manera autónoma, como ya lo manifestamos en puntos anteriores.¹⁵¹

El derecho de la propia imagen como derecho de la personalidad, es un derecho subjetivo con dos aspectos: uno positivo, que es la facultad personalísima de captar, imprimir, difundir, publicar o distribuir nuestra imagen, para fines personales como recuerdos de familia, o bien la imagen personal puede traer aparejada consigo beneficios económicos como los ejercidos por modelos profesionales, actores, actrices, deportistas. El aspecto negativo es el derecho a excluir la mera obtención o la reproducción y publicación de la propia imagen por un tercero que carece del consentimiento del titular para ello; en este aspecto negativo se incluye la publicación que altera la imagen con un trucaje o le da un sentido anómalo por un pie de foto sin consentimiento; y finalmente, se define como el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura, sin consentimiento del sujeto.¹⁵²

La imagen ha sido interpretada tanto en doctrinaria como en la jurisprudencia, como la representación gráfica de la figura corpórea del sujeto, esto es, una reproducción de sus elementos físicos. La imagen debe ser visible y reconocible de modo que la persona pueda verse y poder ser reconocida.¹⁵³ Desde el ángulo jurisprudencial el TS ha sostenido, al referirse a este derecho, que *“por imagen se entiende la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; concepto que, proyectado a los seres humanos, equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, cuya utilización puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad, de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra sujetos desconocidos”*.¹⁵⁴ Por ello el alto tribunal expresa: *“en sentido jurídico, habrá que entender que el derecho a la propia imagen es la facultad exclusiva del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto y en cuanto se trata de un derecho de la personalidad”*,¹⁵⁵ todo ello en

¹⁵¹ HERRERO TEJEDOR, FERNANDO: *Honor, intimidad...*, cit., p. 92.

¹⁵² O'CALLAGHAN, XAVIER, *op. cit.*, p. 115- 117.

¹⁵³ ANDRADA, ALEJANDRO, *op. cit.*, pp. 186 y 449/51.

¹⁵⁴ STS del 29/3/88, transcripta y comentada por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, JAVIER SERRA CALLEJO Y MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1990, núm. 43, p. 273.

¹⁵⁵ *Vid.* STS del 9/2/89, transcripta y comentada por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, JAVIER SERRA CALLEJO Y MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*, Tecnos, Madrid 1990, núm. 56, p. 314.

mérito a que la imagen es la representación gráfica de la figura humana, y que el sentido vulgar de la imagen, consistente en la opinión que se tiene de una persona, se desvincula del sentido gráfico que tiene este derecho, confundiéndola con el aspecto externo o social del derecho al honor. Es así, como la imagen para que cumpla con los requisitos técnicos, debe reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, con entera independencia del objeto material en que se contiene.

Para que la imagen sea protegible, basta, como se dijo, con que la persona sea visible y reconocible. En definitiva, como lo indica ESPINOZA, al tratarse de semblanza física, el derecho a la imagen se manifiesta como el derecho del titular a ser reproducido tal cual es, por resultar una exteriorización estática del derecho a la identidad personal. En consecuencia, la reproducción de la imagen debe guardar relación temporal con el hecho que se divulga. El titular puede oponerse a las reproducciones, utilización o exhibición de sus imágenes sin su asentimiento, salvo que se trate de personas notorias. La situación es ciertamente compleja, pues el legislador y en general el juzgador en cada caso particular se encuentran frente a las hipótesis que puedan presentarse al tener que buscar el justo equilibrio entre tres intereses, que se encuentran en plena interacción y conflicto, vale decir, el derecho que corresponde al afectado, el que le incumbe al autor de la reproducción y el que le atañe a la colectividad respecto a ser informada cuando se trata de hechos de importancia y transcendencia para toda la sociedad.¹⁵⁶

Entendemos entonces a la imagen como la representación gráfica de la persona, y el derecho a la propia imagen como facultad para permitir o impedir su obtención, reproducción, difusión y distribución por parte de un tercero. El derecho a la imagen pueda conceptualizarse, conforme a nuestro criterio, como *“La potestad que tiene toda persona de disponer plena y libremente de su imagen, autorizando o impidiendo su reproducción, por cualquier medio”*.

En la doctrina DE VERDA define el derecho a la propia imagen como el poder que el ordenamiento jurídico atribuye a la persona para determinar cuándo es posible la representación de su figura o, dicho de otro modo, la facultad de decidir cuándo su figura puede ser reproducida por un tercero y cuándo no.¹⁵⁷

¹⁵⁶ ESPINOZA, JUAN, *op. cit.*, pp. 245-250.

¹⁵⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN: *Veinticinco años de aplicación de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cizur Menor, Navarra, 2007, pp. 163 y ss.

Desde el ángulo jurisprudencial, TS ha sostenido que “por imagen se entiende la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; concepto que, proyectado a los seres humanos, equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, cuya utilización puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra sujetos desconocidos”.¹⁵⁸

1.5.2 NOCIÓN LEGAL

Partimos de la inexistencia de una definición legal del concepto de imagen, sin embargo goza en nuestro ordenamiento jurídico de una triple autonomía: autonomía nominal, pues tiene *nomen iuris* propio; autonomía conceptual y de contenido, como surge de las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional; y autonomía legal, pues no sólo se recoge expresamente en el art. 18.1 C. E., sino que también se regula con la singularidad que le es propia en la LO 1/82.

El TC ha definido el derecho a la imagen como “*un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener dimensión pública*”. Y añade: “*La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde*”.¹⁵⁹

Se entiende por “derecho a la imagen”, en términos generales, la facultad exclusiva de la persona de difundir o publicar su propia imagen, lo cual implica la prohibición a los terceros de difundirla sin el consentimiento de quien fue captado en ella (o de sus causahabientes), o de su utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Incluso, la protección

¹⁵⁸ STS del 29/3/88, transcripta y comentada POR RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, JAVIER SERRA CALLEJO Y MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1990, núm. 43, p. 273.

¹⁵⁹ SSTC 81/2001, de 26 de marzo, 14/2003, de 28 de enero y 127/2003, de 30 de junio. STS 9 de mayo de 1988 dice que por derecho a la imagen hay que entender la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción.

jurídica de la imagen implica también el mandato de abstenerse de mortificar a la persona por medio de publicaciones que afecten su decoro de cualquier manera.¹⁶⁰

El derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 C.E.) atribuye a su titular la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de toda persona, en cuanto instrumento básico de identificación.¹⁶¹ El derecho a la propia imagen impide no sólo la obtención, sino también la publicación o reproducción por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permitan reconocer su identidad.¹⁶²

En la doctrina se ha determinado un concepto del derecho a la imagen que podemos denominar bifronte. Con base tanto en la hermenéutica científica como en la jurisprudencial, la doctrina en general entiende que hay un concepto o ámbito positivo y un concepto o ámbito negativo del derecho a la imagen. El primero, como dice la STC 14/2003 de 28 enero, establece que el derecho a la propia imagen atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puedan tener difusión pública. Pero el derecho a la imagen es un derecho de la personalidad y, como tal, tiene una manifestación perfectamente negativa o prohibitiva. Así, como dice la citada sentencia del TC,¹⁶³ el derecho a la imagen también “impide la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad perseguida”. En este sentido, claramente pone de manifiesto dicho tribunal, que en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que lleva aparejado:

- a) El derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública.
- b) El derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.¹⁶⁴ Este concepto negativo deriva claramente del art. 7.5 LO 1/82, donde se

¹⁶⁰ V. Gr., mediante noticias deformadas adrede para perjudicar, o la difusión pública de retratos o fotografías que la hayan captado, aun en público, por ejemplo, en una posición ridícula.

¹⁶¹ Por todas, vid., SSTC 231/1988; 99/1994 81/20001; 83/2002; y, por último, 72/2007.

¹⁶² En este sentido, SSTC 156/2001; 83/2002; 14/2003.

¹⁶³ STC 72/2007 de 16 de abril.

¹⁶⁴ En el mismo sentido, la ya citada STC 81/2001, de 26 de marzo.

establece que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 LO 1/82, salvo los casos previstos en el art. 8.2 LO 1/82.

Una de las características que hacen diferente el derecho a la imagen, resulta de su carácter extensivo en lo que respecta a su rango de protección. Así el art. 7.6 LO 1/82 añade que también es intromisión ilegal “*la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*”. Ya GITRAMA había afirmado que tal derecho surge ante la posibilidad de una no consentida publicidad o difusión de la fotografía de una persona -titular de aquel derecho- por los demás miembros de la sociedad.¹⁶⁵ Por tanto, en su acepción negativa, el derecho a la imagen, despegaba si facultad impeditiva, de exclusión de la actividad ajena sin el consentimiento del titular. En la acepción positiva, en cambio, supone una especie de reserva exclusiva del control de la captación y reproducción, onerosa o gratuita, de la propia imagen. Por ello podemos decir que existe un concepto positivo y un concepto negativo del derecho a la propia imagen.¹⁶⁶

La STC 156/2001 de 2 de julio, tras configurar el derecho a la propia imagen como un derecho de la personalidad derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, determina expresamente que con la protección de la imagen se preserva no sólo el poder de decisión sobre los fines a que haya de aplicarse, sino también *una esfera personal, de libre determinación*; y que su contenido se encuentra delimitado por la propia voluntad del titular del derecho: a éste corresponde decidir si permite o no la captación o difusión de su imagen por un tercero.¹⁶⁷

El sentido extensivo que tiene este derecho nos lleva al análisis del derecho a la voz, y explica PIZARRO que con él ha sucedido algo similar que con la imagen, aunque con efectos más retardados en el tiempo, pues durante años la doctrina no le prestó mayor atención, valorando los atentados contra ella sólo cuando pudieren derivar en lesiones a la intimidad o al honor.

¹⁶⁵ GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: Voz “Imagen (derecho a la propia)”, Nueva enciclopedia jurídica, t. XI, Barcelona, 1962, p. 319.

¹⁶⁶ STS de 9 de mayo de 1988 expresa que por derecho a la imagen hay que entender la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción.

¹⁶⁷ Posteriormente la STC 72/2007 del 16 de abril expresa, que en su dimensión constitucional el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos, que le hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado.

Actualmente, podemos expresar, que la voz es el “segundo rostro” de una persona, en cuanto configura “un sustituto de su presencia física que permite identificar al individuo sin ayuda de la vista”. Desde nuestra óptica este debería constituir un derecho autónomo, que junto con la imagen son determinantes para configurar la identidad personal externa de una persona. También señala el autor que, en el derecho francés, ante la falta de una normativa específica la doctrina y jurisprudencia han acudido por vía analógica a todo un plexo normativo, integrado por las disposiciones que regulan el derecho a la intimidad. En este sentido la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente este derecho personalísimo, y el derecho de su titular a oponerse a la imitación de su voz, sobre todo en aquellos supuestos en que ella se realiza con fines comerciales, o para crear una situación de duda o de perjuicio. El TS expresó: “*La voz no es, ciertamente, una imagen de la persona, aunque tiene un valor individualizador de la misma. Es una ampliación del derecho a la imagen, en la que debe incluirse no sólo la voz auténtica, sino la imitación de la misma*”.¹⁶⁸

1.5.3. LÍMITES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Los límites (internos) o las restricciones (externos), que surgen del ámbito del derecho a la propia imagen están dados por la LO 1/82. Por otro lado las excepciones están dadas por:

- a) Por la ley (v.gr. si se establece que las actuaciones judiciales son públicas, las imágenes captadas en el proceso no pueden ser limitadas en su uso por el sujeto).
- b) Por la decisión de una autoridad fundada en ley.
- c) Por un interés histórico, científico o cultural relevante.
- d) Cuando se trata de imágenes de personas que ocupan un cargo público o tienen una profesión de notoriedad o proyección pública.¹⁶⁹
- e) Caricatura de una persona pública.
- f) Cuando está inserta de modo meramente accesorio en la información gráfica de un suceso público.
- h) Por haber prestado consentimiento.

¹⁶⁸ O'CALLAGHAN, XAVIER, *op. cit.*, pp. 115 a 117.

¹⁶⁹ ANDRADA, ALEJANDRO, *op. cit.*, pp. 186 y 449/50. Sobre esta diferencia de trato entre personas notorias y “simples mortales”, explica el autor: “*Doctrina y jurisprudencia se han encargado de destacar la integración bimembre del derecho a la imagen: derecho de publicar la propia imagen y de impedir a un tercero no autorizado a obtener, reproducir y publicar la misma. Sin embargo, los tribunales han señalado que tratándose de actividades públicas, la autorización de ella se halla tácita o sobreentendida. Considero, en cambio, que la comprensión del derecho a la imagen de los gobernantes puede admitirse en razón de su necesidad para una amplia crítica política indispensable, en un contexto de tolerancia, para el funcionamiento de las instituciones democráticas. La protección de las personas contra la realización y la publicación de su imagen puede, en ocasiones, ordenarse a tutelarlas contra la explotación de ésta. Así, por ejemplo, la publicación de la imagen de una persona para la publicación de un artículo puede perjudicar sus intereses materiales, impidiéndose explotar ella misma la realización y publicación de su imagen*”.

i) Por los usos o prácticas sociales, atendiendo al ámbito que cada persona, por sus propios actos, mantenga reservado para sí misma o su familia.

Entre tales límites, además de la colisión con otros derechos, no cabe duda de que el ejercicio del derecho a la propia imagen debe realizarse, de acuerdo con el art. 7 CCE, conforme a las exigencias de la buena fe, sin que quepa amparar el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. El art. 20. 4. d) C.E. manifiesta precisamente uno de los límites en el ejercicio de los derechos: “el conflicto con otros derechos”.

La imagen física, la semblanza externa de las personas es el objeto de protección del derecho a la propia imagen. Sin el consentimiento de su titular, y salvo los supuestos excepcionales establecidos por la ley, el derecho a la propia imagen impide la captación o reproducción de esta, aunque dicha captación no obedezca a fin comercial, ni el sujeto pretenda la publicación de la misma.¹⁷⁰

La jurisprudencia establece que el objeto del derecho a la imagen consiste en que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad, ajeno a las injerencias exteriores, o como expresa la STS 11 de abril de 1989, la facultad exclusiva del interesado a difundirla o publicarla y a evitar su reproducción.

En definitiva, la doctrina del Tribunal Supremo establece los límites de este derecho los que se puede resumir conforme los siguientes puntos:

1. La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen exige que en ella se reconozca al titular.¹⁷¹

¹⁷⁰ Así, las SSTC 99/1994, de 11 de abril y la citada 72/2007, de 16 de abril establecen expresamente que la determinación de los límites del derecho a la propia imagen “*debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho a la propia imagen, y por esta razón hemos considerado que debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización, o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. De ahí que hayamos sostenido que la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia y previa conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél*”.

¹⁷¹ La STS 30 de enero de 1998 exigió que las representaciones de la persona faciliten su reconocibilidad de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas. En cambio, la STS 18 de julio de 1998 excluyó la necesidad de una identificación con total claridad en cuanto a los rasgos y características que configuran la integridad de la fisonomía de la persona, de manera esencial e ineludible, y declaró bastante la medida que permita su reconocimiento.

2. El primer elemento configurador de la esfera personal es el aspecto físico del sujeto.
3. La identificación del titular de los derechos puede lograrse no sólo por su aspecto físico, primer elemento configurador de la esfera personal, reproducido en las fotografías, sino también por él junto con otros datos complementarios y circunstanciales.¹⁷²
4. La identidad del titular pueda deducirse de las circunstancias concurrentes.¹⁷³
5. Basta con que la identificación no deje lugar a dudas.¹⁷⁴

1.5.4 DISCUSIÓN SOBRE SU ENTIDAD E INDEPENDENCIA

Principalmente consideramos que el honor, la intimidad y la propia imagen conforman parte de los derechos de la personalidad, por tanto, están sustentados sobre un mismo fundamento, el respeto a la dignidad de la persona. Respecto a ellos existe una profusa discusión entre la independencia o interconexión del derecho a la imagen respecto a la intimidad y al honor, por lo que cabe preguntarse: ¿Tiene el derecho a la propia imagen independencia o, por el contrario, su reconocimiento está englobado dentro de los daños al honor o a la intimidad?

Conforme lo expresa ROVIRA SUEIRO, tal cuestión no es menos importante, considerando las consecuencias, tanto en el orden sustantivo como en el procesal, que surjan de ello. Ya hemos aludido a la ligazón histórica existente entre los derechos al honor, a la intimidad, a la identidad y a la imagen. Esa conexión entre ellos implica que la mayoría de las veces la violación del derecho a la imagen acarrea la afeción de alguno de los otros, pero ello no siempre se da necesariamente.

175

Las soluciones no son unívocas ni pacíficas en la pretensión de dar una respuesta a tal interrogante. Por ello en nuestra doctrina (salvo para PÉREZ LUÑO, que considera el honor, la

¹⁷² STS 19 de julio de 2004, RAJ.

¹⁷³ STS 4 de octubre de 1990, RAJ.

¹⁷⁴ SSTs 29 de noviembre de 1991 y 5 de abril de 1994, RAJ.

¹⁷⁵ ANDRADA, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 187. En este sentido, destaca “*Es claro que hay supuestos que vulneran tanto la intimidad cuanto la imagen de la persona, como es el caso de la publicación de fotografías tomadas con teleobjetivo y en que la actora aparece vestida sólo con la pieza inferior de su traje de baño. Pero en cambio, bien puede suceder que no se violente la intimidad de la persona pero sí la imagen. Tal el caso de una persona que presta su consentimiento para una fotografía que va a ser utilizada para graficar una nota acerca de las mujeres y el deporte. Luego, casi dos años después, es extraída de sus archivos por la empresa periodística, sacada de contexto, y publicada con una leyenda acerca de las dificultades físicas de la mujer que tiene fibroma uterino. Similar vulneración a la imagen se produciría, si una persona consiente ser fotografiada para publicitar un artículo y luego se la emplea para propaganda de otro*”.

intimidad personal y familiar y a la propia imagen como un único derecho) ¹⁷⁶ podemos esquematizar todas las soluciones aportadas básicamente en dos posturas: ¹⁷⁷

- 1).- Las que afirman la autonomía respecto a los demás de los derechos de la personalidad
- 2).- Las que lo esquematizan como una manifestación del derecho al honor o a la intimidad.

Entre la doctrina que postula la independencia del derecho a la propia imagen respecto al honor y la intimidad destacamos a IGLESIAS CUBRÍA, quien con anterioridad a la entrada en vigor de la CE y por ende de la LO 1/82 ya sostenía la autonomía del derecho a la propia imagen. ^{178 179}

¹⁷⁶ Cfr. PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE: *Derechos humanos, estado de derechos y constitución*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 331-333. Razona sobre dicha afirmación señalando que la redacción del art.18 de la CE induce a pensar que el constituyente ha considerado los distintos supuestos que en él se enumeran para ser objeto de un derecho único, lo que por otro lado parece obedecer al propósito deliberado de seguir la tendencia dominante en la jurisprudencia y doctrina extranjeras, que tienden a englobar, en un derecho único, y omnicompreensivo, los distintos instrumentos de tutela jurídica de la vida privada. Afirmación ésta que se entiende no se ve desvirtuada por el hecho de que nuestra Constitución rehúya atribuir una denominación general a la pluralidad de supuestos reseñados en el art.18, como por ejemplo derecho a la vida privada, derecho al patrimonio moral, etc. Se aproxima a esta concepción PAREJO ALFONSO, Luciano: “El derecho fundamental a la intimidad”, en la obra colectiva *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III, Madrid, 1994, p. 300, por cuanto dice textualmente que “*Más concretamente, el honor y la propia imagen son particularizaciones de la intimidad decantadas justamente en la vertiente de ésta de apertura a y conexión con el espacio social y público y desde la perspectiva externa de su violación*”. Abiertamente en contra de esta conclusión, LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, pp.78-87, quien afirma en esta última página que “una interpretación atenta de la constitución debe conducir a la conclusión de que no existe un derecho único en el art.18.I, sino tres figuras distintas, entre las que el derecho a la intimidad formulado genéricamente destaca claramente frente a los demás”.

¹⁷⁷ Encontramos algunas excepciones a las posturas duales de la doctrina, como lo es el caso de PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *op. cit.*, pp. 331-333, considera al honor, la intimidad y la propia imagen como un único derecho. Expresa que la redacción del art. 18 de la CE induce a pensar que el constituyente ha considerado los distintos supuestos que en él se enumeran como un derecho único, siguiendo la tendencia dominante tanto en la doctrina como en la jurisprudencia extranjera que tienden a englobar en un único derecho los distintos instrumentos de la tutela jurídica de la vida privada. Afirmación que no se desvirtúa por el hecho que la CE no haya atribuido una denominación general a los derechos enumerados en el art. 18 CE. Por otro lado *vid.* CASTÁN TOBEÑAS, José, “Los derechos de la...”, *cit.*, p. 56.

¹⁷⁸ IGLESIAS CUBRÍA, MANUEL: *El derecho a la intimidad*, Universidad de Oviedo, 1970, pp. 31 y 32. Resulta meritorio lo manifestado por el autor considerando que hasta aquel momento no había de manera expresa un reconocimiento positivo de tal derecho. Redobra la apuesta no solo postulando la autonomía de este derecho, sino que siguiendo a PUGLIESE, GIOVANNI: “*Il preteso diritto della riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*” I, Foro Italiano, Roma, p. 118 y ss., 1954, *cit.* por IGLESIAS CUBRÍA, *op. cit.*, p. 32, desarrolla un concepto amplio de imagen comprendiendo no solo la figura humana, sino también la voz, los gestos, la mímica; y expresa en la abras de PUGLIESE: “*Exponiendo y publicando la imagen de la persona no se viola solamente su intimidad, sino que se incide inmediatamente sobre su personalidad. Por ello, quien utiliza para cualquier fin la imagen, que es misteriosa y cuasi divina impronta de la personalidad, utiliza en el fondo a la persona, multiplicando sin su consentimiento la presencia moral. Podrán existir dudas sobre la precisa definición del bien que se protege mediante el derecho a la imagen, pero deberá reconocer que aquel ocupa en la escala de valores humanos un puesto más alto y que está estrechamente conexo a la personalidad que el bien de la intimidad*”.

¹⁷⁹ OLIVEROS LAPUERTA, MARÍA: “Estudio sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *Cuadernos de documentación* núm. 38, Presidencia del Gobierno, Secretaria General Técnica, Subdirección General de Documentación, Madrid, 1980, p. 21. Expresa que: “*La imagen de una persona constituye una realidad autónoma susceptible por si misma de una protección jurídica*”.

En línea doctrinal coincidente encontramos a BALAGUER CALLEJÓN,¹⁸⁰ quien partiendo del objeto del derecho, sostiene que la imagen constituye un derecho autónomo respecto a la intimidad y el honor; fundamenta la diferencia en el carácter externo del derecho a la imagen, en contraposición a la intimidad donde el objeto es la protección de aspectos internos o íntimos de la persona, y con respecto al derecho al honor, entiende que más allá de poder tratarse de aspectos internos y externos, deben lesionar la dignidad personal.

Por otro lado existen razones que rechazan la independencia del derecho a la propia imagen como:

- 1).- La ausencia de un reconocimiento expreso de este derecho durante la etapa preconstitucional, lo que generaba un protección tangencial del mismo.
- 2).- El tratamiento muy dispensado de este concepto en el derecho comparado.¹⁸¹
- 3).- La falta de una jurisprudencia clara y concisa al respecto.¹⁸²
- 4).- La confusa redacción del art.7 inc. 5 LO1/82.¹⁸³

La doctrina que niega autonomía al derecho a la propia imagen, y condiciona su existencia a la vulneración de otro derecho, constituye una sector de importancia entre los que podemos mencionar, en idéntica metodología con el precedente sector de la doctrina, aquellos que lo hicieron con anterioridad de la CE y por consiguiente de la LO 1/82, como BATLLE SALES o BERCOVITZ.¹⁸⁴ Y quienes sostienen esta postura con posteridad a la CE y la LO 1/82, entre los que podemos nombrar a VIDAL MARTÍNEZ,¹⁸⁵ quien admite la sustantividad operada por el mismo atento, a la LO 1/82, pero la morigerada cuando manifiesta que esta constituye una manifestación del derecho a la intimidad y por consiguiente forma parte de esa zona nuclear que protege el derecho a la intimidad. En idéntica línea de pensamiento encontramos a DIEZ-PICAZO Y GULLÓN,

¹⁸⁰ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA, *op. cit.*, pp. 26 y 4.

¹⁸¹ Considerando que en el derecho anglosajón la imagen aparece englobada como *privacy* y en el derecho italiano más allá que se reconoce este derecho en al art. 10 de Códice Civile, se interpreta como una manifestación de la *riservatezza*.

¹⁸² La que en algunos pronunciamientos le reconoce independencia y autonomía fundamental, y por otro lado la condiciona como integrante de la intimidad. Entre las que podemos nombrar a STS 11 de abril de 1987.

¹⁸³ IGARTUA ARREGUI, FERNANDO: "El derecho a la imagen en la jurisprudencia española" en *El mercado de ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 321 Considerando que durante su tratamiento y hasta su definitivo reconocimiento han transcurrido varias etapas, lo que ha plasmado cierta relatividad de su entidad.

¹⁸⁴ BATLLE SALES, GIORGINA, *op. cit.*, p. 35; BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO: *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976, p. 208.

¹⁸⁵ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *Derecho a la intimidad en la LO de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984, p. 125 parraf. 2.

para quien el derecho a la imagen no es más que una manifestación del derecho a la intimidad con cierta autonomía de tratamiento conforme la facilidad con que se viola la esfera privada de la persona, atento los distintos medios técnicos que para tal fin se pueden emplear.¹⁸⁶

Por nuestra parte y en consonancia con una mayoría doctrinal creciente, podríamos manifestar que las distintas expresiones jurisprudenciales y doctrinales reflejan que el concepto de propia imagen ha alcanzado una madurez a lo largo de estos años, que le confiere autonomía, sin perjuicio de que en la práctica puedan nomenclarse con otros derechos como el honor o la intimidad. Por lo que su caracterización a la hora de determinar, que derecho ha sido violado, pueda reconducirse hacia uno de ellos, atento a las características prevalentes, pero de ninguna manera ello puede ser argumento para negar que se trata de derechos distintos e independientes unos de otros. Consideramos que las razones expuestas, en consonancia con la autonomía del derecho a la propia imagen, se ven reforzadas asimismo, atento a que existe un expreso reconocimiento en la CE art. 18.1 y en el desarrollo de la LO 1/82 los que reconocen su autonomía, viabilidad y autosuficiencia.

Con posterioridad a la LO 1/82 y por ende a la constitución, participan de esta idea autores como ROYO JARA, quien precisamente dedica uno de sus trabajos a demostrar su independencia,¹⁸⁷ RIVERO HERNÁNDEZ¹⁸⁸ y LÓPEZ JACOÍSTE. En concreto, este último manifiesta que la autonomía del derecho a la propia imagen es consecuencia “no sólo de la especial protección de este derecho en el texto constitucional y en pasajes legales concretos y concluyentes”, sino también de otras circunstancias, como el matiz de “la «ocasionalidad», la peculiar contingencia que se capta en un retrato y las grandes posibilidades de alterar la realidad, ya que aun sin ánimo doloso, la mera plasmación hace perdurable algo que quizá fuese pura transitoriedad”.¹⁸⁹ Por todo lo cual, conecta su reconocimiento con el poder que incumbe al interesado de asentir o no a la ocasionalidad a que responde toda imagen, alcanzando dicho poder tanto al hecho de ser retratado, como a la persona que haya de hacerlo.

¹⁸⁶ DIEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *op. cit.*, p. 343.

¹⁸⁷ ROYO JARA, JOSÉ: *La protección del derecho a la propia imagen*, Colex, Madrid, 1987, p. 21.

¹⁸⁸ RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO, *op. cit.*, p.77. También IGARTUA ARREGUI, FERNANDO: “Comentario a la STS 28 de octubre 1988”, en *CCJC*, núm.18, p. 974, felicita al TS por haber situado el pleito únicamente en el derecho a la propia imagen. En el mismo sentido vid. CASAS VALLÉS, RAMÓN: “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación”, en *PJ*, núm.14, 1988, p. 137; y ROGEL VIDE, CARLOS: *Estudios sobre propiedad intelectual*, Bosch, Barcelona, 1995, p.193.

¹⁸⁹ LÓPEZ JACOÍSTE, JOSÉ JAVIER, *op. cit.*, pp.609-610. El autor afirma también que el derecho a la propia imagen “...sustenta y actualiza, desde luego aspectos jurídicos ya abarcados en la protección de la libertad, la identidad, la vida privada y el honor de la persona. Pero, además, viene a significar de modo específico, el poder que al interesado incumbe de asentir o no asentir a la ocasionalidad a que responde toda imagen tanto en cuanto al hecho de ser retratado como quien haya de hacerlo, y la ulterior difusión y utilización del retrato”.

Asimismo, BALAGUER CALLEJÓN, tomando como punto de partida el objeto del derecho, sostiene que la imagen constituye un derecho autónomo respecto del derecho a la intimidad y al honor, cuya diferenciación con éstos estriba fundamentalmente en que la imagen hace referencia a un derecho a lo puramente externo, en contraposición con la intimidad, que consiste precisamente en el derecho a que no sean desvelados aspectos íntimos de la personalidad, y al honor, donde puede tratarse de aspectos externos o internos, pero debe lesionar la dignidad personal.¹⁹⁰

Más recientemente, RUIZ MIGUEL, al convenir sobre la sustantividad de este derecho, nos aporta un nuevo argumento en favor de su sustantividad, cuando señala que si bien los derechos a la intimidad y a la propia imagen se mencionan conjuntamente en los arts.18.1 y 20.4 CE, el art.18.4 sólo habla del honor y de la intimidad personal.¹⁹¹

En cualquier caso, como ya adelantamos, no existe acuerdo sobre la independencia de este derecho a la propia imagen, siendo igualmente numerosos los autores que se inclinan por considerarlo supeditado al reconocimiento de otros derechos de la personalidad, y en general, como una manifestación del derecho a la intimidad.¹⁹²

Después de la constitución de 1978, sigue habiendo autores que condicionan la protección del derecho a la propia imagen a la efectiva vulneración de otro derecho. Así por ejemplo, VIDAL MARTÍNEZ, a pesar de admitir la sustantividad del mismo, opina que es, en su misma raíz, una manifestación del derecho a la intimidad, pues dado su valor general individualizador, ha de formar parte de esa zona nuclear que el derecho a la intimidad protege.¹⁹³ Discrepamos con este razonamiento que, conforme a nuestra opinión, resulta excesivamente maximalista pues en esa

¹⁹⁰ BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA. LUISA, *op. cit.*, pp. 26 y 41. En este punto será bueno recordar que, incluso antes de la entrada en vigor de la ley del 82, ya OLIVEROS LAPUERTA, MARÍA V., *op. cit.*, p. 2. El autor afirma que "...la imagen de una persona constituye una realidad autónoma susceptible por sí misma de una protección jurídica".

¹⁹¹ Cfr. RUIZ MIGUEL, CARLOS: *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 110. Igualmente CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS. HUMBERTO: "Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen", *ADC*, 1994, p.36 y PÉREZ ROYO, JAVIER: *Curso de derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 297.

¹⁹² Cuando decimos en general queremos significar que, tal y como hemos adelantado, existen autores que lo relacionan con el honor, el propio cuerpo e incluso recientemente MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel: *Libertades públicas*, edit. Fundación Universitaria San Pablo CEU, Valencia, 1993, v., p. 304, afirma que, antes incluso que una consecuencia de la privacidad, lo considera como una especificación del principio general de libertad; si bien, por otro lado, en la p. 278 señala que el art.18 CE reconoce una amplia gama de derechos que tienen por núcleo común la noción de privacidad.

¹⁹³ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 125. La misma idea late, con anterioridad en FARIÑAS MANTONI, LUIS MARÍA: *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983, p. 105, y posteriormente en AMAT LLARI, EULALIA: "El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial. Comentario a la STC de 26 de marzo de 2001", en *Revista Jurídica de Catalunya*, 2003, núm. 2, pp. 5 y 7.

misma línea podría negarse sustantividad al honor y a la intimidad porque en último término lo que protegen es la dignidad de la persona.

ROMERO COLOMA también lo considera como un derivado o una consecuencia lógica y natural del derecho a la intimidad, en el sentido de que toda persona tiene derecho a que su imagen no se reproduzca de tal forma que su intimidad pueda quedar perjudicada.¹⁹⁴

En igual dirección discurre el pensamiento de DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, quienes entienden que tal derecho no es más que una manifestación del derecho a la intimidad, que alcanza una autonomía en su tratamiento porque es a través de aquél como se viola más fácil y frecuentemente la esfera reservada de la persona, dados los potentes medios técnicos que se emplean para ello.¹⁹⁵ Esta misma idea palpita en la opinión de SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA que, concretamente, afirma que el art.18.1 de la CE en realidad protege dos derechos el honor y la intimidad, toda vez que el derecho a la propia imagen no es sino un aspecto del derecho a la intimidad.¹⁹⁶

Por nuestra parte, estimamos que la dependencia del derecho a la propia imagen de otros derechos de la personalidad podría defenderse con anterioridad a su expreso reconocimiento constitucional, pero en la actualidad, creemos que su autonomía está más que confirmada. No obstante, no les faltarían razones a quienes niegan sustantividad al derecho a la propia imagen, pues, en primer término, encontramos una dualidad de factores: 1) La realidad jurídica preconstitucional, que acabamos de mencionar, la cual evidencia la dificultad que comportaba la falta de un reconocimiento positivo expreso de este derecho, posibilitando simplemente su protección tangencial y, 2) El tratamiento dispensado a esta materia en otros ordenamientos jurídicos. Con relación a esta última circunstancia, vemos que, por ejemplo, en el derecho americano el derecho a la propia imagen aparece englobado en el concepto de *privacy*.¹⁹⁷ Algo semejante acontece en el ordenamiento italiano pues, si bien se reconoce este derecho de forma expresa en el art. 10 del *Código Civile*, por lo general, se interpreta como manifestación, acaso más

¹⁹⁴ ROMERO COLOMA, MARÍA AURELIA: *Los bienes y derechos de la personalidad*, Trivium, Madrid, 1985, p.83.

¹⁹⁵ DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *op. cit.*, p. 356. Asimismo, PARDO FALCÓN, JAVIER: “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, núm. 34, p.167.

¹⁹⁶ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, JUAN JOSÉ: “Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos”, *ADCP*, núm. 2, 1990, p.51.

¹⁹⁷ *Vid.* WARREN, SAMUEL Y BRANDEIS, LOUIS: *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995, (Traducción de la obra “Right to Privacy”, publicada en la *Harvard Law Review*, vol. IV, núm. 5, 1890, edición a cargo de Benigno Pendás y Pilar Baselga), p. 25. PROSSER, WILLIAMS; “Privacy, (a legal analysis)”, *California Law Review*, 1960, pp. 338-423. WESTON, ALAN F: *Privacy and freedom*, Atheneum, Nueva York, 1970, p. 362.

importante, del derecho a la *riservatezza*.¹⁹⁸ De lo expuesto hasta el momento, somos partidarios de considerar el derecho a la propia imagen como un derecho, por sí mismo, digno de protección, con independencia de la eventual transgresión de otros derechos. Conclusión a la que llegamos irremediablemente, no sólo teniendo en cuenta la contingencia y facilidad de manipulación del objeto mismo del derecho, como ha puesto de relieve LÓPEZ JACOÍSTE,¹⁹⁹ sino también y lo más importante, atendiendo a su expreso reconocimiento en la constitución CE y el posterior desarrollo efectuado por la LO 1/82 en cuya exposición de motivos reiteradamente habla del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen como realidades diferentes. Es más, en consonancia con dicha distinción ya en su articulado la LO 1/82 establece un peculiar régimen de excepciones (art. 8.2) aplicables, exclusivamente, al derecho a la propia imagen.²⁰⁰ Razones todas ellas que reflejan que este derecho ha alcanzado un grado de madurez y desarrollo que no ha podido ser ignorado por el derecho positivo. Ahora bien, a pesar de que, el resultado al que llegamos parece evidente, la argumentación vertida en favor de su independencia no quedaría completa si ignorásemos la existencia, además, de otra serie de factores que potencialmente, podrían poner en tela de juicio esta conclusión como lo son: la falta de una jurisprudencia clara al respecto y la confusa redacción del párrafo 5 del art.7.

En nuestra jurisprudencia no podemos olvidar que tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional, en este punto resultan vacilantes. Por un lado, se nos habla de la existencia de tres derechos diferentes: honor, intimidad y propia imagen, que tienen una causa común; preservar la dignidad de la persona. Afirman que nuestro ordenamiento ha reconocido expresamente este derecho, con rango fundamental, al proclamar en el art.18.1 de la constitución

¹⁹⁸ A pesar de que, teniendo en cuenta la redacción del art.10, “Qualora l'immagine di una persona o dei genitori, del coniuge o dei figli sia stata esposta, o pubblicata fuori dei casi in cui l'esposizione o la pubblicazione é dalla legge consentita, owerò con pregiudizio al decoro o alla reputazione della persona stessa o dei detti congiunti, l'autorità giudiziaria, su richiesta dell'interessato, può disporre che cessi l'abuso, salvo il risarcimento dei danni”, podría pensarse que se vincula al derecho al honor, sin embargo, la interpretación de la mayoría de los autores que se han preocupado de su estudio nos conduce a negar tal dependencia. Así por ejemplo DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, pp. 258-262, afirma literalmente en p. 262 que “la lunga lotta che il diritto all'immagine ha dovuto sostenere per differenziarsi del diritto all'onore si é conclusa vittoriosamente anche nella nostra legge: il diritto all'immagine non é assorbito nel diritto all'onore [...] secondo nostro diritto nel bene della riservatezza é compresa genericamente la sottrazione dell'immagine personale alla conoscenza del pubblico”, opinión que mantiene en “Diritto alla riservatezza e segreto”, *nov. D. It.*, t. XVI, p. 115 y ss. En la misma línea, VISINTINI, GIOVANNA: *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno. Imputabilità*, Cedam, Padua, 1987, p.171 y ROPPO, VICENZO: *Diritto civile*, Loescher, Torino, 1996, p. 22.

¹⁹⁹ *Vid.* LÓPEZ JACOÍSTE, JOSÉ JAVIER, *op. cit.*, pp.609-610.

²⁰⁰ Concretamente el art. 8.2 establece que: “*En particular el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. c) La información gráfica de un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten del anonimato de la persona que las ejerza*”.

que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen e incluso que los derechos protegidos en la LO 1/82 no son intercambiables. Al tiempo que en otros pronunciamientos afirman que tales derechos pertenecen al ámbito de la vida privada o inclusive que la persona cuya imagen sea reproducida tendrá un derecho de resarcimiento por violación del derecho a la intimidad.²⁰¹

No obstante, este primer factor no parece concluyente para desvirtuar la independencia del derecho a la propia imagen. El hecho de que en la práctica, cuando se vulneran dos derechos distintos, vgr. honor e intimidad, o intimidad y propia imagen, se reconduzcan a la vulneración de uno sólo de ellos, aquél cuyos caracteres sean prevalentes o dominantes, no puede llevarnos a negar que se trata de derechos distintos, de lo contrario podríamos alcanzar conclusiones absurdas como sería afirmar que el derecho a la libertad de expresión es el mismo que el derecho a la libertad de información, habida cuenta de que en la práctica estos derechos se ejerciten entremezclados, lo que acostumbra a calificar la conducta atendiendo a aquel cuyos caracteres sean predominantes. En consecuencia, el que la jurisprudencia termine, reconduciendo la lesión del derecho a la propia imagen a la vulneración del derecho al honor o a la intimidad, no es argumento suficiente para desvirtuar la sustantividad del derecho a la propia imagen.²⁰²

Por lo que se refiere a la imprecisa redacción del párrafo 5º del art.7, el origen de esta confusión puede estar, como ha puesto de relieve IGARTÚA ARREGUI, en que la LO 1/82 plasma distintas posibilidades del derecho a la propia imagen, como consecuencia de las diversas fases por las que ha atravesado hasta su consagración definitiva como derecho autónomo; siendo precisamente en una de esas etapas donde se vincula con el derecho a la intimidad.²⁰³ Sin embargo, esta circunstancia, a nuestro juicio, tampoco es óbice para que con independencia de ese

²⁰¹ Como muestra de la caótica jurisprudencia vertida en esta materia sirvan los siguientes ejemplos: STS 11 abril 1987, fj. 1º que reconoce el derecho a percibir una indemnización pero por violación de la intimidad. La STS 9 mayo 1988, fj. 3º afirma la existencia de un reconocimiento expreso de este derecho. La STS 13 noviembre 1989, fj. único señala que los derechos protegidos por la LO 1/82 no son intercambiables entre sí, cada uno de ellos protege un bien jurídico. La STC 170/1987 de 30 octubre, fj. 4º, BOE núm. 279 de 21 noviembre nos dice que “*los derechos a la intimidad personal y a la propia imagen, forman parte de los bienes de la personalidad y pertenecen al ámbito de la vida privada*”. La STC 231/1988 de 2 de diciembre señala que los derechos a la imagen y a la intimidad reconocidos en el art.18.1 CE aparecen como derechos fundamentales estrictamente vinculados a la propia personalidad, derivados de la dignidad de la persona, pronunciamiento éste que se repite literalmente en el auto 321/93 de 25 de octubre. Asimismo en la STC 99/94 de 11 abril, fj. 5º afirma que “*...el derecho a la propia imagen, consagrado junto con los derechos a la intimidad personal y familiar y al honor, contribuye a preservar la dignidad de la persona (art.10.1 CE) salvaguardando la propia esfera de reserva personal*”.

²⁰² Cuestión aparte es la pertinencia de esta práctica. A este respecto, BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA. LUISA, *op. cit.*, pp. 42 y 43, señala que la jurisprudencia viene reconociendo la lesión a uno sólo de los tres derechos con una vis atractiva hacia el derecho al honor, que en todo caso le parece carente de base lógica o convincente.

²⁰³ IGARTUA ARREGUI, FERNANDO, “El derecho a la imagen...”, *cit.* p.321.

supuesto concreto del apartado 5° del art.7, en el que la conducta descrita sí constituye vulneración del derecho a la intimidad, se pueda mantener el reconocimiento y la consiguiente tutela del derecho a la propia imagen con independencia del derecho a la intimidad. En este sentido, la expresión “o fuera de ellos” a continuación de “los lugares o momentos de la vida privada”, permite considerar ilegítima, por ejemplo, la exposición pública no lucrativa de la fotografía de una persona, captada sin su consentimiento mientras caminaba por la playa, conducta que, como puede advertirse, se trata de un supuesto en el que se vulnera únicamente el derecho a la propia imagen de esa persona.²⁰⁴

En definitiva, concluimos que el derecho a la propia imagen en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico es reconocido y tutelado con total autonomía, sin perjuicio de que en ocasiones su vulneración sea circunstancial, es decir, consecuencia inmediata de la lesión de otro derecho. Consiguientemente, es desde esta perspectiva que se analizan las conductas, que según la LO 1/82, constituyen una vulneración del derecho a la propia imagen. Con tal propósito, conviene recordar que en primer lugar a tenor del art.7.5, tendrá la consideración de intromisión ilegítima "la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2.

En la jurisprudencia argentina, esta ligazón y simétrica afección se puede observar claramente en el *leading case* “Ponzetti de Balbín”.²⁰⁵ Este caso encuentra su paralelo en la

²⁰⁴ En este sentido nuestra visión de este derecho discrepa, por ejemplo, de expuesta por SALVADOR CODERCH, PABLO; (CASTIÑEIRA, M.T, FELIP, D., ISAS, M., CANO, J.J., DURANY, S., GADEA, E.) *¿Qué es difamar? ...*, cit., p. 92 para quienes hay tres aspectos distintos en el derecho a la propia imagen que aparecen mezclados en la ley: el relativo a la De una primera aproximación a su contenido, hemos de reconocer que llama nuestra atención la falta de una definición que permita concretar qué debe entenderse por imagen a los efectos de la ley, por lo cual, una vez más, acudimos a la jurisprudencia para indagar el significado que en la práctica se le confiere al objeto, propiamente dicho, del llamado vida privada o intimidad que se ve afectada por la *intrusión* de quien obtiene en lugares o momentos privados la imagen de una persona. En segundo lugar está el *comercial* (la imagen como algo similar a la propiedad intelectual), que es el involucrado cuando la imagen tiene un valor económico ¿y se usa en beneficio del usuario y si no lo tenía, pero lo cobra gracias a ese uso?). Y, por último, está la vertiente *difamatoria* que puede sumarse a cualquiera de las anteriores, pero que se relaciona con la eventual lesión a la reputación del afectado subsiguiente a la publicación de su imagen.

²⁰⁵ Donde la viuda y el hijo del Dr. Ricardo Balbín -uno de los más prestigiosos dirigentes de la historia del radicalismo argentino- demandaron a Editorial Atlántida por violación de los derechos a la intimidad y a la privacidad, por haber publicado en la tapa de la Revista “Gente” una fotografía de aquél, tomada sin consentimiento alguno, cuando estaba internado en una sala de terapia intensiva. al resolver la cuestión, la Corte CSJA sostuvo: “*El derecho a la privacidad e intimidad encuentra su fundamento en el art. 19 de la CA. En relación directa con la libertad individual, protege un ámbito de autonomía individual, constituida por los sentimientos, hábitos y costumbres, las relaciones familiares, la situación económica, las creencias religiosas, la salud mental y física, y, en suma, las acciones, hechos o datos que, teniendo en cuenta las formas de vida aceptadas por la comunidad, están reservadas al propio individuo, y cuyo conocimiento y divulgación por los extraños significa un peligro real o potencial para la intimidad. “En rigor, el derecho a la privacidad comprende no sólo la esfera doméstica, el círculo familiar y de amistad, sino otros aspectos de la personalidad espiritual o física de las personas, tales como la integridad corporal o la imagen; y nadie puede*

jurisprudencia extranjera, tanto con anterioridad, en los casos generados por las fotografías tomadas al canciller Bismark, en Alemania y a la Rachel, en Francia, como con posterioridad, en la jurisprudencia española, específicamente en el sonado caso "Francisco Rivera".

1.5.5 EL DERECHO A LA IMAGEN Y EL DERECHO A LA INDIVIDUALIDAD

El derecho a la imagen no se agota en la figura humana, sino en cualquier manifestación que permita su reconocibilidad. En general, la doctrina y la jurisprudencia, cuando se refieren al derecho a la propia imagen, hacen referencia a la exteriorización física o figura humana, insistiendo respecto el elemento de reconocibilidad del sujeto, lo que da muestras claras de la amplitud del término "imagen". Así, la STS 26 de marzo de 2003, entre otras muchas, entiende que el derecho a la propia imagen se refiere a la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible. Mas esta exigencia de reconocibilidad no deja de ser una perogrullada porque, si en la imagen captada y reproducida no se reconoce a sujeto alguno en su individualidad, no hay problema de derecho a la propia imagen, pero no por falta de imagen, sino por falta de *propio*, de sujeto que haya sufrido la intromisión ilegítima en su imagen y se halle legitimado activamente. Como fuere, el Tribunal Supremo ha reiterado que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen exige, efectivamente, que en ella se reconozca al titular de la misma.²⁰⁶

Tradicionalmente la imagen protegida por el derecho a la propia imagen es la imagen (gráfica) de las personas. Pero la relación de éstas con las cosas provoca que se pueda cuestionar la interrelación entre la imagen de las cosas y la de las personas. Así, surge la cuestión acerca de si la imagen de las cosas alcanza a la de las personas; dicho con otras palabras: si se puede vulnerar el derecho a la propia imagen captando, reproduciendo y publicando la imagen de las cosas que sirven para identificar a determinadas personas o que provoca una asociación de ideas (aquí de imágenes) entre la cosa y la persona a la que indirectamente identifica. La cuestión obviamente no trata de dilucidar si las cosas tienen derecho a su propia imagen; sino que estriba en saber si la utilización de determinadas cosas, que permiten identificar, aunque sea por relación de ideas e indirectamente la imagen del sujeto (su creador o su propietario o su usuario) supone una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, de manera que sólo se pueden utilizar con el consentimiento del sujeto. En el caso, claro está, no se utiliza la imagen, ni el nombre ni la voz,

inmiscuirse en la vida privada de una persona, ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello".

²⁰⁶ STS 19 de julio de 2004, RAJ.

sino cosas que a la mayoría de las personas lo conduce a representarse la imagen del sujeto en cuestión. La cuestión es más controvertida si se trata de una actividad publicitaria para la explotación comercial. ¿Hay entonces una apropiación y explotación del valor patrimonial de la imagen no consentida? Es la imagen que no se ve, pero se imagina. El Tribunal Constitucional ha sido bastante claro desde un principio al deslindar la protección constitucional del derecho a la imagen como un derecho fundamental, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas y la regulación civil del mismo en los términos de la LO 1/82. En el ámbito constitucional, como señaló la conocida STC 81/2001, de 26 de marzo,²⁰⁷ se trata de un derecho dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que puede tener difusión pública.

Por eso, es doctrina del Tribunal Constitucional ^{208 209} que el derecho constitucional a la propia imagen no se confunde con el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen, aunque obviamente la explotación comercial sin consentimiento de la imagen de una persona, e incluso en determinadas circunstancias la

²⁰⁷ En el supuesto del hecho que dio lugar a la sentencia, una determinada entidad publicó, sin consentimiento ni autorización del recurrente, diversos anuncios publicitarios en algunos medios de comunicación en los que, evitando reproducir el nombre y el rostro de aquél, se utilizaban una serie de expresiones y representaciones gráficas, consistentes en un dibujo en blanco y negro de unas piernas cruzadas, vestidas con unos pantalones negros y calzando unas botas deportivas de color blanco, conjuntamente con una leyenda que decía: “La persona más popular de España está dejando de decir te huelen los pies”. El recurrente, conocido actor, había popularizado una peculiar forma de vestir en sus apariciones televisivas, que se reproduce en ese anuncio publicitario; y que, además, fue compositor e intérprete de una canción titulada “Me huelen los pies”. Estos elementos, incorporados a la publicidad, permitían identificar la imagen del actor, que habría sido explotada comercialmente por la entidad demandada sin su consentimiento. Se sostiene asimismo que, contrariamente a lo declarado en la Sentencia del Tribunal Supremo, en el anuncio controvertido queda plenamente identificada la figura del recurrente sin necesidad de haber reproducido su cara o utilizar su nombre y que al tratarse de la utilización comercial de la imagen, el objeto de protección no es la imagen en su sentido estricto, sino la identidad personal, puesto que en casos de personajes famosos no es necesario utilizar sus rasgos físicos identificadores para que esa persona pueda ser reconocida. Vid., AMAT LLARI, EULALIA, *op. cit.*; CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA: “Comentario a la STC 81/2001, de 26 de marzo”, en *CCJC*, núm. 57/2001 octubre-diciembre 2001, pp. 775 y ss.; HIGUERAS, INMACULADA: *Valor comercial de la imagen: aportaciones del “right of publicity” estadounidense al derecho a la propia imagen*, Enza, Navarra, 2001; PLAZA DE DIEGO, MIGUEL ÁNGEL: “Utilización con finalidad comercial del derecho a la propia imagen”, en *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, núm. 11, 2004, pp. 429 y ss. Vid. también la STS 30 de enero de 1998 y el voto particular del magistrado X. O’Callaghan, con comentario de MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL en *CCJC*, núm. 47, 21998, pp. 705 y sigs., y la STS 1 de abril de 2003, con comentario de CANO VILÁ, E. en *CCJC*, núm. 64, 2004, p. 99 y ss. Por último, MAZA GAZMURI, IÑIGO: “La explotación comercial no consentida de la imagen: el derecho de publicidad (right of publicity) en el caso estadounidense”, en DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN: (coord.), *op. cit.*, capítulo VII, pp. 143-159.

²⁰⁸ STC 231/1988, 99/1994.

²⁰⁹ Ver PARDO FALCÓN, JAVIER: “La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen”, en *Propiedad y derecho constitucional*, edit. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2005, pp. 347 y ss.; MARTÍN MUÑOZ, ALBERTO J: “El contenido patrimonial del derecho a la propia imagen”, en *Revista de derecho mercantil*, núm. 242, 2001, pp. 1711 y ss.

consentida, puede afectar a su derecho fundamental a la propia imagen.²¹⁰ La protección legal del derecho a la propia imagen, recogida en la LO 1/82, reconoce y regula el derecho a la explotación comercial de la imagen, pero esa dimensión legal del derecho no puede confundirse con la dimensión constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. En definitiva, la doctrina constitucional y especialmente la STC 81/2001, de 26 de marzo, distingue claramente entre un derecho constitucional o fundamental a la propia imagen (art. 18.1 C.E.), derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, y la explotación económica o comercial de la misma, regulada en la LO 1/82 (en concreto, en el art. 7.6), la cual se configura como un derecho subjetivo de contenido esencialmente patrimonial y que se equipara al derecho de publicidad o *right of publicity* propio del derecho anglosajón.²¹¹

Cada vez más se abre paso la idea de que la imagen no se limita a la manifestación gráfica de la figura humana, sino que se extiende a otros elementos identificativos de la persona. De hecho, la cuestión se plantea fundamentalmente respecto de la voz y en un doble aspecto: si se configura la voz (y por extensión otros componentes que identifiquen a la persona) como una parte de la imagen, o si la voz se considera objeto de un derecho autónomo y distinto al derecho sobre la propia imagen. En nuestro caso, el problema se plantea además en términos de derecho positivo, porque, aunque el texto constitucional se refiere sólo al derecho a la propia imagen, el art. 7.6 LO 1/82, determina como intromisión ilegítima la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Por tanto, en general, cuanto pueda identificar a la persona: nombre, voz e imagen. La cuestión entonces parece clara: ¿La imagen es sólo la imagen somática del individuo, su exteriorización corporal o alcanza a todo cuanto permita la identificación o reconocibilidad del sujeto?

En este caso, el derecho a la propia imagen sería una especie de un derecho más amplio que podríamos llamar derecho a la individualidad o a la identidad personal e incluiría no sólo la

²¹⁰ Vid. AMAT LLARI, EULALIA: *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992; BARNETT, STEPHEN R: "El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia en el derecho español", *Revista de derecho mercantil*, núm. 237, 2000, pp. 1225 y ss.; PALOMAR OLMEDA, ALBERTO., DESCALZO, ANTONIO: "Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: especial referencia al fútbol", *REDC* núm. 62 (mayo/agosto 2001), pp. 376-381.

²¹¹ Vid. WARREN, SAMUEL. BRANDEIS, LOUIS: "The right to privacy", en *Harvard Law Rev.* (LR 193), 1890; PROSSER, WILLIAM LLOYD: "Privacy", en *California Law Rev.* (383), 1960, p. 384; MCCARTHY, THOMAS: *The rights of publicity and privacy*, edit. Clark Boardman Callaghan, Nueva York, 1987, parágrafos 1.1 y 2.1; Vid. MAZA GAZMURI, IÑIGO, *op. cit.*, pp. 143 y ss.

imagen física sino también, la sombra,²¹² determinados *tics* característicos del sujeto, la voz, el nombre,²¹³ los olores propios, etc.²¹⁴

La extensión del derecho a la propia imagen a otras manifestaciones propias de la persona, se ha visto refrendada por la propia doctrina constitucional. En este sentido la STC 117/1994, de 25 de abril expresa que el derecho a la propia imagen, reconocido por el art. 18.1 C. E. a la par del honor y la intimidad personal, “forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona”. Igualmente, la STS 30 de enero de 1998, como hemos visto, dice que el concepto de imagen cabe extenderlo a otras representaciones de la persona (más allá de la figura o la apariencia física) que “faciliten de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas su reconocibilidad”.²¹⁵

La cuestión es importante, porque el art. 18.1 CE sólo menciona expresamente la propia imagen y ésta queda definida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia por los rasgos físicos del sujeto. Cabría una solución sencilla que entendiera que el derecho a la propia imagen es un derecho fundamental y un derecho de la personalidad, mientras que el derecho a la voz, al nombre y a otras cualidades definitorias del ser propio e inherentes a la persona no son derechos fundamentales, por no mencionarse en el art. 18.1 CE, pero sí son derechos de la personalidad, por cuanto se regulan (su intromisión ilegítima) en la LO 1/82. Pero aquí tendríamos un problema porque por un lado, la citada ley orgánica se dicta en desarrollo del art. 18.1 CE,²¹⁶ y en este sentido

²¹² Sin pretender en absoluto reabrir la polémica acerca de la sombra del burro, la sombra que identifica a la persona (no cualquier otra sombra de su cuerpo) es parte de su derecho a la imagen.

²¹³ CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ: “Los derechos de la...”, *cit.*, pp. 32 y 33. materializa el derecho a la individualidad a través de sus signos distintivos en el derecho al nombre. Aunque dice que son muchos los signos de identificación personal, entre todos destaca el nombre, el cual es el único que configura como un derecho de la personalidad. En el mismo sentido, DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, p. 258.

²¹⁴ En definitiva, todo cuanto nos permita individualizar idealmente o mentalmente a una persona desde el bigote de Marx (G.), a las barbas de Castro (F.) o a los tics de Monzó (Q.). Son las expresiones de nuestra individualidad que llamamos, en su conjunto, derecho a la propia imagen.

²¹⁵ La exposición de motivos dice claramente que el art. 7º recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia, en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 LO 1/82 que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países. Una de tales intromisiones o injerencias es precisamente la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona, sin su consentimiento, para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Del texto se desprende entonces que el uso sin consentimiento y para los fines expuestos de la voz, el nombre o la imagen de la persona es una intromisión o injerencia en el ámbito de protección de la LO 1/82.

²¹⁶ ROVIRA SUEIRO, MARÍA ESTHER: *El derecho a la propia imagen. Especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada, 2000, pp. 14 y ss. La autora parece entender que el derecho a la propia imagen del

se desvirtuaría esta afirmación si la ley fuera más allá de cuanto dice su propia exposición de motivos o su art. 1º; y por otro lado, que no los mencione expresamente el art. 18.1 CE. es precisamente el origen del problema, pues si los citara de manera explícita no existiría inconveniente. Finalmente, la protección de tales derechos de la personalidad quedaría circunscrita a la otorgada por la LO 1/82, es decir, sólo sería injerencia ilegítima su utilización sin consentimiento con finalidad comercial, publicitaria o análoga. Cada vez es mayor el número de autores que consideran que la voz debe configurarse como un derecho de la personalidad y, además, como un derecho autónomo, distinto del derecho a la propia imagen, e identificador de la persona.²¹⁷

Técnicamente el problema de si es un derecho autónomo o un derecho que conforma el derecho a la propia imagen no es al menos en nuestro país, el problema más importante porque, en cualquier caso, se acabará por aplicar directamente el art. 7.6 LO 1/82 (si es un derecho autónomo) y toda la ley Orgánica 1/82 si es un derecho que conforma el derecho a la propia imagen, sin necesidad de acudir al superado art. 1.902 CCE. La cuestión principal es determinar si la voz humana es o no objeto de derecho, es decir si es un bien apropiable; y sólo si la respuesta es positiva, se determinará si es un derecho fundamental y de la personalidad *per se*, limitando el derecho a la propia imagen sólo a la imagen física y gráfica o es una manifestación del derecho a la propia imagen. Al final el problema, por tanto, es cómo se protege, si se protege, el uso de la voz propia en nuestro ordenamiento jurídico. O, en otras palabras, qué puede hacer el sujeto cuya voz es usada o es imitada por otro, más allá del posible delito de suplantación de personalidad. Si se configura como un derecho fundamental, introducido a través de la puerta del art. 10 C.E., gozará de la misma protección constitucional que cualquier derecho fundamental (incluida la reserva de ley orgánica, de la que por cierto no goza el derecho al nombre). En el segundo caso, goza de la protección que le dispensa el art. 7.6 LO 1/82 y de la que en cada caso concreto le proporcione el ordenamiento jurídico (entre otros, por ejemplo, a través del art. 1.902 C.C.), sin que se pueda aplicar la LO 1/82. En realidad, no es un problema de identidad o de identificación. El derecho a la propia imagen en nuestro ordenamiento jurídico creo que se protege más allá de

art. 18 CE y el homónimo derecho establecido en la ley orgánica no son precisamente el mismo derecho, ya que el art.7-6 LO 1/82 se refiere a la voz y al nombre. Vid.

²¹⁷ Ver HUET-WEILLER, DANIELE, *op. cit.*, pp. 512 y ss. DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, *op. cit.*, pp. 130-160; LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS F.P: “El derecho personalísimo sobre la propia voz”, en *La Ley*, 1990, pp. 845 a 854. Igualmente, cada vez se regula más en los normas civiles, como en el Código civil de Perú, cuyo art. 15 dice expresamente que “la imagen y la voz de una persona no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de ella o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y por este orden”. El art. 16-2 del Código civil de Bolivia otorga a la reproducción de la voz de las personas la misma protección que a la propia imagen; por tanto, sólo cuando se comercia, se publica o se reproduce lesionando la reputación o el decoro de la persona cuya voz se reproduce.

una pura cuestión de identificación. Si en el polo norte se colocaran carteles con la imagen de un desconocido, sin que nadie acertara a saber quién es (por eso es precisamente un desconocido), dicho sujeto tendría el mismo derecho (aunque posiblemente no la misma indemnización) que si los colocaran en una valla publicitaria en mitad de su barrio. El derecho a la imagen y su violación no dependen de que el sujeto sea conocido o re cognoscible (al fin y al cabo todos somos re cognoscibles), sino de su uso sin consentimiento. Posiblemente con la voz y otras manifestaciones definitorias del propio ser ocurra lo mismo. La diferencia es que la imagen se protege en sí misma y el derecho a la imagen es, en sí mismo, un derecho fundamental. Entonces, el art. 7.6 LO 1/82 presenta otro problema: si la enumeración de cualidades definitorias del ser propio e inherentes a la persona es cerrada o abierta: en la imagen física, está su sombra; en el nombre, el apodo y el seudónimo e incluso posiblemente el anonimato; pero faltan los tics, los olores, las frecuencias cardiacas, etc. En definitiva, la cuestión es si cuanto sea imagen de una persona en cuanto proyección externa de la misma, no sólo la física, debe entenderse en el art. 18.1 CE y en el ámbito de protección de la LO 1/82 y así, la voz sólo lo sería en cuanto fuera manifestación de la propia imagen y, en la LO 1/82 (en su protección civil), cuando se usa para fines comerciales, de publicidad y análogos. La otra solución es entender que la voz no está en el art. 18.1 CE y sólo está en la LO 1/82 como posible manifestación de una injerencia ilícita en alguno de los derechos fundamentales que conforman el ámbito de protección de la ley y en los supuestos que define el art. 7.6 LO, es decir, como medio que provoca la intromisión ilegítima. Nótese que en el art. 7.6 LO 1/82 se limita el uso de la voz o del nombre con fines comerciales o de publicidad, en cambio la imagen se protege en sí y por sí. El efecto más importante e inmediato es que los contratos sobre la voz o sobre otras manifestaciones del ser humano no quedan sometidos a los estrechos márgenes contractuales que permite la LO 1/82 para el honor, la intimidad y la propia imagen. Más que no se considere un derecho de la personalidad, no significa que carezca de protección jurídica, puesto que es un bien personal que puede identificar a la persona y del que sólo se puede usar con el consentimiento del sujeto. En la doctrina el problema se plantea fundamentalmente respecto de la voz, pues el derecho al nombre ha sido tradicionalmente reconocido como derecho de la personalidad, de hecho como uno de los pocos que ha tenido regulación positiva.²¹⁸ Lo más curioso

²¹⁸ Ver ENNECCERUS, LUDWIG-NIPPERDEY, HANS CARL: *Tratado de derecho civil, parte general*, t. I., vol. 1º ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, trad. 39ª ed. alemana por Pérez González y Alguer, 2ª ed. al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1953, p. 301. Se refieren a los derechos de la personalidad en sede de clases y grados de desenvolvimiento de los derechos privados. Se refieren a los derechos de las personas, que definen como el poder de la voluntad del hombre sobre su propia persona. Pero discuten, como otros, la existencia, el contenido y la extensión de tales derechos. Como derecho subjetivo admiten sólo el derecho al nombre, dadas las disposiciones del BGB al respecto, las cuales otorgan acción civil por el uso ilícito del nombre por otros (Curiosamente, no hay nota de los traductores y anotadores). Igualmente, LARENZ comienza su estudio de la protección de la personalidad refiriéndose al nombre, cuya protección se halla en el párrafo 12 BGB, el cual contempla el derecho al uso del nombre. Este derecho lo configura como un

del nombre es que ni identifica a la persona (en nuestro sistema es el Documento Nacional de Identidad) ni es excluyente (incluidos los apellidos y su orden) ni es indisponible (puesto que se puede cambiar). Entonces el derecho de la personalidad o fundamental sería el derecho a tener un nombre propio: todos tienen derecho a tener un nombre. Pero el resto de las cuestiones relativas al nombre quedaría fuera de dicho ámbito: así, quedaría fuera de dicho ámbito las cuestiones de inscripción del nombre en registros públicos o el uso comercial o contractual que se haga de dicho nombre, el cual, por cierto, puede ser modificado.

Posiblemente con la voz se puede mantener algo similar. El derecho a la propia voz sería el derecho a tener y mantener propia voz y que esta no sea eliminada ni modificada. No sé si se puede configurar como un derecho de la personalidad (reconozco que no soy muy dado a andar reconociendo derechos de la personalidad) por el mero hecho de que sea identificativo de la persona; tampoco es *per se* un derecho fundamental, aunque podría configurarse como derecho (fundamental) mediático o instrumental de otros o que hace posible el ejercicio de otros derechos fundamentales (como las libertades de información, de expresión o de cátedra). Pero garantizado eso, la voz es un bien jurídico que puede ser objeto de tráfico con las peculiaridades propias de la voz, entendida aquí como cosa, no como objeto de un bien de la personalidad. Por otro lado, no es difícil identificar las patologías jurídicas que tienen por objeto la voz. Éstas pueden ser las siguientes:

- a) Su captación sin consentimiento.
- b) Su reproducción sin el consentimiento de su titular.
- c) Su imitación defraudatoria.
- d) Su utilización sin consentimiento para fines comerciales o publicitarios.

Cualquiera de ellas tiene respuesta en el ordenamiento jurídico sin necesidad de configurarla como derecho de la personalidad y, en cualquier caso, queda el art. 7.6 LO 1/82, el cual considera intromisión ilegítima: La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Por tanto, cabe concluir que en nuestro sistema la voz no es un derecho fundamental (aunque sea un medio para ejercer

bien de la personalidad porque es un bien inmaterial perteneciente a la persona misma. También señala que es el prototipo de los derechos de la personalidad en el derecho vigente y el único reconocido expresamente por el BGB. Ver LARENZ, KARL: *Derecho civil. Parte general*, trad. de la 3ª ed. alemana (1975), Jaén, 1978, pp. 155 y 156.

derechos fundamentales) ni un derecho de la personalidad, (ni conformador del derecho a la imagen, ni autónomo), sino que su utilización sin consentimiento para los fines que determina en el art. 7.6 LO 1/82 se considera una intromisión ilegítima que, dependiendo del uso, podrá ser del honor, de la intimidad o de la imagen.

En nuestro país, De VERDA²¹⁹ se ha ocupado en profundidad y con rigor de la cuestión de la voz y se manifiesta firme partidario de configurar la voz como un derecho autónomo (el derecho a la propia voz) al que se aplicaría, por analogía el art. 8.2 LO 1/82. Considera el citado autor que el fundamento para configurar la voz como un derecho de la personalidad autónomo se halla precisamente en el art. 7.6 LO 1/82, el cual considera ilegítimas, como ya se ha indicado, la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.²²⁰

Así, entiende DE VERDA que lo que sucede no es tanto que la voz o el nombre sean también imagen, sino que la tutela civil de los derechos de la personalidad, no sólo se extiende a la «imagen», sino igualmente a otros atributos de la persona, que también son bienes de la personalidad, en la medida en que, como sucede con la figura, identifican al individuo y lo hacen reconocible ante la sociedad, por lo que han de ser considerados objetos de un derecho, distinto al de la propia imagen. La intromisión ilegítima en ellos dará lugar al correspondiente resarcimiento del daño moral, porque es éste un efecto expresamente previsto por el legislador civil, pero en ningún caso podrá dar lugar a un recurso de amparo, porque en nuestra constitución falta un expreso reconocimiento de un derecho fundamental al propio nombre o a la propia voz. ESPINOZA²²¹ entiende que la imagen se reduce jurídicamente a la semblanza física del individuo, mientras que la voz es una nota característica de la identidad de la persona. De este modo, como señala HUET-WEILLER, se considera que lo contrario supone tanto desnaturalizar el derecho a la propia imagen como crear un artificio que distingue una imagen visual y una imagen sonora.²²² En

²¹⁹ DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN: “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (un estudio del art. 8.2. de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente jurisprudencia)”, en *La Ley*, 11 de julio de 2007, pp. 1 y ss.

²²⁰ En cambio, ROVIRA SUEIRO, MARÍA ESTHER: *El derecho a la propia imagen especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada, 2000. pp. 14-17. La autora entiende que la norma aunque desvirtúa el concepto de propia imagen, lo amplía de manera que su objeto es la imagen física y la voz.

²²¹ ESPINOZA, JUAN, *op. cit.*, p. 253.

²²² HUET-WEILLER, DANIELE, *op. cit.*, pp. 512 y ss. Ver BECOURT, D, Nota a la sentencia del tribunal de gran instancia de París, de 3 de diciembre de 1975”, SJ/G 1978, Jur., II, núm. 19002.

definitiva, la voz debe ser protegida en cuanto derecho de la personalidad por cuanto, según los autores citados, constituye un elemento de identificación de la persona distinto de la imagen.²²³

Este derecho a la propia voz impediría la atribución de una voz distinta a la propia de la persona, además de facultarle para que permita que se reproduzca su voz sin modificaciones o para prohibir dicha reproducción. Igualmente, el sujeto sería titular de un derecho de disponer de su voz y, permitir su reproducción tanto a título gratuito como a título oneroso. Se trata, en definitiva, de conformar el derecho a la propia voz como un verdadero derecho de la personalidad, que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, entendida ésta como un atributo de su personalidad, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable.²²⁴

²²³ En la doctrina española, DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN: “Las intromisiones legítimas...”, *cit.*, pp. 1 y ss. En la doctrina italiana, el clásico DE CUPIS, ADRIANO, *op. cit.*, p. 120, sostiene el derecho de las personas de prohibir o permitir que se reproduzca su voz, porque en ella está impresa su personalidad individual; MASSIMO BIANCA, CESARE: *Diritto civile I. La norma giuridica. I soggetti*, Giuffrè, Milán, 1984, pp.160 a 170, para el autor constituye una manifestación de la persona que exige ser tutelada en razón de la exigencia general de protección de la intimidad personal. En la doctrina francesa, consideran que la voz debe tratarse como un bien de la personalidad autónoma y distinta al derecho a la propia imagen conforme lo expresa CORNU, GÉRARD: *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, Montchrestien, París, 2003, p. 296. JEAN MAZEAUD, HENRI MAZEAUD, FRANÇOIS CHABAS, LEÓN MAZEAUD, *op. cit.*, pp. 78 y ss. Además del citado HUET-WEILLER, DANIELE: *op. cit.*, pp. 511 y ss. Vid. También obra DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ. RAMÓN: *Veinticinco años...*, *cit.* Sentencias del Tribunal de Gran Instancia de París, de 3 de diciembre de 1975 (D 1977 Jur., 211), de 11 de julio de 1977 (D 1977, Jur., 700) y de 19 de marzo de 1981 (D 1983, Jur., 147); Sentencia de la Corte de Apelación de París, de 29 de junio de 1998 (JCP 1998-022460) y Sentencia de la Corte de Apelación de Pau, de 22 de enero de 2001 (JCP 2001-139823). En la doctrina alemana *vid.* HUBMANN, HEINRICH: *Das Persönlichkeitsrecht*, 2.ª ed., Graz, Colonia, 1967, pp. 309-3, el cual lo incluye en el derecho general de la personalidad; LARENZ, KARL: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.ª ed. Continuada por M. WOLF, C.H., Munich, 1997, p. 156, igualmente considera el derecho a la propia voz como expresión del derecho general de la personalidad.

²²⁴ DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN: “Las intromisiones legítimas...”, *cit.*, p. 3. El citado autor es partidario de la aplicación analógica del art. 8.2 LO 1/82 al entender que estamos ante un derecho que concede a su titular la facultad de oponerse a la reproducción de su voz, entendida ésta como un atributo de su personalidad, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan, de modo que asocien la voz del imitador con la de una persona perfectamente identificable. Sin embargo, el derecho a la propia voz, al igual que el derecho a la propia imagen, debe ser coordinado con las exigencias derivadas de las libertades de información y de expresión. A nuestro juicio esta coordinación puede realizarse mediante una aplicación analógica del art. 8.2 de la ley Orgánica 1/82, de lo que resulta lo siguiente:

- a) No es necesario el consentimiento del titular del derecho para la captación, reproducción o publicación de su voz “cuando se trate de personas que ejercen un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la voz «se capta durante un acto público o en un lugar abierto al público”.
- b) De modo semejante a lo que acontece respecto de la caricatura, deben ser toleradas las imitaciones de la voz de personajes públicos, realizadas por artistas mediante parodias, en las que no se induzca a ningún tipo de confusión sobre quien habla, siempre que no lesionen su derecho al honor, ni tengan un carácter puramente comercial o crematístico.
- c) Será posible la utilización de la voz de una persona en una información radiofónica o televisiva, sobre un suceso o acontecimiento público, cuando aquélla “aparezca como meramente accesoria de ésta”.

De este modo, al no estar la voz protegida en sí misma como un derecho de la personalidad o como un derecho fundamental, no es preciso invocar la aplicación analógica del art. 8.2 LO 1/82, puesto que ni los contemplados en el precepto citado ni otras tantas conductas se pueden configurar como intromisiones ilegítimas en el derecho a la voz. La aplicación analógica del art. 8.2 LO 1/82 sólo tiene sentido si la voz, más allá de un bien patrimonial se considera un derecho o bien de la personalidad.

La cuestión, como es fácil advertir, aparece cuando el “no conocido” quiere “aprovecharse” económicamente de la imagen del “conocido”. De entrada, creo que se debe decir que se trata de una cuestión de legislación ordinaria, donde el problema más importante es la confusión que especialmente con finalidad publicitaria o comercial se provoca a propósito.

Aquí parece claro que el conflicto se manifiesta entre el derecho a la propia imagen y la libertad expresión, una de cuyas manifestaciones gráficas más conspicuas es precisamente la caricatura: la norma no permite la caricatura de personas sin proyección pública, sino exclusivamente de aquellas personas en que sí concurra esta condición pública. Por eso, ha señalado la doctrina que no puede perderse de vista que la autorización legal para usar la caricatura se fundamenta en la libertad de expresión, derecho fundamental que, como observa la STS 9 de julio de 2004, “posibilita, tanto la crítica política y social como el desarrollo de la personalidad, jugando un papel fundamental en la formación de la opinión pública, entendida como la suma de los plurales y diversos puntos de vista que existen y se exteriorizan en una sociedad sobre cualquier tema”. Igualmente, es preciso que la cuestión trate sobre un tema de interés general, como reitera la STEDH de 17 de diciembre de 2004 (Asunto Cumpana y Mazare contra Rumanía).²²⁵

De entrada, se debe señalar que la caricatura se limita a las personas que ejerzan cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública. Por tanto, el resto de personas conservan incólume su derecho a la imagen, la cual puede ser vulnerada no sólo a través de fotografía, vídeo, retrato, dibujo o pintura, sino también mediante la caricatura. Obviamente, por las razones que expusimos, el sujeto debe ser reconocible en la caricatura. Igualmente, la norma circunscribe la

²²⁵ El interés general de la información, incluida la gráfica y las caricaturas es una constante en las STEDH cuando hay colisión entre libertad de información y los derechos reconocidos en el art. 8 del Convenio (entre ellos, indirectamente el derecho a la propia imagen). Si bien la prensa no debe traspasar ciertos límites referentes concretamente a la protección de la reputación y a los derechos de los demás, le corresponde sin embargo, comunicar dentro del respeto de sus deberes y responsabilidades informaciones e ideas sobre las cuestiones políticas y otros temas de interés general. Además de las citadas, vid., STEDH, de 24 de febrero de 1997 (caso de Haes y Gijssels contra Bélgica).

utilización de la caricatura no sólo a los personajes públicos, sino “de acuerdo con el uso social”, con lo que la norma introduce un criterio relativo de difícil determinación, pero que posiblemente permite incluir entre las caricaturas, las marionetas, los muñecotes e incluso *els ninots*. Así, FERRARA define la caricatura como una “*reproducción figurativa del aspecto humano*”, donde sobresale la exageración humorística de los rasgos de la persona representada.²²⁶ Pero la definición más completa es, sin duda, la ofrecida por el Prof. DE VERDA, según el cual, la caricatura “es una representación gráfica, no necesariamente un dibujo, o, en general, artística, en la que de modo exagerado se deforma la imagen de una persona en clave humorística y con carácter crítico, en uso de la libertad de expresión reconocida en el art. 20-1 a) CE”.²²⁷ Por tanto, si no hay reproducción deformada o desfigurada de la figura humana, no hay caricatura.

Finalmente, también se debe señalar que la caricatura, como manifestación jocosa o humorística de la libertad de expresión conoce unos límites más amplios de la pura libertad de expresión. Mas esta mayor amplitud de límites no significa que no los tenga y, en concreto y por la propia naturaleza y finalidad sarcástica o mordaz de la caricatura, dicho ejercicio de la libertad de expresión puede transformarse en una clara vulneración del derecho al honor o a la intimidad, sin infringir, sin embargo, el derecho a la propia imagen (siempre que se haya realizado de acuerdo con el uso social).²²⁸

1.6 UNIDAD O DIFERENCIAS CONCEPTUALES

Partiendo del argumento básico de considerar el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen como derechos de la personalidad,²²⁹ surge ahora dilucidar un aspecto de gran

²²⁶ FERRARA, LUIGI: *Il diritto sulla propria immagine*, Edizione Italiane, Roma, 1942, p. 355.

²²⁷ DE VERDA Y BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN: “*Las intromisiones legítimas...*”, *cit.*, pp. 1 y ss.

²²⁸ Así la STS 17 de mayo de 1990 declaró que el humor gráfico debe ser objeto de mayor permisividad y la STS 14 de abril de 2000 señaló que por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, dicho género no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el honor del personaje objeto de burla o, dicho de otra forma, el acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Así lo demuestra normativamente el propio art. 8.2 b) al exigir que la utilización de la caricatura se adecue al uso social; y así lo demuestra, también, la doctrina del Tribunal Constitucional al apreciar intromisión ilegítima a través de un texto, historieta o cómic pese a su tono jocoso o burlón cuando el llamado *animus iocandi* se utiliza precisamente como instrumento del escarnio.

²²⁹ Consideramos conveniente apuntar la definición de derechos de la personalidad enunciada por BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José, *op. cit.*, pp. 19-20 quien a lo largo de su trabajo y luego de una breve referencia a los distintas denominaciones atribuibles como sinónimos de derechos de la personalidad expresa: “*Si se tiene en cuenta el poder o facultad del sujeto, podrán ser considerados como aquellos derechos que atribuyen el goce de las facultades corporales y espirituales que son atributos esenciales de la naturaleza humana, condición fundamental de su existencia y actividad, o simplemente el goce de nosotros mismos y de lo que con nosotros está unido indisolublemente; algo así como el derecho de la persona a ser fin en sí misma y a afirmarse y desarrollarse como tal o que consiste en el señorío sobre la propia esfera de la personalidad. Si por el contrario, se da más importancia*

trascendencia, para nuestro estudio. Este radica en determinar si los conceptos honor, intimidad y propia imagen, constituyen conceptos idénticos en esencia, distintos; o interrelacionados en condición equitativa o en condición de subordinación.

La poca claridad en la identidad de enunciación y tratamiento de los derechos amparados en el art. 18.1 de la CE, ha generado dudas y contradicciones dogmáticas a la hora de concretar un marco específico del honor, la intimidad y la propia imagen. A primera vista parece que los constituyentes han pretendido establecer tres derechos bien diferenciados, dentro de los derechos y las libertades. Pero también de la letra podríamos deducir lo contrario. Así ante el desconcierto encontramos teorías que pretenden establecer el origen de estos derechos en el derecho a la intimidad. Otras que intentan enunciar a estos como manifestaciones o derivaciones de un mismo derecho.

El TC ha pretendido equiparar estos conceptos en muchas ocasiones,²³⁰ postura a la que no adherimos. Pero aun así, resulta interesante la teorización de este tribunal, quien subordina la existencia del derecho a la imagen al de la intimidad, y por otro lado otorga al derecho a la imagen

al reconocimiento o protección que el derecho objetivo atribuye a aquella titularizada, podrá hablarse de derecho a exigir que el hombre sea reconocido como plena personalidad ética y espiritual. Y finalmente, si lo que se destaca es el objeto a que afectan y las cualidades inherentes al mismo, puede decirse que son derechos que nacen con el hombre y viven con el inseparablemente, que en este sentido son esenciales, pues constituyen el mínimo indispensable del contenido de la personalidad” Muchos son los autores, seguidores de la teoría pluralista, que han confeccionado una clasificación de los derechos de la personalidad. BELTRÁN DE HEREDIA en *Construcción Jurídica de los derechos de la personalidad* distingue estos derechos en cuatro grupos: 1).- Derecho a la identificación personal, que comprende el uso del nombre, del pseudónimo y de los títulos nobiliarios. 2).- Derecho a la vida y a la integridad física, que garantiza la inviolabilidad corporal. 3).- Derecho a la integridad moral, el honor y la reserva, con sus diversas manifestaciones, como el secreto y la propia imagen. 4).- Derecho a la libertad en todas sus manifestaciones. Así mismo surge de la legislación española, la que se ha inclinado por la concepción pluralista contraria a la monista. *Vid. DE CASTRO Y BRAVO en Temas de derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 1972, entiende esta clasificación entre “bienes esenciales de la persona” (vida, integridad corporal y libertad) y “bienes sociales e individuales” (honor y fama, intimidad personal, reproducción de la imagen y condición de autor). Clasificación esta última a la que no adherimos, pues otorgarles el carácter de esencial a un grupo de estos derechos, importa otorgarles el carácter de no esenciales a otros derechos de la personalidad, que no integran este grupo. Creemos que más que llamarlos esenciales deberíamos utilizar la palabra inherente o primarios que denotan más que su primacía su primogeneidad, pues sin ellos los restantes no podría existir, pero ello no quiere decir que estos sean más importantes al momento de su valoración general. Considero interesante la clasificación formulada por CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUÍS HUMBERTO: “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, en *Libro Homenaje al profesor JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO*, Universidad de Salamanca, 1984, pp. 101-116, para quien estos se dividen en: 1).- Derechos sobre la esfera espiritual de la persona: a).-Derecho al nombre. b).- Derecho al honor y a la fama. c).- Derecho a la intimidad (vida privada, imagen, voz, secreto, etc.). d).-Derecho a la libertad (múltiples facetas: referencia a las libertades públicas, entre otras. No afirmo que todas las libertades públicas sean, en rigor, derechos de la personalidad. E).- Derecho al libre desarrollo de la personalidad (tratamiento flexible). f).- Tal vez, derecho moral de autor (referencia, además, a los denominados, (derechos conexos o vecinos). 2).- Derechos sobre la esfera corporal de la persona: a).- Derecho a la vida. b).- Derecho a la integridad física y a la salud física y psíquica. c).-Derecho sobre las partes separadas del propio cuerpo.

²³⁰ MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, JOSÉ: *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, año 1993, pp. 91 y ss.

existencia independiente, con respecto a la intimidad familiar, cosa que no se da a la intimidad personal, por lo menos las sentencias.²³¹

El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen se encuentra amparados en el art. 18.1 de la CE, derechos que guardan estrechísima relación, y así lo ha manifestado en reiteradas ocasiones la doctrina y la jurisprudencia. Para PLAZA PENADES²³² constituyen, derechos distintos, pues existen entre ellos diferencias relevantes,²³³ como lo manifestó el TS,²³⁴ aunque también estrechamente relacionadas.

Pero las diferencias existentes entre estos derechos, no han sido bien desarrolladas en la práctica legislativa, pues más allá de haber una clara conexión entre ambos, se han generado, una dependencia inter relacional necesaria a efectos de su efectiva protección. BALAGUER CALLEJÓN expresa, que esta situación la observamos claramente en la LO 1/82, art. 7.3 y 7.7;²³⁵ situación está, que ha generado grandes refutaciones por parte de la doctrina, atento el condicionamiento que pesa sobre el derecho a la intimidad, ya que no es necesario que la violación de este derecho conlleve necesariamente un menoscabo al honor, solamente basta con que se invada la intimidad.²³⁶ Este autor considera la existencia de una vulneración explícita del contenido esencial del derecho en la citada ley, que desarrolla lo establecido de manera general por la CE.

En el art. 7.3 y 7.7 LO 1/82 la acción de “divulgación” y consiguientemente la “imputación” unida a la lesión a la dignidad humana, genera intromisión ilegítima; pero no podemos desconocer que en los restantes incisos, especialmente en el art. 7.1, sólo es necesario el

²³¹ *Ibidem*, pp. 97 a 99.

²³² PLAZA PENADES, JAVIER: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 39.

²³³ BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO-CÁMARA VILLAR, GREGORIO-LÓPEZ AGUILAR, FERNANDO-CANO BUESO, JUAN-BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA-RODRÍGUEZ, ÁNGEL: *Manual de derecho constitucional*, v. II, Tecnos, Madrid, año 1999, pp. 101 y ss. Estos expresan las diferencias relevantes de estos derechos, las que se fundamentan en el contenido esencial de cada uno de ellos. Así el derecho al honor está inmerso esencialmente la dignidad humana en cuanto tal, la que también está reconocida en el art. 10 de la C.E. así para que se produzca una lesión al honor se debe lesionar su dignidad, su integridad moral o su consideración social. Por el contrario lo esencial del derecho a la intimidad está constituida por una obligación de respeto del ámbito de privacidad de la persona. Desde este punto de vista estos derechos no se superponen ni coinciden, simplemente se relacionan.

²³⁴ STS 23 de marzo de 1987 RAJ 1716 “*Si bien existen indudables conexiones y acaso en ciertos momentos interferencias entre ellos, son distintos, la cual revela la redacción del citado precepto (art. 2.1 de la LO 1/82)*”.

²³⁵ LO 1/82 de 5 de mayo art. 7: “*Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo segundo de esta ley: 3).-La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecte a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo. 7).- La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de la persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”.

²³⁶ Cfre. BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO. CÁMARA VILLAR, GREGORIO. LÓPEZ AGUILAR, FERNANDO. CANO BUESO, JUAN. BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA. RODRÍGUEZ, ÁNGEL, *Manual de...*, cit. p. 102.

emplazamiento de cualquier medio para captar la vida íntima, sin necesidad de que haya menoscabo a la dignidad de la persona.²³⁷ Un sentido así, contrastaría fuertemente con la protección y amplitud que otorga a otro derecho protegido en igualdad de condiciones, como lo es la propia imagen, donde solamente basta su utilización, para que exista vulneración de este derecho, situación que genera una desproporción injustificada.²³⁸

Creemos en coincidencia con O'CALLAGHAN,²³⁹ en la claridad de la letra de la CE y de la LO 1/82, al establecer sin lugar a dudas derechos autónomos e independientes unos de otros. No por ello desconocemos la interrelación existente entre ellos, pues derivan de una misma raíz, que son los derechos de la personalidad.²⁴⁰ Aunque ello no da lugar a pretender englobar en un mismo concepto, institutos independientes, no solo en lo conceptual, sino en su aplicación práctica. Como recuerda MARC CARILLO,²⁴¹ algunos autores entienden que la imagen es parte del derecho al honor de las personas; otros, especialmente los franceses²⁴² y alguna sentencia del Tribunal Constitucional,²⁴³ lo configuran o lo diluyen como un elemento del derecho a la intimidad, de manera que un uso indebido o ilícito de la imagen ajena se traduce ineludiblemente como una

²³⁷ Vid. ATIENZA NAVARRO, MARÍA LUISA: "Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor a la intimidad y a la propia imagen", *Revista Boliviana de derecho* núm. 15, enero 2013, pp. 216-233.

²³⁸ STC 171/1990 de 12 de noviembre en BOE 287 del 30 de noviembre; Caso: Comandante Patiño- El País" F.D. 4º "Intimidad y honor son realidades intangibles cuya extensión viene determinada en cada sociedad y en cada momento histórico, cuyo núcleo esencial en sociedades pluralistas ideológicamente heterogéneas deben determinar los órganos del Poder Judicial".

²³⁹ O'CALLAGHAN, XAVIER: *Libertad de expresión...*, *cit.*, pp. 96 y ss.

²⁴⁰ Resulta interesante la STC 256/2001 donde establece de manera practica el canon de enjuiciamiento que aplicara el TC cuando una información viola uno o varios de los derechos amparados en el art. 18.1 CE, estableciendo que las pretensiones deberán enjuiciarse por separado.

²⁴¹ Vid. SALVADOR CODERCH, PABLO: *El mercado...*, *cit.*, en concreto, en la misma obra IGARTUA ARREGUI, FERNANDO: "El derecho a la imagen...", *cit.*, pp. 321 y ss. Vid. AMAT LLARI, EULALIA: *El derecho a la propia imagen y su...*, *cit.*; ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL: *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997; ROYO JARA, JOSÉ, *op. cit.* HIGUERAS, INMACULADA, *op. cit.*; AUGER LIÑÁN, CLEMENTE: "La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en *Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de derecho Judicial*, XXXV, Madrid, 1993, p. 87 y ss.; CARRILLO, MARC: "El derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la C.E.", en *Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial*, XXXV, Madrid, 1993, p. 65 y ss.; Vid. ROVIRA SUEIRO, MARÍA ESTHER, *op. cit.*; Vid. HERRERO TEJEDOR, FERNANDO: *Honor, intimidad...*, *cit.*; AZURMENDI, ANA: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997; CREVILLÉN SÁNCHEZ, CLEMENTE, *op. cit.*

²⁴² El Código Civil Francés no regula el derecho a la imagen, sino sólo a la intimidad en el art. 9. Parte de la doctrina sin embargo, se muestra partidario del reconocimiento autónomo del derecho a la propia imagen respecto del derecho a la intimidad. Así, CARBONNIER, JEAN: *Droit civil. I/Les personnes. Personnalité, Incapacités, Personnes morales*, 21ª ed. refundida para *Les Personnes* y 17ª ed. Refundida para *Les Incapacités*, Paris, 2000, p. 148; CORNU, GERARD, *op. cit.*, pp. 248 y 249; SERNA, MARIE, *op. cit.*, p. 89 y ss.; TERRE, FRANCOIS Y FENOUILLET, DOMINIQUE: *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7ª ed., Dalloz, Paris, 2005, pp. 119 y 120; TEYSSIE, BERNARD: *Droit civil. Les personnes*, 8ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2003, p. 70 y ss. En contra posición, sin que ello implique agotar la doctrina encontramos a DREYER, EMMANUEL: "Pitié pour le Code civil (Au sujet d'une proposition de loi 'visant à donner un cadre juridique au droit à l'image et à concilier ce dernier avec la liberté d'expression", *Petites Affiches*, núm. 91, 6 mai 2004, pp. 3 y 4.

²⁴³ Como la STC 170/87, de 30 de octubre, que parece diluir la propia imagen en la intimidad personal.

lesión del derecho a la intimidad,²⁴⁴ lo cual no deja de ser curioso porque posiblemente lo más alejado a la intimidad sea la imagen, la cual casi por definición es exteriorización, manifestación y reconocibilidad. Incluso autores, sobre todo italianos, han negado que la imagen se pudiera configurar como un derecho subjetivo.²⁴⁵

1.7 LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. RELACIÓN DE GÉNERO A ESPECIE

Resulta apropiado comenzar este acápite expresando, sin temor a equivocarnos que el derecho a la libertad de expresión podría fundamentarse, conforme a nuestro criterio, en el libre desarrollo de la personalidad.²⁴⁶

El derecho a la libertad de expresión, y a la libertad de información están íntimamente interconectados. Tanto es así, que los tratados internacionales conceptúan la libertad de información como una parte integrante o derivada de un concepto más amplio de libertad de expresión. Desde nuestra óptica, entre estos derechos existe una relación de género a especie, pues la libertad de comunicar o de recibir información tiene indudablemente su origen en la formulación teórica de la libertad de expresión.

El TC ha elaborado una terminología, cada vez más precisa, sobre la libertad de expresión y la libertad de información. Esta terminología ha sido seguida por otra parte de la doctrina y sin objetar los principios expuestos por los defensores de la unificación, es la que adoptaremos aquí, ya que, en definitiva, es la que utiliza el TC cuando interpreta el art. 20 CE. El TC argumenta que el “derecho a comunicar o recibir libremente información veraz, es distinto del que se refiere a la difusión de pensamientos, ideas y opiniones, por lo que se han de entender como derechos diferentes. Para el TC el derecho a la *libertad de expresión* hace referencia a la libre difusión de ideas abstractas, pensamientos u opiniones. Mientras que el derecho a la *libertad de información* se refiere a hechos o sucesos que, por lo tanto, admiten la prueba de su veracidad.

²⁴⁴ Vid. LINDÓN, RAYMOND: *Les droits de la personnalité*, dalloz, París, 1974; NOVOA MONREAL, EDUARDO, *op. cit.*

²⁴⁵ Vid. COVIELLO, NICOLA: *Manuale de diritto civile italiano*, 3ª ed., Milán, 1924, p. 26; VENZI, GIULIO: *Notas a las Istituzioni de diritto civile italiano*, vol. II-I, Pacifici-Mazzoni, Turín, 1928, p. 26.

²⁴⁶ Interesante y enriquecedora la lectura del trabajo de ESCOBAR DE LA SERNA, LUÍS: *Derecho de la información*, Dykinson, Madrid, año 1998.

La CE consagra por separado la libertad de expresión ²⁴⁷ en el art. 20.1.a. y la libertad de información en el art. 20.1.d ha adoptado una concepción dual: la que se aparta de la tesis unificadora, defendida por ciertos sectores doctrinales y acogida en los arts. 19.2 del pacto internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York y art. 10.1 del convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de Roma. No debemos olvidar que la libertad del art. 20.1.a tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben también incluirse las creencias y juicios de valor, y el de la libertad del art. 20.1.d el comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables. ²⁴⁸

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en un primer momento, consideró que el derecho a comunicar información era una concreción del derecho a la libertad de expresión, y que el derecho a recibir la información era un simple reverso del derecho a transmitirla, dado que no es posible la recepción sin la comunicación.²⁴⁹ Posteriormente, matizó su interpretación en la STC 6/1988, fj. 4, que inicia una consolidada línea doctrinal, cuando expresa que en el art. 20.1 CE se reconocen dos derechos de contenido próximo, pero no idénticos: 1) La libertad de expresión en sentido estricto, que consiste en expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción (apartado a). Y 2) el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión (apartado d).²⁵⁰

²⁴⁷ Se sostiene que la libertad de expresión presenta tres facetas bien diferenciables: 1) Como ejercicio del derecho de industria o comercio. 2) Como derecho individual de emitir el pensamiento a través de esos medios. 3) Como derecho social a la información.

²⁴⁸ STC 107/88, RAJ.

²⁴⁹ 30 STC 6/1981, fj. 4º.

²⁵⁰ La STC 105/1983, fj. 11º de 23 de noviembre, fue la primera en afirmar que el apartado d) del artículo 20.1 consagraba un derecho diverso del a). No obstante, se trata de un pronunciamiento aislado que no siguen las sentencias posteriores y, además, no acaba de delimitar correctamente el objeto del nuevo derecho. Por la razón expresada hay que esperar a la STC 6/88, de 21 de enero, fj. 5º, donde tras señalar que los apartados a) y d) están separados, presentan un diferente contenido y tienen distintos límites y efectos, tanto ad extra como ad intra, señala: “En el artículo 20 de la Constitución la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas, y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los juicios de valor. El derecho a comunicar y recibir libremente información versa en cambio, sobre hechos...”. Para más adelante precisar: “La comunicación que la Constitución protege es [...] la que transmite información veraz”. Posteriormente, la línea doctrinal se consolida; entre otras, las STC 107/1988, fj. 2º de 8 de junio; 51/1989, fj. 2º, de 22 de febrero; 4/1996, fj. 3º, de 16 de enero; 51/1997, fj. 4º, de 11 de marzo. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ: “Libertad de expresión, información y relaciones laborales (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero, caso señor Crespo, asunto filtraciones al País)”, *REDC*, núm. 26, 1989, p. 172, señala que esta sentencia reconoce el derecho a la información como autónomo respecto al apartado a) del mismo artículo. Esto implica otorgarle una naturaleza diferente, con ámbitos,

El art. 20 de la CE,²⁵¹ tiene un carácter dual en su aspecto tutelar y novedoso en su carácter enunciativo.²⁵² Pues de su sistemática podemos inferir que en él se regulan conjuntamente el derecho a la libertad de expresión, que comprende la expresión de ideas, opiniones (juicios de valor); y la libertad de información, que comprende los hechos, narración de sucesos o acontecimientos (juicios de existencia).²⁵³ Este nuevo derecho, derivación de la expansión de la libertad de expresión tiene dos caras: el derecho a informar y el derecho a estar informado. Los primeros, a diferencia de los segundos, carecen de sustento fáctico. Por ello, de estos últimos podemos predicar su veracidad, a diferencia de la libertad de expresión, sobre la que no se puede predicar su veracidad, pues no versan sobre hechos, sino sobre ideas u opiniones. El TC ha relatado lo novedoso de esta clasificación, propio de los textos constitucionales de reciente data, que han contribuido a definir los derechos incluidos en el art.20 de la CE.²⁵⁴ La diferencia fundamental

efectos y límites distintos. En contra, SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO: “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión” en *RAP*, núm. 128, año 1992, p. 189. Sobre esta problemática véase CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, *op. cit.*, pp. 7-14.

²⁵¹ Art. 20 de la CE 1. Se reconocen y protegen los derechos: a).- A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b).-A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. c).- A la libertad de cátedra. d).- A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades. 2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa. 3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España. 4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en el precepto de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. 5. Solo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

²⁵² PLAZA PENADÉS, JAVIER, *op. cit.*, p. 10, expresa: *El precedente a este apartado lo encontramos en la ley de prensa e imprenta 14/1966 en su art. 2, así también en este texto ya podemos encontrar embrionariamente la doble cara de la libertad de expresión*, como ya lo explicamos anteriormente.

²⁵³ STC 6/1981 del 16 de marzo, en BOE 89 del 14 de Abril, Caso: Periódico Unidad y la Voz de España. En su fj. 4º “...Otro tanto cabe afirmar respecto del derecho a comunicar y recibir información veraz (art. 20.1 d), formula, que, como es obvio, incluye dos derechos distintos, pero íntimamente conectados. El derecho a comunicar, que en cierto sentido puede considerarse como un simple aplicación concreta de la libertad de expresión y cuya explicitación diferenciada solo se encuentra en los textos constitucionales recientes, es derecho del que gozan también sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva sobretodo de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica (En STC un año después 30/1982 establece un derecho preferente a los profesionales e la información, conforme a la función que cumplen en una sociedad democrático); *El derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social”*.

²⁵⁴ STC de 16 de marzo de 1981, BOE de 14 de abril; fj. 4º. Por la terminología empleada (nótese que la constitución no habla de libertad de prensa, sino de derecho a comunicar y recibir información) y por la claridad con la que aparecen separadas las diversas libertades formuladas cada uno en un párrafo diferente parece que el constituyente quiso garantizar un derecho de información distinto de la libertad de expresión, con la que tradicionalmente se viene identificando el primero. STC Caso: Periodista Vinader 105/1993 de 23 de noviembre, define el derecho a la libertad de información del derecho a la libertad de expresión. “...El apartado d) del número 1 del artículo 20 de la Constitución consagra el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, estableciendo un tipo de derecho fundamental diverso del que consiste en expresar y difundir pensamiento, ideas y opiniones en aras del interés colectivo en el conocimiento de hechos que puedan encerrar trascendencia pública y que sean necesarios para que sea real la participación de los ciudadanos en la vida colectiva. Se trata como

entre ambos derechos reside en el objeto. La libertad de expresión, en sentido estricto, transmite pensamientos, ideas y opiniones, diversas y subjetivas; en cambio, el derecho a la información relata hechos, conductas, noticias, que son concretas y objetivas.²⁵⁵

Ambas vertientes de la libertad de comunicación no están separadas de una forma absoluta ya que la información no siempre es exclusivamente objetiva, pues puede ir acompañada de alguna valoración.²⁵⁶ Lo mismo sucede a la inversa.²⁵⁷ No obstante, el predominio del aspecto objetivo o subjetivo en el mensaje determinará que nos encontremos en presencia del derecho reconocido en el apartado a) o en el d). La STC 6/1988 inaugura una consolidada doctrina y en su fj. 5º lo aclara con precisión: *“Es cierto que, en los casos reales que la vida ofrece, no siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y*

el artículo 20 dice, de un derecho doble que se concreta en comunicar la información y recibirla de manera libre en la medida en que la información sea veraz. El objeto de este derecho es por consiguiente el conjunto de hechos que puedan considerarse como noticiables o noticiosos en los términos puntualizados anteriormente y de él es sujeto primero la colectividad, y cada uno de sus miembros, cuyo interés es el soporte final de este derecho, del que es asimismo sujeto, órgano o instrumento el profesional del periodismo, puesto que al concierne la búsqueda de la información u su posterior transmisión”. STC del 13/1985 de 31 de enero caso: Prohibición judicial de publicación de fotografías del crimen; expresa el carácter dual del derecho a la información que surge del art. 20.1 d) de la CE en su fj. 4º expresa: *“...La fórmula del art. 20.1 d) de la Constitución incluye dos derechos distintos, si bien íntimamente conectados: el derecho a comunicar información que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión y el derecho a recibir esa misma información...”*. Entre otras sentencias que conceptualizan la diferencia podemos citar la STC 6/88 del 21 de enero en BOE 5 de febrero, STC 138/92, STC 176/95, STC 34/96, STC 78/95 del 22 de mayo en BOE 21 de Junio, STC 136/94 del 9 de mayo en BOE 13 de Junio, STC 178/93 del 31 de mayo en BOE 5 de julio, STC 123/92, STC 143/91 del 1 de julio en BOE 22 de julio.

²⁵⁵ STC 105/1990, fj. 4º, de 6 de junio; 123/1993, fj. 3º, de 19 de abril, y las citadas en la nota anterior, entre otras. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ: “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *REDC*, núm. 32 mayo-agosto 1991, p. 81; SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIO: “El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *El derecho a la información: teoría y práctica*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1995, pp. 57-58.

²⁵⁶ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ: “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión”, *REDC*, año 8. núm. 23, mayo-agosto 1988, p. 144; señala: *“Tampoco cabe aceptar que el derecho a la comunicación de información abarque exclusivamente las noticias y no las opiniones o juicios de valor. La distinción entre hecho y actitud valorativa es imposible de verificar en muchos casos. Ciertamente no hay juicios de valor sin referencia a los hechos y la información su selección, elaboración y presentación, sin el filtro categorial, subjetivo y cuajado de posiciones personales, del informante es imposible”*. FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, ALFONSO: “Libertad de expresión y derecho de la información”, en la obra *Constitución Española de 1978, t. II, Comentarios a las leyes políticas*, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR, Edersa, Madrid, 1984, p. 531. Considera que la simple selección de hechos y la forma de presentarlos no deja de expresar en la mayor parte de los casos “apreciaciones y preferencias subjetivas que comportan una particular valoración, con lo que la frontera entre noticia y opinión deja frecuentemente de estar claramente definida”. En el mismo sentido *vid.* CARRILLO, MARC: “Derecho a la información y veracidad informativa (Comentario a las SSTC 186/86 y 6/88)”, *REDC*, núm. 23, 1988, p. 190.

²⁵⁷ Por último, el derecho a la información se singulariza respecto a la libertad de expresión por tener un mayor plus institucional, lo que explica que el primero prevalezca, en determinadas ocasiones, sobre la segunda. Esto sucede en los supuestos de réplica o rectificación, cuando el derecho a rendir información del aludido y del público a conocer una versión plural, respecto a los hechos que fueron objeto de la crónica se impone sobre la libertad de expresión negativa del medio a no contar lo que no quiere, el contenido de la rectificación.

*comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión. Ello aconseja, en los supuestos en que pueden aparecer entremezclados elementos de una y otra significación, atender, para calificar tales supuestos y encajarlos en cada uno de los apartados del art. 20, al elemento que en ellos aparece como preponderante”: “...el que alguna de las manifestaciones vertidas en torno a tales hechos entrañaran algún juicio de valor o alguna dosis de crítica no es suficiente para relativizar el carácter preponderante del elemento informativo”.*²⁵⁸

Por otra parte, este derecho de libertad es presupuesto para la formación de la opinión que precede a la expresión de ésta.²⁵⁹ Pues sólo una información completa hace posible la libre formación y expresión de la opinión, tanto para el individuo como para la sociedad. La veracidad constituye una exigencia intrínseca de la libertad de información, encaminada a ampararse en la tutela constitucional. En cambio, este requisito no es exigible a la libertad de expresión en sentido estricto, dada su naturaleza eminentemente subjetiva.²⁶⁰ De todas formas, abordaremos este aspecto con mayor profundidad con el avance de esta investigación.

LLAMAS POMBO estima poco afortunada la denominación libertad de expresión y libertad de información, y expresa que la misma puede conducir a equívocos: la libertad de expresión es un atributo o valor de la personalidad, y por tanto un concepto antropológico y filosófico, del que jurídicamente deriva un derecho subjetivo y fundamental que llamamos derecho a la información, el cual a su vez puede tener por objeto muy diversos mensajes informativos (desde la exposición de una idea política o religiosa, hasta la narración de un hecho, pasando por la opinión que merece la aplicación de un carácter ideológico a un suceso, o por la invitación a consumir determinado producto). Entre dichos mensajes, los dos más simples que pueden aislarse son: la comunicación

²⁵⁸ En la misma línea las SSTC 105/1990, fj. 4º, de 6 de junio; 171/1990, fj. 10º, de 12 de noviembre; 172/1990, fj. 3º, de 12 de noviembre; 123/1993, fj. 3º, de 19 de abril; 136/1994, fj. 1º, de 9 de mayo; 76/1995, fj. 2º, de 22 de mayo; 4/1996, fj. 3º, de 16 de enero; más recientemente.

²⁵⁹ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ, “La libertad de expresión...”, *cit.*, p. 81, considera aplicable a nuestro ordenamiento constitucional la siguiente afirmación del Tribunal Federal alemán: “La libertad de información es, precisamente, el derecho a informarse. Por otra parte, este derecho de libertad es el presupuesto de la formación de la opinión que precede a la expresión de ésta. Pues sólo una información completa posibilita la libre formación y expresión de la opinión, tanto para el individuo como para la sociedad” (BVerfG, t. 27, p. 71-81). Asimismo, t. 27, pp. 104-108.

²⁶⁰ *Vid.* CARRILLO, MARC: “Derecho a la información...” *cit.* pp. 190 y ss. Por veracidad cabría entender una correspondencia entre los hechos transmitidos y la realidad; no obstante, el máximo intérprete de la Constitución ha desobjetivado la cuestión, al considerarse que de imponerse la verdad absoluta la única garantía jurídica sería el silencio. Entendiendo la veracidad a comportarse con una razonable diligencia profesional en la obtención de la información y admitió que las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre. Tras la STC 6/1988, de 21 de enero, fj. 5º, la veracidad se convierte en una exigencia intrínseca, una condición requerida en cada caso, de la protección constitucional de la información, dejando de ser sólo una garantía general del pluralismo informativo.

de ideas, que llamamos *propaganda*, y la difusión de hechos o sucesos del mundo exterior, que llamamos *noticia*.²⁶¹

Creemos, sin cuestionar la firmeza conceptual y sistemática que contiene la clasificación vertida en la CE, que la misma genera una redundancia normativa, que en la realidad no dista mucho, en el establecimiento de parámetros de diferenciación.²⁶² Consideramos que la libertad expresada en el art. 20.1 a) es completa y ampara de manera acabada las expresadas por el punto d) de dicho artículo. La libertad de difundir libremente pensamientos, ideas u opiniones, importa la libertad de comunicar y recibir información. Ahora bien, podrán argumentar y sustentar científicamente de manera acabada la clásica diferencia²⁶³, pero a mi favor, me aferro a la realidad práctica del derecho y podría expresar que hasta un hecho noticiable u objetivo, en el proceso de información contiene una carga de subjetividad, solamente considerando la forma de narración o edición, sin que ello implique generar opinión alguna. Por lo cual podemos observar su contenido unívoco, más allá de los elementos que diferencia la libertad de expresión e información. Como sabemos, la información de hechos, acontecimientos o de cualquier otra información, siempre llega cargada de algún margen de subjetividad o apreciación personal, por el sólo hecho de ser internalizada y expresada por una persona, la que no solo se manifiesta a través de juicios de valor explícitos, sino también de forma implícita en la forma y contexto en el cual se trasmite la información, razón por la cual consideramos que la línea que divide a estos derechos íntimamente ligados es muy fina y hasta invisible en muchos casos.²⁶⁴

²⁶¹ Vid. LLAMAS POMBO, EUGENIO: “*Reflexiones en torno a la veracidad informativa, en relación con el derecho al honor*”, en Retos de la Sociedad de la Información: Estudios de comunicación, en honor de la Dra. María Teresa Guiu, publicaciones Universidad Pontificia de Salamanca, Gerardo Pastor Ramos, Salamanca 1997, pp. 295 a 304.

²⁶² SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO, *op. cit.*, pp. 186 y ss. El autor manifiesta a criterio *ad libitum* la poca claridad, los diversos equívocos e incongruencias de la jurisprudencia en el intento por diferenciar de manera clara la libertad de expresión y la libertad de información. Aborda la pretendida diferenciación subjetiva entre ambos derechos, así la STC 6/1981 y 12/1982 donde se expresa la igualdad de todos los ciudadanos sobre el uso de estos derechos. Y por otro lado encontramos la STC 165/1987, en BOE 279 del 21 de Noviembre y 105/1990 del 6 de Junio, en BOE 160 del 5 de julio, donde establece una titularidad cualificada de estos derechos, cuando otorga un nivel máximo de protección a los profesionales de la información por sobre el resto de los ciudadanos. Para el autor una protección cualificada constituye un grave error, y sienta su criterio en una uniformidad de protección donde lo único que caria entre los profesionales de la información y el resto de los ciudadanos es la utilización o el ejercicio de este derecho. Por último considera esto un intento de separación en un estado en palabras suyas “umbral muy brumoso”. Asimismo expresa otra diferenciación a la que clasifica como material, que surge de la misma semántica de la Constitución.

²⁶³ GARCÍA HERRERA, ÁNGEL MIGUEL: “Estado democrático y libertad de expresión” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1982, p. 149 y ss.

²⁶⁴ STC 171/1990 de 12 de noviembre Caso: Accidente de avión del monte Oiz-El País “... Aunque este tribunal ha tratado de deslindar las fronteras entre la libertad de información y la libertad de expresión, poniendo el acento, respecto de la primera, en la narración de los hechos y respecto de la segunda, en los elementos valorativos para la formación de una opinión; al mismo tiempo ha reconocido que la comunicación de hechos o noticias no se da siempre en estado químicamente puro”.

Ahora bien, y conforme lo establece el articulado, surge con claridad meridiana, que la libertad de expresión enunciada en el art. 20.1 a) CE constituye un término más extenso e incluye, dentro de su esfera, al derecho a la información enunciada en el art. 20.1 d), conforme un aspecto amplio de interpretación.²⁶⁵

Sin lugar a dudas, el derecho a la información comprende el derecho a informar y a estar informado, ambas facetas nos permiten comprobar que las mismas han experimentado una expansión de la clásica libertad de expresión, cuyos presupuestos estructurales se han visto desbordados ante la nueva realidad. En esta nueva conceptualización, encontramos un incremento en los derechos del emisor, pero así también encontramos un incremento en sus deberes. Esta expansión también abarca al sujeto receptor, consumidor o titular del derecho a la información, que deja de ser pasivo para convertirse en elemento fundamental del mismo.²⁶⁶ Así lo expresa CONESA SÁNCHEZ, “*Él es nada menos que el titular del derecho a la información; es el sujeto a quien le corresponde estar informado y posee una serie de facultades que puede esgrimir ante los demás sujetos que intervienen en el proceso informativo*”.²⁶⁷ También advertimos cambios en el objeto de la información, que no escapa al fenómeno expansivo. El interés o derecho a conocer las noticias e informaciones, desborda los límites clásicos u originarios, para dar lugar al completo interés por conocerlo todo, hasta lo que no contiene relevancia pública; incurriendo a veces en lo morboso e inútil, empresa está, explotada por algunos medios con el afán de obtener beneficios económicos a costa de reiteradas violaciones al honor y a la intimidad.²⁶⁸

Pero la agudeza terminológica obliga, conforme semántica enunciativa y debemos expresar que el art. 20.1 a). Se circunscribe a la “*libre difusión de ideas, pensamientos y opiniones*”; mientras que la libertad de información establecida en el inc. d de dicho artículo, solo se circunscribe a “*comunicar y recibir libremente información veraz por cualquier medio de*

²⁶⁵ Idea que compartimos con PLAZA PENADÉS, JAVIER, *op. cit.*, p. 94 y ss.

²⁶⁶ El derecho a la información y la libertad de prensa se encuentran protegidos en las siguientes normas: 1).- Artículo 19 de la declaración universal de los derechos humanos en el que se considera a la libertad de información y se consagra el derecho a recibir información sin limitación de medios ni fronteras. 2).- Declaración americana de los derechos y deberes del hombre. 3).- Declaración americana de derechos humanos. 4).- La resolución núm. 59 de ONU 1946, la que considera a la libertad de información un derecho fundamental. 5).- La constitución Argentina en el art. 14 y 32, la ley 22.285 art. 18 y 4, ley 23.052 y la ley 23.727 6).- El art. 20 de la Constitución Española y la LO 1/82. 7).- Convención Internacional de Derechos Civiles y Políticos 1966, por la Convención Europea de los Derechos del Hombre, aprobada por el Consejo de Europa 1950.

²⁶⁷ CONESA SÁNCHEZ, FERNANDO: *La Libertad de empresa periodística*, Universidad de Navarra, Pamplona 1978, p. 232.

²⁶⁸ El derecho a la información tiene dos ámbitos: uno activo y otro pasivo, comprendiendo el derecho de informar y ser informado, el de seleccionar la información y recibir información veraz.

difusión”.²⁶⁹ De ello inferimos que la diferencia entre ambos conceptos radica en su objeto. Por ello, como dijimos anteriormente, mientras que el art. 20.1 hace referencia a “pensamientos, ideas u opiniones” o juicios de valor, o apreciaciones subjetivas de la persona, sin que implique ajustamiento a situaciones fácticas u objetivas; por otro lado, la libertad de información tiene por esencia “hechos”,²⁷⁰ los que están ajustados a acontecimientos concretos, que existen en la realidad, sin que ello implique la existencia de otras diferencias de menor entidad.²⁷¹

Como surge de lo expresado anteriormente, la libertad de expresión y la libertad de información no son sinónimos, pero se encuentran íntimamente relacionadas,²⁷² en relación género especie. Así, el TS expuso en sentencia de 25 de Junio de 1990²⁷³ que, en ocasiones, es difícil o casi imposible separar, en un mismo texto, los elementos de carácter informativo de aquellos de índole valorativas y, en estos casos, habrá que acudir al elemento predominante, para establecer la diferenciación.

El profesor SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA recuerda otras dos importantes diferencias, remarcadas por la doctrina alemana y que son aplicables a nuestro ordenamiento.²⁷⁴ La libertad de expresión, en sentido estricto, protege exclusivamente una sola actividad: la comunicación sin trabas del pensamiento. En cambio, el derecho a la información garantiza múltiples actividades, como la preparación, elaboración, selección y difusión de la información.²⁷⁵ Por último, el derecho a la información se singulariza respecto a la libertad de expresión por tener un mayor plus

²⁶⁹ ESCOBAR DE LA SERNA, LUÍS, *op. cit.*, p. 279. De un modo u otro todas las constituciones se refieren a la facultad de emitir ideas u opiniones o ideas y opiniones, heredando la carga ideológica de la revolución francesa en su punto álgido constituyente. Quedan omitidas las facultades respecto a la comunicación de hechos o libre tráfico de las noticias que, sin embargo, estaban ya incluidas en el *ius communicationis* de nuestros clásicos, sobre todo en la expresión de Francisco de Vitoria.

²⁷⁰ STC 105/1983 23/11/1983 En su fj. 11º configura ambos derechos como diversos. STC de 21/01/1988 en BOE 31 del 5 de febrero y 76/1995 de 22/5/1988 en BOE 147 del 21 de junio, donde se afianzan más aún sus diferencias. La libertad de expresión contiene ideas, opiniones y juicios de valor, mientras que la libertad de información contiene hechos veraces; ahora bien, no se exige que se trate de hechos absolutamente incontestables, sino que el informador haya sido diligente en la contratación de la información, y de interés público otras diferencias menores recaen en que esta última se satisface a través de los medios de comunicación

²⁷¹ PLAZA PENADÉS, JAVIER, *op. cit.*, p. 98.

²⁷² LÓPEZ ULLA, JUAN MANUEL: *Libertad de informar y derecho de expresarse*, Universidad de Cádiz, 1994, señala la relación o confusión material con la que se manifiestan estos derechos en la actividad periodística. Es nada extraño encontrar en la actualidad junto a la información de hechos o acontecimientos la adjunción de algún tipo de valoración crítica de carácter subjetivo, lo que desvirtúa de por sí el valor puro u objetivo de la información.

²⁷³ Numerosas son las sentencias donde se marca la diferencia entre uno y otro derecho y donde se establecen parámetros de interpretación en el encasillamiento como libertad de expresión o de información. A modo de ejemplo, podemos citar la sentencia 6/1988 de 21 de enero. La STC 51/1989 de 22 de febrero.

²⁷⁴ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ, “Libertad de expresión...”, *cit.*, p. 173.

²⁷⁵ Sin una formulación tan clara la STC 171/1990, fj. 9º, de 12 de noviembre, señala: “El derecho fundamental reconocido en el art. 20 CE, no puede restringirse a la comunicación objetiva y aséptica de hechos, sino que incluye también la investigación del origen o causa de los hechos, la formulación de hipótesis posibles en relación con esa causación, la valoración probabilística de esas hipótesis y la formulación de conjeturas sobre esa posible causación”.

institucional, lo que explica que el primero prevalezca, en determinadas ocasiones, sobre la segunda.²⁷⁶

1.7.1 RECONOCIMIENTO JURÍDICO

La corriente filosófica iusnaturalista que promueve a la libertad de expresión e información como dos derechos que pertenecen al hombre por naturaleza constituye el primer peldaño para su reconocimiento jurídico integral y dual de estos derechos. Así, el ordenamiento jurídico ha avanzado en este sentido:

1.- La declaración universal de derechos humanos de 1948. La libertad de expresión y el derecho a la información se recogen en el citado texto: Art. 19. "Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y el de difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión".²⁷⁷

2.- El artículo 10 del convenio europeo de derechos humanos de 1950. La falta de obligatoriedad de cumplimiento de lo expresado en la declaración de 1948 actúa como detonante del convenio que, dos años más tarde, suscriben una serie de países de Europa occidental. El objeto en esta ocasión es conseguir que el documento redactado vincule jurídicamente a sus signatarios. Uno de los modos de lograrlo es la creación en 1959 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, órgano al cual acudir en caso de violación de los derechos contemplados en el convenio. Así el art. 10.1. "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras". Art. 10.2. "El ejercicio de estas libertades, por cuanto implica deberes y responsabilidades, puede ser sometido a ciertas formalidades, condiciones o sanciones previstas por la ley, que constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática,

²⁷⁶ Vid. CARRILLO, MARC: "Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución Española", *Revista de Derecho Político*, núm. 23, 1986; BOUZAT, GABRIEL: "Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, 1989. Una síntesis de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de rectificación en la STC 51/2007, fj. 8º, de 12 de marzo.

²⁷⁷ Esta declaración otorga: Asignación de rango de derecho humano: la libertad de expresión, en la que se contiene el derecho a la información, pertenece a todo hombre por el hecho de ser tal e independientemente de que las leyes reconozcan estos derechos. Papel del ser humano en el proceso comunicativo: Las personas pueden desempeñar funciones diferentes a las de receptores de la información. Se les adjudica la capacidad para actuar como emisores, la posibilidad de ejercer tareas propias del informador como es la investigación periodística. Su actuación como difusores potenciales de información queda también reconocida. Estos papeles se equiparan a lo que tradicionalmente se ha denominado como facultades del derecho a la información: investigación, difusión y recepción.

como la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la fama o de los derechos del otro, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial".²⁷⁸

3.- El artículo 20 de la Constitución Española. Art. 20 CE. 1. Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.(b)...(c)...d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional. (2)...(3)...4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia. (5)...

4.- LO 1/82. Este instrumento vino a dar forma y estructura organizada a los establecidos en los arts. 18 y 20 CE, estableciendo un sistema de responsabilidad hasta hoy discutido a nivel doctrinal y jurisprudencial, análisis que diferiremos para otro acápite por razones metodológicas.

1.7.2 LÍMITES Y RESTRICCIONES

Es evidente que no existen derechos absolutos, razón por la cual la libertad de expresión y la libertad de información también tienen límites y restricciones. Su ejercicio no puede ser cercenado, pero existe consenso, tanto en la concepción liberal individualista como en la democrática, de que pese a su preeminencia y función social, puede decaer frente a otros derechos e intereses legítimos. Las declaraciones internacionales, tanto el pacto de derechos civiles y políticos como la convención europea, así lo reconocen y la labor jurisprudencial ha estado dirigida a buscar el equilibrio. En este sentido, es especialmente significativa la doctrina del TEDH que ha

²⁷⁸ El texto del art. 10 corresponde a la fórmula presentada por la delegación inglesa que se opuso a la propuesta inicial de reconocer ambos derechos mediante la transcripción literal del texto de la Declaración de 1948. Mientras que, por una parte, se rechaza la injerencia de los poderes públicos en los actos informativos y de expresión, se atribuye paralelamente a los Estados la capacidad para establecer un régimen empresarial de medios de comunicación sometido a la figura de la autorización previa. Esta paradoja induce a confusión y, sobre todo, establece una gran diferencia entre las responsabilidades y consecuencias que se derivan del ejercicio de estos derechos, según sea practicado por personas individuales o por empresas de comunicación. ¿Se trata de un baremo de doble rasero? ¿No son los medios de comunicación resultado de la iniciativa individual?

precisado las condiciones de estas restricciones ajustadas a los requerimientos de una sociedad democrática.

Resulta necesario partir de una aclaración terminológica previa, respecto de la entidad dada en este trabajo a los dos condicionantes que mencionamos. Cuando hagamos referencia a los límites, en lo sucesivo, nos referiremos a los condicionantes internos del derecho, contenidos por los elementos que componen internamente ese derecho (libertad de expresión o libertad de información), dándole su estructura o entidad que determinan su ejercicio.²⁷⁹ Mientras que cuando hagamos alusión a las restricciones, nos referimos a los condicionantes externos, los que surgen de la convivencia, convergencia o yuxtaposición de estos derechos (libertad de expresión o libertad de información) con otros de idéntica jerarquía dentro de un mismo marco jurídico. Estas restricciones surgen cuando tales derechos son ejercidos desproporcionadamente, por lo que entendemos indefectiblemente, que cuando se extralimitan en estos derechos se pretende ejercitar un derecho del que se carece.²⁸⁰ Ahora bien, dentro de la estructura de las restricciones, además de estar condicionados por derechos de idéntica jerarquía constitucional, también existen como condicionantes determinados valores y principios constitucionales, como: la dignidad de la persona, la moral, etc.²⁸¹

Ahora bien, como ya lo expresamos, existen límites propios o intrínsecos que surgen de la misma formulación del derecho, de su entidad y finalidad misma en conformidad con su origen y finalidad. También encontramos límites en razón del sujeto, el objeto, la moral y el orden público. Por otro lado, podemos definir las restricciones,²⁸² como aquellas que se originan de la concurrencia con otros derechos de idéntica jerarquía, por lo cual la disposición indiscriminada sobre el mismo no es factible.²⁸³

²⁷⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *La degradación...*, cit., p. 37.

²⁸⁰ ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho civil I, Introducción y parte general*, Bosch, Barcelona, 1989, p. 32.

²⁸¹ STC 214/1991 en BOE 301 de 17 de diciembre. STC 176/1995 en BOE 11 del 12 de enero. 1996. STC 51/1985. 107/1988 en BOE 152 del 21 de junio.

²⁸² Las restricciones son exteriores al derecho pues estas surgen de la conjugación o relación con otros derechos en igualdad de jerarquía, mientras que los límites son internos al derecho, surgen de la funcionalidad misma del derecho. Creemos que en la materia podemos hablar de limitaciones y restricciones, pues el derecho a la libertad de expresión-información no solo está condicionado por su aspecto interno de no abuso o disfuncionalidad de su finalidad, veracidad y manifestaciones injuriosas, sino que también está condicionada por restricciones que provienen de derechos en su misma calidad y jerarquía. Sabemos la diferencia conceptual y sustancial de estas dos acepciones, y no pretendemos consustanciarnos con la ambigüedad o vaguedad jurídica, simplemente las tomaremos en conjunto sin realizar una clasificación casuística, a efectos de evitar introducirnos en un área de vasta extensión bibliografía y que escapa a nuestro objetivo. Para una mayor profundización sobre los límites (Begrenzungen) y las restricciones (Einschränkungen) véase VON MÜNCHN- KUNIG, PHILIP: *Grundgesetz-Kommentar*, Ch Beck, München, 2012.

²⁸³ Para una mayor profundización sobre los límites a la libertad de expresión ver CREMADES, JAVIER: *Los límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español*, La Ley, Las Rozas, 1995.

Cuando hablamos de restricciones, chocamos con la superposición o colisión de derechos de idéntica jerarquía y entidad. Esto nos lleva específicamente a la interpretación lógica y armónica de los mismos, que se exige a efectos de otorgarle vigencia al derecho, producto del relativismo y la tensa dinámica social. El derecho a la libertad de expresión y de información encuentra sus restricciones en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen conforme surgen de la lectura del art.18 y 20.4 de la CE. Ahora bien, estas restricciones no son infranqueables, pues su operatividad está determinada por un conjunto de elementos que encuadran un esquema de prioridades y prevalencia entre las conjunciones de estos derechos. En general, el derecho a la información ejercido en su esencia prevalece, salvo que se trate de otro derecho más cercano al núcleo esencial de la dignidad: el derecho a la vida y a la integridad física y moral, los derechos de la personalidad (privacidad, intimidad, propia imagen). En la mayor parte de los casos no se trata de que un derecho anule a otro, sino de graduar y moderar su ejercicio de modo que ambos sean compatibles.

Los límites y las restricciones resultan de vital importancia al momento de determinar el correcto ejercicio de estos derechos y por consiguiente la posible generación de un daño injusto. Pues la causa de justificación más importante y medular que pueden invocar los MMC, a efectos de desvirtuar el juicio de antijuridicidad, radica en el ejercicio legítimo y regular del derecho de informar. Esta varía y depende si nos referimos a la libertad de expresión o información, o si hablamos de honor, intimidad o propia imagen. La semántica de la ley viene en innumerables ocasiones a ser matizada.²⁸⁴ Esto se puede observar en la doctrina sentada por STS 197/1991 de 17 de octubre cuando establece “...*que en confrontación con la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor, aquella goza, en general, de una posición preferente...*” estando esta preferencia supeditada a la relevancia pública de los hechos, ya sea por el carácter de la persona o por los hechos mismos de cara a la sociedad.²⁸⁵ Reputamos la imposibilidad de crear una regla en contra de lo manifestado por la CE, fundando la misma en un parámetro de hecho, como

²⁸⁴ Las carencias de la ley vino a suplirlas el Tribunal Constitucional, con una doctrina tan rica que hoy en día no se entiende la LO 1/82 sin la correcta interpretación que de ella ha hecho el supremo, interpretando armónicamente la constitución. Recién en el año 1986 se dicta la primera sentencia que afecta sustancialmente al art. 18.1 de la CE. Pero el 17 de julio de 1986 se pronuncia la trascendental sentencia 104/1986, que viene a sentar una importantísima doctrina, inspirándose tanto en el Tribunal Supremo norteamericano como en el Tribunal Constitucional Alemán: honor, intimidad y propia imagen suponen unos derechos que deben ponerse en uno de los platillos de la balanza, para efectuar un *balancing* con las libertades de expresión o información. En esa «necesaria y casuística ponderación» habrá de tenerse en cuenta no solo el valor de los derechos fundamentales que ambos binomios poseen, sino también la consideración de “garantía institucional” de las libertades del art. 20.1 de la CE. No podemos dejar de valorar la labor que el Tribunal Constitucional ha desarrollado en la elaboración jurisprudencial de los tres derechos regulados, considerando débil el basamento que suministra la LO 1/82, y apoyándose directamente en el texto de la Norma Suprema.

²⁸⁵ DIEZ PICAZO, LUÍS Y GULLÓN, ANTONIO: *Sistema de derecho civil...*, cit., p. 365.

lo es el carácter público o noticiable de la información, sin tener en consideración el daño injusto sobre la persona (lo que a nuestro modo de entender debería ser la regla) y el carácter preferente del honor, a la intimidad y a la propia imagen y por consiguiente la dignidad de la persona, según lo establece la misma CE, no solo en su semánticamente, sino conforme a su estructura lógica.²⁸⁶

287

Como apuntamos precedentemente, la CE establece una referencia explícita a los límites (restricciones) en el art. 20.4, relativa al honor, la intimidad y la propia imagen.²⁸⁸ El elemento limitador del art. 20 CE, define al derecho y al desarrollo de su ejercicio, lo que subordina los derechos en confrontación referenciados.²⁸⁹ Coincidiendo con GARCÍA HERRERA, la realidad semántica de la constitución es incuestionable, pero aun así no podemos olvidar la mutabilidad social del derecho, razón por la cual, constituye tarea necesaria reinterpretar armónicamente algunos términos de dicha carta magna.²⁹⁰ *En la misma línea creemos que más que primacía o jerarquía superior de algunos derechos fundamentales por sobre otros, se debería interpretar la misma de conformidad con el principio de integración sistémica del derecho, que absorbe e integra a todos los derechos fundamentales, pues solamente así, podríamos respetar la esencia en todo y trascendencia de estos derechos.*

En rasgos generales entendemos que, el principio *neminem non laedere*, debe primar como regla general respecto de estos derechos en la actualidad. Por ello, los límites y restricciones se asientan en la veracidad, el interés público, lo noticiable y la notoriedad respecto a la libertad de

²⁸⁶ Conforme surge de la interpretación del art. 10, 18, 20.4 y 53 de la CE.

²⁸⁷ MONTESQUIEU, (CHARLES LOUIS DE SECONDAT): *El Espíritu de las leyes*, edit. Alianza, Madrid, 2012, para éste las leyes de la naturaleza son las primeras en la existencia del hombre y dentro de ellas, la primera es la ley de la "Conservación del hombre"; obviamente se refiere al hombre primitivo, para quien solo el poder sobrevivir era su objetivo, pero este concepto ha evolucionado y hoy, cuando hacemos alusión a la conservación, importa tanto la física como la espiritual.

²⁸⁸ CARRILLO, MARC: *El derecho a no...*, cit., p. 66.

²⁸⁹ GARCÍA HERRERA, ÁNGEL MIGUEL, *op. cit.*, p. 166 y ss. Para este autor, la lectura semántica o de subordinación de este derecho a otros importa las siguientes conclusiones: a).- Avala la tesis de la libertad de expresión lálbil mientras no entre en conflicto con otros derechos fundamentales. El término "*respeto*" puede conducirnos a una funcionalización de este derecho en aras de la integridad del resto de los derechos y constituir un auténtico caballo de Troya que, por vía del desarrollo de los mismos, enmudezca uno los pilares básicos de la democracia, como es la plenitud de la expresión. ¿Qué significa respeto sino sumisión, reconocimiento de una autoridad superior, servicio implícito a lo que se reconoce como de mayor dignidad? Y con ello se abre otro interrogante: ¿Cómo conjugar el carácter amplio del párrafo con la indefinición limitativa del párrafo 4?- b).- Establecer como límite de la libertad de expresión, no solo los derechos reconocidos en el título I, sino también las leyes que lo desarrollan, encierra el riesgo de la desconstitucionalización de la definición de dicha libertad.- c).- La presencia de esta cláusula únicamente en la libertad de expresión, conduce a subordinarla a todos los derechos, a establecer un proceso de definición negativa del cual emergería la libertad de expresión, como posibilidad para el sujeto en el espacio consentido por los otros derechos constitucionales y sus desarrollos.

²⁹⁰ *Ibidem*. Para el autor el problema consiste en determinar actualmente el alcance de la expresión "...*respeto reconocido en este título y precepto de las leyes que lo desarrollan*".

información; y en las expresiones vejatorias o insultantes (libertad de expresión) respecto al honor.²⁹¹

Por otro lado, los límites están condicionados por sí mismos, por su propia naturaleza funcional, que determina su legítimo ejercicio. En palabras de ADROGUÉ, quien expresa “la garantía ampara contra la censura previa, pero no importa inmunidad contra el abuso, que lesione el orden o la moral pública o los derechos de terceros”.²⁹² Con respecto a la intimidad, generalmente, el derecho a la información o expresión, lesiona el derecho a la intimidad en todos aquellos casos en que pone en conocimiento público hechos o circunstancias de la vida privada que se ha querido mantener reservado o abstraído del ojo público.

Los límites constituyen una defensa al ejercicio abusivo del derecho.²⁹³ Así, encontramos que la libertad de expresión que contiene la libre manifestación de ideas, pensamientos y opiniones está contenida o limitada por la prescindencia de expresiones ofensivas o vejatorias. Así en STS de 16 de enero de 1991²⁹⁴ se declara que: *la libertad de expresión solo contiene una limitación que es la ausencia de expresiones injuriosas o vejatorias, sin relación con las ideas u opiniones que se expresan y que resultan innecesarias para la exposición de las mismas*. Manifiesto este, al que no adherimos en su totalidad, pues consideramos que la limitación de manera lisa y llana se encuentra en la manifestación de expresiones injuriosas, ofensivas o vejatorias, aunque estas “*tengan o no tengan una entramada relación*” con las ideas u opiniones que se expresan; pues el límite y la acción antijurídica radica en el solo hecho de realizar manifestaciones agraviantes o improprios, aunque los mismos estén en íntima relación con lo expresado. Por ello consideramos sumamente peligroso el término “*sin relación*”, expresado por el TS, pues podría ser interpretado como una válvula de escape para todos aquellos que, dentro de sus expresiones, incluyeran agravios estrechamente entramados en el nudo de la idea expuesta. Sostenemos que la técnica comunicativa y la forma de expresión de la información son de vital importancia para la determinación de su legitimidad.

²⁹¹ La incesante ansia del ser humano por conocer el todo ha llevado en la actualidad a desvirtuar el sentido y alcance de la libertad de prensa, que en un principio constituía el ligamen entre el estado y la sociedad, llegando en la actualidad constituir el escenario público de vidas privadas, donde se asiste como en la antigüedad, a ejecuciones públicas donde no existe ningún tipo de límites sobre la persona ajena.

²⁹² ADROGUÉ, CARLOS A: “Sobre la libertad de expresión” en *Anales de la Academia*, año III 2ª núm. 10, p. 24.

²⁹³ Establecido por el art. 7 de CCE.

²⁹⁴ RAJ, núm. 298.

La Constitución Española presupone que las libertades de comunicación constituyen un campo abonado al conflicto, como demuestra el propio art. 20 CE, en su apartado 4º, cuando establece: “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, y a la protección de la juventud y de la infancia”. Estos límites son más amplios de lo que literalmente se expresa,²⁹⁵ pero no implican una mayor intensidad en las restricciones, sino que detallan aquellos bienes jurídicos con los que la confrontación resulta más frecuente.²⁹⁶ Así la STC 181/1990, señala: “... *los derechos fundamentales, y los del artículo 20 C.E. entre ellos, no son derechos absolutos e ilimitados: por el contrario, su ejercicio está sujeto tanto a límites expresos constitucionalmente como a otros que puedan fijarse para proteger o preservar otros derechos o bienes constitucionalmente protegidos*”.²⁹⁷

No hay una clasificación axiológica de los derechos y libertades fundamentales, por tanto no hay ninguno que en abstracto prevalezca sobre los demás, todos tienen límites y restricciones. Las restricciones a los derechos fundamentales surgen, preferentemente, de la necesidad de que un mismo derecho sea disfrutado simultáneamente por una pluralidad de individuos. El enfrentamiento entre estos últimos, no puede resolverse afirmando la prevalencia en abstracto de uno de ellos, sino acudiendo a la regla de la ponderación o de la concordancia práctica.²⁹⁸ Esto significa que hay que atender a las circunstancias, aspectos jurídicos y prácticos, y decidir en una situación particular cuál de los dos derechos prevalece. El dominante se impone sobre el otro, pero ambos se limitan recíprocamente; el derecho debilitado debe mantener buena parte de su contenido.

²⁹⁵ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Libertad de prensa y proceso de difamación*, Ariel, Barcelona, 1988. pp. 151-152; en el mismo sentido *vid.* DE CASADEVANTE ROMANI, CARLOS FERNÁNDEZ: *La aplicación del Convenio Europeo de Derechos Humanos en España*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 55.

²⁹⁶ FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, ALFONSO, *op. cit.*, pp. 501-525.

²⁹⁷ La primera sentencia no incluye como límite a los bienes, sino sólo a los derechos (STC 5/1981, fj. 7º, de 13 de febrero.). La STC 2/82, fj. 5º, de 29 de enero, señala, por primera vez, que otros bienes constitucionalmente protegidos limitan a la libertad de comunicación. Se trata de una doctrina consolidada: SSTC 11/1981, fj. 7º, de 8 de abril; 91/1983, fj. 3º, de 7 de noviembre; 110/1984, fj. 5º, de 26 de noviembre; 159/1986, fj. 5º, de 12 de diciembre; 120/1990, fj. 8º, de 27 de junio; 181/1990, de 15 de noviembre, entre otras.

²⁹⁸ STC 168/86, fj. 3º, de 22 de diciembre: “...*el conflicto entre ambos derechos fundamentales no puede resolverse otorgando prevalencia al proclamado en el artículo 18.1 de la Constitución, sino que se impone siempre una ponderación entre uno y otro, sin olvidar que en esa ponderación el derecho de información, junto con el de libre expresión, garantiza la existencia de una opinión pública libre*”. Posteriormente SSTC 156/1986, fj. 3º, de 9 de diciembre; 199/1987, fj. 12º, de 16 de diciembre; 121/1989, fj. 2º de 3 de julio; 143/1991, fj. 2º de 1 de julio; 15/1993, fj. 1º de 18 de enero; 78/1995, fj. 2º, de 22 de mayo; 204/1997, fj. 2º, de 25 de noviembre.

La jurisprudencia constitucional nos ha ido dando reglas de esta ponderación, sobre todo en la STC 120/1990, donde se sintetizan los principios de carácter general que debe cumplir cualquier limitación que se imponga a un derecho fundamental: En este sentido no se puede obstruir un derecho más allá de lo razonable. Hay que asegurar que las medidas limitadoras son necesarias para conseguir el fin perseguido. Debe existir proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se encuentra aquel a quien se le impone. Por último, en cualquier caso tiene que respetarse el contenido esencial. Dicho en palabras del TC: “Las limitaciones que se establezcan a los derechos fundamentales no pueden obstruir el derecho más allá de lo razonable”,²⁹⁹ de modo que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas limitadoras sean necesarias para conseguir el fin perseguido³⁰⁰ y han de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en que se halla aquél a quien se le impone ³⁰¹ y, en todo caso, respetar su contenido esencial ³⁰² si tal derecho aún puede ejercerse”.

Respecto de la libertad de comunicación ha surgido la contradicción entre dos grandes bloques de sentencias constitucionales a propósito de la titularidad del derecho a la libertad de comunicación. Por un lado, se puede interpretar que cuando una comunicación se emite por la prensa se presupone que versa sobre hechos noticiables, relevantes para formar una opinión pública libre, y, por tanto, se dota a los apartados a) y d) del art. 20.1 CE de su máxima intensidad a la hora de realizar una concordancia práctica con otros derechos. En efecto, aunque la STC 6/1981, fj. 4º pronto atribuyó la titularidad del derecho a la libre comunicación a todas las personas, extremo confirmado por la STC 74/1982, fj. 3º, las siguientes sentencias sembraron numerosas dudas. Un nutrido bloque parece reservar la libertad a la prensa, como pone de manifiesto la STC 105/1983, fj. 11º, con su referencia a hechos noticiables, que sean necesarios para facilitar la participación real de los ciudadanos, y considerar como sujetos a la colectividad y a los periodistas. La STC 168/1986, fj. 2º, restringe el objeto a los medios de comunicación, entendidos como prensa escrita, radio y televisión. La STC 165/1987, fj. 10º, pese a afirmar con claridad que esta libertad no se limita a los profesionales, sino que de ella disfrutaban todos, añade que el carácter preferente de esta libertad es predicable sólo de los medios de comunicación social y, por tanto, se le niega a

²⁹⁹ STC 53/86.

³⁰⁰ STC 62/82, fj. 5º; 13/85, fj. 2º.

³⁰¹ STC 37/89, fj. 7º.

³⁰² STC 11/81, fj. 10º; 196/87, fj. 4º y 6º y 197/87, fj. 11º.

una hoja informativa de una asociación. Por el contrario, otras sentencias, por los supuestos que analizan, parecen dejar delimitado el objeto y otorgan la titularidad a todas las personas.³⁰³

Estas dos líneas doctrinales contradictorias pueden armonizarse si se piensa en lo que en realidad quiere decir el Tribunal. La STC 105/1990, alineada con la primera posición doctrinal, permite obtener pautas para aclarar la cuestión cuando niega que la protección constitucional se limite a la prensa, pero afirma que ésta tiene una mayor garantía cuando se ejercita este derecho: *“La protección constitucional de los derechos que trata alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa; entendida en su acepción más amplia. Los cauces por los que se difunde la información aparecen así relevantes para determinar su protección constitucional”*. Finalmente la STC 132/1995, fj. 4º, completa las pautas para lograr la armonización aquí pretendida, pues de su lectura, se interpreta que cuando se exige que el objeto verse sobre hechos noticiables, el sentido del término es que haya trascendencia para la formación de la opinión pública libre, a efectos de dotar al apartado d) de su máxima intensidad y convertirlo así en prevalente para realizar la concordancia práctica con el derecho al honor — éste era el objeto de la sentencia, pero nada impide extender la regla a los conflictos con otros bienes constitucionales—. Frente a lo afirmado literalmente por numerosas sentencias, la libertad de información no se limita a los periodistas, a los medios de comunicación —en concreto, prensa escrita, radio y televisión— ni a mensajes que contengan hechos noticiables; ni siquiera en estos casos se fortalece la protección constitucional del 20.1 d). Todas las comunicaciones veraces tienen la misma protección constitucional, el objeto del derecho es indeterminado; otra cosa serán los límites, tal y como ya se ha señalado en anteriores apartados.³⁰⁴

1.8 SUJETOS PASIVOS. TITULARIDAD

³⁰³ Así, la STC 126/1990, fj. 3º, 4º y 5º, reconoce que informar en una asamblea de trabajadores de que un representante de los mismos va a pedirse un permiso durante una huelga es una comunicación amparable por la libertad de información, veraz y con relevancia pública para los demás trabajadores. La STC 197/1988 afirma que las declaraciones como testigo en un proceso están amparadas por la libertad de información: *“El bien jurídico tutelado por este derecho constitucional no desaparece por el mero hecho de que la comunicación se produzca ante el Juez y en el contexto de un proceso o actuación judicial”* (fj. 3º).

³⁰⁴ La STC 107/1988, fj. 2º, de 8 de julio construye una línea jurisprudencial reflejada en el texto y consolidada por las sentencias posteriores: STC 51/1989, fj. 2º, de 22 de febrero; 105/1990, fj. 4º, de 6 de junio; 171/1990, fj. 5º y 10º, de 12 de noviembre; 172/1990, fj. 2º, 3º y 4º (donde en referencia al sujeto no público diferencia entre la información necesaria para formar opinión pública amparada constitucionalmente y la que no tiene este carácter y constituye por tanto una vulneración a su intimidad), de 12 de noviembre; 232/1992, fj. 4º, de 12 de julio; 15/1993, fj. 2º, de 18 de enero; 132/1995, fj. 4º, de 11 de septiembre.

Toda persona de existencia visible es titular del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, en cualquiera de sus manifestaciones. En vida, el titular es el único legitimado para la tutela de los derechos de la personalidad lesionados, salvo los menores de edad y los incapaces, quienes también gozan de este derecho, pero es ejercitado a través de sus representantes.³⁰⁵ Asimismo, cabe aclarar que cuando nos referimos al sujeto activo será el MMC, informador, periodista, etc.; mientras que el sujeto pasivo, lo será quien es víctima de la intromisión ilegítima, y considerando nuestro objeto de estudio dicho calificativo le cabe a la persona física con capacidad jurídica plena.

Nuestra legislación no se ha apartado mucho de lo proferido por otros ordenamientos.³⁰⁶ En nuestra legislación, las personas fallecidas por carecer de personalidad jurídica, carecen en un sentido estricto de titularidad para ser sujetos pasivos de daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Pero ello no quita que las ofensas proferidas a la memoria de éstos, puedan provocar una lesión al honor a personas ligadas a éste por un vínculo familiar y afectivo, ya que se pierde la titularidad con la muerte, pero no el ejercicio. Ahora bien para su ejercicio habrá que distinguir entre las intromisiones producidas en tiempo anterior al fallecimiento del titular y las que se produjeron con posteridad a su fallecimiento.³⁰⁷

Más allá de la amplitud de la temática, en nuestro objeto de estudio solo nos referiremos a las persona físicas vivas con capacidad jurídica plena y no a los distintos supuestos de titularidad o de legitimación como lo son los menores, incapaces, nasciturus, las personas privadas de su libertad o detenidas y las personas jurídicas, considerando que el análisis de las distintas casuísticas respecto a la totalidad de titulares o sujetos activos escapa a nuestro objeto de estudio; pues solo pretendemos centrarnos en los factores de imputación aplicable por los daños al honor, la intimidad y la propia imagen producidos por la actividad que realizan los MMC, referidos a las personas físicas vivas con capacidad jurídica plena.

³⁰⁵ Cfr. LO 1/82.

³⁰⁶ En España se sigue la misma tónica de otros países que protegen los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen. En Alemania, como expresa LARENZ, KARL: *Derecho Civil parte Gral.*, traducción al español de Miguel Izquierdo y Macías Picavea, Edersa, Madrid, 1978, p. 163, expresa: “Los valores de la personalidad dignos de protección perduran más allá de la capacidad jurídica de la persona, por lo que el respeto a la memoria del fallecido obliga a abstenerse de manifestaciones que la rebajen o desfiguren. Ciertamente habrá que admitir que el derecho de la personalidad se extingue con la muerte del titular; no obstante ciertos familiares próximos están facultados en cuanto fiduciarios para defender por propio derecho los intereses perdurables del fallecido”. En Francia KAYSER, PIERRE: “La protección de la vie privée”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1971, pp. 78 y 120.

³⁰⁷ Los artículos 4, 5 y 6 regulan el derecho al honor de las personas ya fallecidas. El ejercicio de este derecho corresponderá a la persona que el fallecido haya designado en su testamento y en su defecto a los parientes más directos (cónyuge, ascendientes, descendientes, hermanos, etc...). A falta de todos ellos, el ejercicio de estas acciones corresponderá al Ministerio Fiscal, siempre que aún no hayan transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento.

Dentro de los denominamos sujetos pasivos, pasibles de intromisiones ilegítimas objeto de nuestro estudio podemos distinguir:

A.- Las personas públicas: Que por su propia entidad tienen relación con lo que comúnmente se conoce como cosa pública. (Políticos, funcionarios, etc.)

B.- Las personas de notoriedad pública: Personas privadas que concentra el interés general de forma temporal.

C.- Las personas privadas: Quienes por su actividad, conducta y forma de vida carecen de exposición pública.

Esta clasificación resulta importante a efectos de individualizar al sujeto pasivo, la determinación del daño y la responsabilidad.

1.8.1 LAS PERSONAS PÚBLICAS

La concesión de un status especial para las personas públicas en la libertad de expresión e información no es más que una consecuencia de la ampliación del concepto de “hechos de carácter noticiable”: Una persona de relevancia pública, por ocupar una posición especial de poder en el ámbito político o por ser un servidor de la cosa pública, es más noticiable porque gestiona asuntos que afectan a los ciudadanos, por lo que su comportamiento ha de ser más transparente que el de una persona privada, y por eso sus derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) están menos protegidos, pero no desprotegidos.

Cuando el protagonista de la noticia es una persona pública, la protección de la libertad de expresión o de información es más amplia, aunque no ilimitada y la correlativa protección de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen de dicha persona pública es la más débil de todas.³⁰⁸ En consecuencia, las personas públicas, atento su propia entidad y por el hecho de aceptar una función de carácter público o de trascendencia pública, tienen un marco de protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen más débil que aquellos que no tienen tal carácter. Por ello,

³⁰⁸ Sentencia del TEDH de 8 de julio de 1986, caso Lingens, citada en la STC 76/95, donde expresa: “*Esto es predicable con toda su intensidad en el caso de quienes ocupan cargos públicos, cualquiera que fuere la institución a la cual sirvan, como consecuencia de la función que cumplen las libertades de expresión y de información en un sistema democrático. Sus titulares han de soportar las críticas o las revelaciones aunque ‘duelan, choquen o inquieten’.*”

quienes ejercen una actividad pública, deben tolerar bajo cierto riesgo una cesión o una disminución de protección tácita de sus derechos de la personalidad. Ahora bien, todo derecho está sujeto a limitaciones.³⁰⁹ Una cosa es la crítica, otra la difamación. Nadie está obligado a soportar que le sean endilgados hechos deshonrosos que no ha cometido, o que sean difundidos aspectos de su vida privada carentes totalmente de interés público y que pueden afectar a su reputación, a su buen nombre o a su relación personal con otras personas.³¹⁰

Dentro del concepto de personas públicas, podemos hacer también distinciones según el grado o relevancia que éste tenga para la sociedad. En cada caso deberá determinarse la intensidad del grado de protección de los derechos en conflictos respecto de las personas que ostenten dicha condición.

1.8.2 LAS PERSONAS CON NOTORIEDAD PÚBLICA

También son personas públicas las que se dedican a actividades que tienen por sí mismas o persiguen voluntariamente notoriedad pública (permanentes o temporales) aunque se desenvuelven en el campo del sector privado. Éstas son personas que por su profesión, por su actitud ante determinados acontecimientos o simplemente por vanidad personal, han adquirido proyección pública y su actuación participa del interés general o son referentes (en mayor o menor grado) en determinadas colectividades.³¹¹

Quienes de manera habitual persigan la notoriedad pública y no reserven determinados aspectos de su vida privada a su exclusivo ámbito personal, crean por su libre voluntad, por aplicación de la teoría de la admisibilidad, un interés público con respecto a sus actos, e incluso su persona pasa a concentrar la atención general, por lo que no pueden pretender que ellos, y sólo

³⁰⁹ La libertad de expresión encuentra sus límites en las expresiones agraviantes o vejatorias, mientras que la libertad de información tiene su límite en la veracidad.

³¹⁰ Vid. STC 190/92, donde expresa: “... los límites de la crítica admisible son más amplios cuando se dirige contra el Gobierno que cuando recae sobre un particular, incluso si se trata de un político, explícitamente se reconoce que ello no impide que las autoridades estatales competentes puedan adoptar medidas, incluso penales, dirigidas a reaccionar de modo adecuado y no excesivo frente a imputaciones difamatorias desprovistas de fundamento o formuladas de mala fe”.

³¹¹ La STC 76/95 expresa: “El otro factor para detectar la relevancia pública del conjunto tiene como soporte uno de los elementos de la noticia o de la opinión, su protagonista, la persona de quien se habla y sobre quien se escribe, perfilando hasta qué grado haya dado a su propia persona con carácter habitual y permanente una proyección pública, que puede venirle dada por la condición intrínseca del puesto que ocupa en la estructura social y el papel que representa en este gran teatro del mundo, o puede ser sobrevenida, circunstancialmente, por razón de acaecimientos ajenos a su voluntad y, en cierto modo, a la de los demás. Unos y otros, quienes voluntariamente se dedican a profesiones o actividades con una inherente notoriedad pública y actúan en el escenario, real o metafóricamente, bajo la potente y cegadora luz de la publicidad constante, es claro que han de aceptar, como contrapartida las opiniones, aun adversas, y las revelaciones de circunstancias de su profesión e incluso personales”.

ellos, controlen la información que de su conducta puede derivarse; y en consecuencia deberán soportar también las críticas o el conocimiento de aspectos de su vida. Esta consideración es atribuida a los que realizan una actividad que tiene precisamente por finalidad adquirir notoriedad social, a veces por afán de protagonismo o vanidad personal, pero más habitualmente para obtener una fama que les es imprescindible para ejercer su profesión. Es el caso de los artistas, que necesitan de la *fama* para prosperar en su actividad.³¹² No obstante no todas las personas de notoriedad pública están protegidas, en el mismo grado frente a la libertad de expresión y de información, puesto que la da, como señala repetidamente el TC, ***“el grado de proyección pública que el personaje haya dado, de manera regular, a su propia persona”***. El grado de proyección que cada uno da a su persona en relación con el conocimiento de la audiencia de los MMC es distinto. Es más, dentro de un mismo género de actividad social o artística, es la voluntad de cada uno lo que hace que se conozcan con mayor o menor detalle aspectos de su vida privada. Será esa forma de mostrarse al público, de promocionarse ante la mirada de la sociedad, la que determinará el grado de protección de los derechos de la personalidad.³¹³

Ello se funda específicamente en lo establecido por el art. 2.1 de la LO 1/82 que expresa *“La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia”*. En esta línea, lo que es causa de la curiosidad pública, en principio, no está protegido por el derecho de información, porque una cosa es el morbo o la indiscreción de algunas personas y otro ser objeto del interés general.³¹⁴

³¹² Vid. STC 117/94, que expone: *“Los artistas profesionales del espectáculo (o quienes pretenden llegar a serlo), que ostentan el derecho a su imagen como cualquier otra persona salvo las limitaciones derivadas de la publicidad de sus actuaciones o su propia notoriedad, consienten con frecuencia la captación o reproducción de su imagen, incluso con afección a su intimidad, para que pueda ser objeto de explotación comercial.”*

³¹³ Vid. STC 172/90, que expone: *“El criterio a utilizar, en la comprobación de esa relevancia pública o privada de la información, varía según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública, aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto a que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que tendrían que ser referidos a personajes públicos”*.

³¹⁴ El artista que promociona su obra y aparece durante unas semanas en prensa, radio y televisión, pero se limita a contar las experiencias de su creación o su interpretación, adquiere notoriedad pública con respecto a su obra artística, pero no desvela su intimidad familiar, el gusto por sus aficiones, su vida sentimental o sus orígenes étnicos. No será lícito, en consecuencia, entrar en estos ámbitos restringidos de privacidad que el cantante, el actor o el escritor no ha desvelado. En cambio, otro artista del mismo género que adquiera notoriedad, no solamente por su obra artística, sino por promocionarse habitualmente, con o sin ánimo de lucro, en la prensa rosa, tendrá su privacidad mucho menos

1.8.3 LAS PERSONAS SIN NOTORIEDAD PÚBLICA

Cuando la conducta de las personas privadas no está relacionada con temas públicos, no tiene interés para la opinión pública y merece una completa e íntegra protección constitucional frente al ejercicio de las libertades de expresión e información que puedan lesionar los derechos de la personalidad.

Aquí no juega el concepto de veracidad: por más exacto que sea el hecho narrado, por más contrastada que sea la información sobre la participación del particular en el suceso, no puede acudir al elemento de la veracidad para justificar la información, porque ésta no se halla protegida, dado el nulo interés para la opinión pública, y el derecho que cada uno tiene para preservar su privacidad.³¹⁵ No obstante, puede ocurrir que personas privadas, sin ningún ánimo de constituirse en noticia, se vean involucradas puntualmente en un acontecimiento que revista interés público. Por lo general, cuando las personas privadas no han buscado la publicidad de su actuación, pero incidentalmente se han visto implicadas en un hecho de trascendencia pública, tienen derecho a preservar su honor, su intimidad o imagen aunque si deberán aceptar que se informe exclusivamente sobre el hecho noticiable.³¹⁶

El periodista deberá discernir, en cada caso, sobre la necesidad de dar a conocer o no el nombre o determinadas circunstancias que hagan reconocible al particular, cuando difunda la noticia. Si la identificación de la persona es necesaria para que la noticia sea bien comprendida por la opinión pública, entonces priva la información, que es un bien colectivo, sobre el interés particular. En cambio, si puede comunicarse el hecho con todas las vicisitudes que interesan a la opinión pública, obviando, por no ser necesario para su comprensión, la identificación del

protegida y deberá soportar que la prensa escrita o la programación audiovisual informe, critique o ensalce aspectos de su vida íntima o social que estén relacionados con el tipo de personalidad que el artista voluntariamente haya desvelado y sometido a la curiosidad pública y que, por ello, ha pasado a ser tema de debate o de interés general.

³¹⁵ Vid. STC 107/88, que expone: “La eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamientos públicos son innecesarios, por tanto, para la formación de la opinión pública libre en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente.”

³¹⁶ Vid. STC 172/1990, que expone: “Tal consideración es mucho más notoria y de mayor gravedad respecto de la afirmación de que dicho piloto, hombre casado y con hijos, vivía con otra mujer, una azafata de Iberia, que se encuentra embarazada de siete meses’, puesto que tal afirmación, que de ser cierta podría quizá, en determinadas circunstancias, venir amparada en el derecho de información si se refiriese a un personaje público, no puede en modo alguno encontrar justificación en el caso aquí debatido, pues se trata de una persona privada, cuya participación en un hecho de interés general ocurrido en el ejercicio de su profesión puede autorizar al informador a someter a crítica su personalidad como gestor del servicio público de transporte aéreo, pero no a entregar a la curiosidad de la opinión pública aspectos reservados de su vida privada más íntima, que en absoluto tienen la más mínima conexión con el hecho de la información.”

particular que se ha visto involucrado en el hecho noticiable, entonces el periodista no está legitimado a dar a conocer elementos que no conducen a aportar mayor individualidad a lo sucedido cuando la noticia pueda producir al particular algún daño.³¹⁷

1.9 SUJETOS ACTIVOS. PROFESIONALES DE LA INFORMACIÓN Y MMC

No podemos dejar de analizar la figura de los sujetos activos de la información la que se desarrolla mayormente a través de los profesionales de la información y los medios masivos de comunicación.

Hace mucho que los medios de comunicación dejaron de ser intermediarios para convertirse en protagonistas del escenario social. En la actualidad las opiniones de los comunicadores suelen ser un punto de referencia para que la ciudadanía forme sus propias ideas acerca del acontecer diario. Ante esto, la tarea del comunicador es especialmente delicada. La democracia participativa a la que se dice que aspiramos, requiere de una ciudadanía con criterio, y el criterio no se manipula, se forma de manera individual. Los medios de comunicación, en la actualidad están organizados en megaempresas; se integran en organizaciones con diversidad de actividades económicas. Sin embargo, los medios tienen una característica peculiar: su esencia va más allá de la transmisión de datos, reside en la expresión de ideas las que de manera más o menos libre se comparten a través del espacio público.

En este aspecto, los receptores nunca llegamos a tener la visión completa y directa sobre los acontecimientos que tiene quien es testigo presencial de una situación. En correspondencia, los emisores de noticias tienen que lidiar con las limitaciones que el medio impone para compartir la información. Sin embargo, el impacto de la información mediática sobre los sentidos de los receptores es tal que tendemos a tomar la información limitada y acotada por el medio como una “verdad” y no como el ángulo de una mirada, razón por la cual los criterios de responsabilidad en el desarrollo de la actividad deben ser superiores, a mayor especialización y profesionalismo mayor responsabilidad. Más allá de los avances en materia de derecho de daños que ha experimentado el mundo del derecho, parece que este espacio ha permanecido anestesiado,

³¹⁷ Vid. STC 105/90 y 171/90, que expresa: “Ello ocurre especialmente [...] en relación con personas privadas involucradas en un suceso de relevancia pública, se comuniquen hechos que afecten a su honor o su intimidad que sean manifiestamente innecesarios e irrelevantes para el interés público de la información. En tales casos cabe estimar que quien dispone del medio de comunicación lo utiliza no con una función informativa en sentido propio, amparada por la posición preferente, sino con una finalidad difamatoria o vejatoria ‘en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información’”.

delegando en muchos casos los criterios de responsabilidad sobre códigos deontológicos y no sobre criterios jurídicos.

Las libertades de expresión y de información son derechos fundamentales y, en consecuencia, son derechos cuyo ejercicio corresponde por igual para todos los ciudadanos, sean o no profesionales de la información. El periodista o el MMC no tiene ninguna posición de privilegio con respecto a los demás ciudadanos. Los derechos fundamentales son comunes a todos y están garantizados por el principio de igualdad que proclama nuestra constitución.³¹⁸ Asimismo son derechos subjetivos de libertad que tienen su fundamento en la formación de la opinión pública. Entendemos como opinión pública un conjunto de visiones de la realidad cuya diversidad es consubstancial con la pluralidad social. Todos los ciudadanos tienen derecho a participar en la conformación de la opinión pública, sin perjuicio de que tengan un mayor o menor acceso a los medios de comunicación a causa de su posición en la sociedad o su profesión.³¹⁹

La actividad periodística está protegida constitucionalmente a través de:

- El derecho a la cláusula de conciencia o del secreto profesional [art. 20.1.d) CE],
- La prohibición de censura previa (art. 20.2 CE) y
- La prohibición del secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, excepto por resolución judicial (art. 20.5 CE).

Lo que da a los periodistas su estatus especial es la responsabilidad que tienen como instrumentos conformadores de la opinión pública. En consecuencia, los periodistas tienen un estatus especial en todas las circunstancias. Si bien la jurisprudencia constitucional ha reconocido como titulares de la libertad de información tanto a los medios de comunicación, a los periodistas, como a cualquier otra persona que facilite la noticia veraz de un hecho y a la colectividad en cuanto

³¹⁸ Vid. STC 6/81, que expresa: “Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información, los ejercen con mayor frecuencia que el resto de los ciudadanos, pero no deriva de ello ningún privilegio [...]”.

³¹⁹ Vid. STC 6/81, que expresa: “El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión [...] es derecho del que gozan también, sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social.”

receptora de aquélla,³²⁰ ha declarado igualmente que la protección constitucional del derecho alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información. Afirmación con la que en modo alguno se quiso decir que los profesionales de la información tuvieran un derecho fundamental reforzado respecto a los demás ciudadanos; sino sólo que, al hallarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisaban, y gozaban de protección específica. Protección que enlaza directamente con el reconocimiento a aquellos profesionales del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional para asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información.”³²¹

³²⁰ *Vid.* SSTC 6/1981, 105/1983, 165/1987, 6/1988, 176/1995, 4/1996.

³²¹ *Vid.* STC 6/1981.

CAPÍTULO II

LA COLISIÓN DEL HONOR, INTIMIDAD Y PROPIA IMAGEN CON LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

SUMARIO: 2.1 ANÁLISIS ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (ART. 18 Y 20 CE). 2.1.1 INTROITO. 2.1.2 ESTRUCTURA E INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES OBJETO DE ANÁLISIS. 2.1.2.1 PRINCIPIOS Y REGLAS. 2.1.2.2 COLISIÓN DE PRINCIPIOS Y CONFLICTOS DE REGLAS. 2.1.2.3 NUESTRO CRITERIO. 2.1.2.4 RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS EN ESPAÑA. 2.2 LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONFLICTO. 2.3 EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2.4 CLÁUSULAS EXPLÍCITAS DE LIMITACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. 2.5 DERECHOS CONSTITUCIONALES DE IGUAL RANGO, PERO CON INTERESES TELEOLÓGICOS SUBYACENTES. CRITERIO DE PONDERACIÓN. 2.6 SITUACIONES ESPECÍFICAS DE COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. 2.7 SITUACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y CIVIL ARGENTINO.

2.1 ANÁLISIS ESTRUCTURAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES (ART. 18 Y 20 CE)

2.1.1 INTROITO.

ROBERT ALEXY,³²² en su tesis central, respecto a las normas de derecho fundamental,³²³ expresa que estas además del concebido carácter de regla pueden tener el carácter de principio. Por tal motivo estas normas deben entenderse como mandatos de optimización direccionados a que el objeto protegido por el derecho fundamental sea moldeado en su realización y protección de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas.³²⁴

El desarrollo de este aspecto del tema resulta esencial para dar entidad y base a lo sostenido por nuestra tesis, por lo que sin ánimo de exhaustividad en el desarrollo constitucional, es ineludible avanzar sobre este ámbito del derecho.

2.1.2 ESTRUCTURA E INTEGRACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES OBJETO DE ANÁLISIS

2.1.2.1 PRINCIPIOS Y REGLAS

Consideramos primordial como elemento base de nuestra hipótesis de desarrollo, adentrarnos en la estructura de los derechos fundamentales, atento a que tal desarrollo nos proporcionará elementos fundamentales para entender la entidad de los arts. 18 y 20 de la CE, los límites, restricciones y los criterios para dirimir las colisiones.

La distinción conceptual entre reglas y principios fue acuñada primeramente por RONALD DWORKIN³²⁵ y desarrollada luego por ROBERT ALEXY. Esta distinción es considerada acertadamente como *“una clave para la solución de problemas medulares de la dogmática de los*

³²² Vid. ALEXY, ROBERT: *op. cit.* La naturaleza central de la tesis formulada por el autor y la innovación que representa en ella la definición de principios como mandatos de optimización ha sido captada por la doctrina como: “Teoría de los principios”.

³²³ *Ibidem*, pp. 31 a 62 para profundizar respecto del concepto de norma de derecho fundamental en la teoría del autor.

³²⁴ La definición de los principios como mandatos de optimización propuesta por ALEXY es seguramente una de las concepciones más influyentes en la discusión actual sobre reglas y principios. La definición de los principios como mandatos de optimización, sin embargo, suscita diversos problemas. Ante todo, hay que señalar que los mandatos de optimización no son susceptibles de ponderación. Al depender de las posibilidades jurídicas y fácticas existentes, su contenido queda debilitado o atenuado, hasta tal punto que no puede producirse ninguna colisión con otros mandatos de optimización. De ahí que los mandatos de optimización siempre deben ser satisfechos por completo. Tienen el carácter de reglas de segundo nivel. Para dar cuenta de esto, ALEXY ha modificado su definición de los principios, y distingue ahora entre los mandatos de optimización, por un lado, y los principios como normas que deben optimizarse por otro.

³²⁵ DWORKIN, RONALD: *Taking riglus seriously*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1978. (traducción al español: R. DWORKIN: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, segunda edición, 1989).

derechos fundamentales”. Como lo señalan ATIENZA Y RUIZ MANERO,³²⁶ los “principios jurídicos” son viejos conocidos de los juristas, pues en efecto, antes de DWORKIN, esta cuestión no estuvo ausente en el pensamiento jurídico.³²⁷

AARNIO³²⁸ sostiene que las opiniones sobre la distinción estructural entre reglas y principios, pueden ser divididas a grandes rasgos en dos tesis principales: La tesis fuerte y la débil de la separación. Según la primera, la diferencia entre reglas y principios no se refiere, por ejemplo, al grado de generalidad, sino que es más bien cualitativa, esto es, por su estructura, reglas y principios pertenecen a categorías diferentes, pues son estructuralmente distintas. Por otro lado, la tesis débil de la separación sostiene que las reglas y principios guardan entre sí una relación de parecido de familia y existe entre ellas una diferencia de grado, no cualitativa y desempeñan un papel similar o análogo en el discurso jurídico. En este sentido, generalmente sostienen sus partidarios que los principios tienen una mayor generalidad que las reglas, pero por lo demás no hay especiales características para distinguirlos de ellas, sino tan sólo distintos modos de interpretarlos y aplicarlos.

DWORKIN es uno de los más destacados exponentes de la tesis fuerte de la separación y, como hemos visto, el principal promotor del debate respecto de la distinción entre reglas y principios.³²⁹ Para el autor tanto los principios como las reglas son normas, aunque con contenidos y efectos diferentes en su acción.³³⁰

³²⁶ ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, núm. 10, 1991, p. 101.

³²⁷ Así, por ejemplo, destacan las contribuciones de WALTER WINBURG en Austria, en la década de los cuarenta, y las de JOSEF ESSER en Alemania en los cincuenta –quien formuló ya una distinción entre principios y reglas–, junto con las de NORBERTO BOBBIO en Italia o las de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA en España.

³²⁸ AARNIO, AULIS: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da facultad de dereito da Universidade da Coruña*, núm. 4, 2000, p. 539.

³²⁹ Éste construye su teoría como un ataque frente al positivismo jurídico y, especialmente, a la versión de HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS: *The concept of law*, OUP, Oxford, 2012, a quien acusa de concebir el derecho como un sistema normativo compuesto exclusivamente por reglas, las cuales son identificadas como tales por la manera en que son adoptadas o desarrolladas (lo que DWORKIN denomina su *pedigree*). Sin embargo, según aquél, cuando los juristas razonan, no sólo utilizan reglas, sino también otro tipo distinto de normas como son los principios, algo que el positivismo parece haber olvidado. La crítica de DWORKIN es de gran relevancia, dado que ataca las dos tesis básicas del positivismo, a saber, la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral y la tesis de la discreción judicial. Conforme a la primera de estas tesis, la validez de una norma jurídica no depende de su bondad moral –ni de la bondad moral de una norma puede derivarse su validez jurídica–, sino de su conformidad con los criterios establecidos en lo que HART denomina la “regla de reconocimiento”. Sin embargo, para DWORKIN esta tesis no se sostiene, puesto que el ordenamiento jurídico está integrado también por principios, cuya pertenencia al mismo no es determinada por la manera en que son creados (esto es, por su *pedigree*), sino por la adecuación de su contenido a la moral. Ciertamente, para DWORKIN un principio es una norma que debe ser observada porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.

³³⁰ Así se puede hablar de normas principio y de normas regla. Por su parte, la tesis de la discrecionalidad judicial, según la cual cuando ninguna norma es aplicable a un caso en cuestión el juez es libre de ejercer su discreción para llegar a una solución, debe ser también rechazada a juicio de DWORKIN por dos razones. Primero porque supone una

En la línea argumental de ALEXY, entendemos que las normas de derecho fundamental están estructuradas en reglas y principios.³³¹ El autor señala que esta distinción es vital para la teoría de los derechos fundamentales, pues sin ella no puede existir una teoría satisfactoria de la colisión y tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico. Establece dos criterios de diferenciación, que se asemejan, hasta cierto punto, a los propuestos por DWORKIN. En este sentido, en palabras de ALEXY, el punto clave para la distinción entre principios y reglas, reside en que los primeros son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y pragmáticas posibles.³³² Por tanto, los principios son *mandatos de optimización*, que se caracterizan porque su cumplimiento puede darse en diferentes grados y la medida de su cumplimiento depende de las posibilidades reales y jurídicas.³³³ En cambio, las reglas son normas que solo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces debe hacerse lo que ella exige, ni más ni menos. En este sentido y considerando esta descripción conceptual, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico o jurídicamente posible. Esto significa que la diferencia entre reglas y principios es cualitativa y no de grado, por lo que debemos afirmar que toda norma es o bien un principio o una regla.

No obstante, como señala el propio ALEXY,³³⁴ el criterio de distinción más frecuentemente citado es el de la generalidad, en virtud del cual se considera a los principios como normas de un grado de generalidad relativamente alto y a las reglas como normas de un grado relativamente bajo. Ésta sería, como ya se ha señalado, la “tesis débil de la separación”, que, recordemos, defiende que entre las reglas y los principios existe sólo una distinción de grado y no una distinción

violación del principio de separación de poderes, ya que se le reconoce al poder judicial una capacidad de dictar normas que es exclusiva del poder legislativo; y, en segundo lugar, porque si esto fuera así, permitiría legislar *ex post facto*, ya que desde el momento en que se reconoce que el juez, en el ejercicio de su discrecionalidad, puede crear normas aplicables a un caso que no tiene una solución normativa por parte del sistema de fuentes, se está admitiendo la aplicación de una norma con carácter retroactivo, pues se trata de una norma que no existe en el momento en que se produjo el hecho (violándose, así el principio *nullum crimen sine lege praevia*).

³³¹ ALEXY, ROBERT, *op. cit.*, p. 63. Para el autor el desarrollo de la estructura de la norma de derecho fundamental representa la base de la teoría de los derechos iusfundamentales; constituye asimismo un elemento clave para la solución de los problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales.

³³² *Ibidem* p. 67.

³³³ El ámbito de las posibilidades jurídicas se determina por los principios y reglas opuestas. En la restricción de la realización de los principios por medio de reglas hay que distinguir dos casos: 1. La regla R que restringe en principio P vale estrictamente. Esto significa que tiene validez una regla de validez R, que dice que R precede a P, sin que importe cuán importante sea la satisfacción de P y cuán poco importante sea la satisfacción de R. 2. R no tiene validez estricta. Esto significa que es válido un principio de validez P que, bajo determinadas circunstancias, permite que P desplace o restrinja a R. Desde nuestra perspectiva sostenemos la existencia de la primera postura.

³³⁴ ALEXY, ROBERT: “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, núm. 5, 1988, p. 140.

estructural o lógica. Entre los partidarios de esta tesis, se destaca PRIETO SANCHÍS,³³⁵ quien escribe que “quienes sostienen que dentro del derecho existen dos clases de ingredientes sustancialmente distintos, las reglas y los principios, deben mostrar que hay alguna diferencia estructural y morfológica entre ambos, que es posible identificar algún rasgo que esté presente siempre que usamos la expresión “principios” y que nunca aparece cuando utilizamos la expresión “reglas”; caso contrario, reglas y principios no aludirían a dos clases de enunciados normativos, sino a dos tipos de estrategias interpretativas”.

PRIETO SANCHÍS rechaza la distinción entre reglas y principios cuando compara el modo de entrar en conflicto y para ello recurre al siguiente razonamiento: Imaginemos una norma N1, que reconoce la libertad de expresión e información, y la norma N2, que obliga a todos a guardar el debido respeto al honor, la intimidad y la propia imagen. Es obvio que tales normas pueden entrar en colisión. Pues bien, si aceptamos un criterio de precedencia que siempre otorgue prioridad a N1 o a N2, nos hallaremos ante un conflicto de reglas y dicho criterio equivaldrá, en realidad a una excepción: Rige N1, salvo que se dé N2, o rige N2 salvo que se dé N1. En cambio, si aceptamos que en ciertos casos prevalece N1 y que en otros lo hace N2, entonces nos encontramos ante una colisión de principios, que debe solucionarse mediante la ponderación a la vista de las condiciones concretas. Lo que nos lleva a concluir que lo que hace que una norma sea un principio o una regla no es su enunciado lingüístico, sino el modo de resolver sus eventuales conflictos. Por tanto si colisionando con una determinada norma cede siempre o triunfa siempre, es que estamos ante una regla; si colisionando con otra norma cede o triunfa según los casos, estamos ante un principio. Desde esta perspectiva, algunas normas que habitualmente se consideran principios pueden funcionar como reglas y viceversa. Así, un derecho fundamental puede operar como regla en tanto no entra en colisión con otro derecho fundamental, en cuyo caso se transforman ambos en principios; a su vez un principio se transforma en regla cuando su hipotética colisión haya de saldarse con su pérdida de validez, lo que ocurriría, por ejemplo, si en el ordenamiento quisiera dar entrada al principio de discriminación racial, manteniendo la vigencia del actual art. 14 CE.³³⁶ Asimismo, paradójicamente un principio se convertiría en regla si fuese reconocido como absoluto, es decir, si se estableciese que triunfa siempre en caso de conflicto. Por último, un principio dejaría de funcionar como tal si se prevé con carácter general y estricto su

³³⁵ PRIETO SANCHÍS, LUIS: “Ley, principios, derechos”, *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, núm. 7, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 47 a 63.

³³⁶ Art. 14 CE: “*Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

orden en caso de conflicto con otra norma; por ejemplo, “se garantiza la libertad ideológica con el límite del orden público”; evidentemente, nos encontramos con un problema de vaguedad del lenguaje que obliga a ponderar qué es la libertad ideológica y que es el orden público; pero una vez decidido qué una cierta conducta lesiona el orden público, éste debería funcionar siempre como excepción al derecho. En definitiva, para PRIETO SANCHÍS,³³⁷ la distinción se traslada de la estructura de la norma a las técnicas de interpretación y justificación o, como escribe GIANFORMAGGIO –citado por aquél– “la diferencia entre reglas y principios surge exclusivamente en el momento de la interpretación-aplicación”.

Existen distintas posturas con respecto a su diferencia, en este sentido conviene recalcar que tanto unas como otras tienen en común la característica de ser normas jurídicas, aunque como veremos, presentan significativas diferencias, en especial, respecto a su forma de aplicación y al modo en que se resuelven las situaciones de colisión entre ellas. Señala ZAGREBELSKY. “Por lo general, las normas legislativas son reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son predominantemente, principios”;³³⁸ sin embargo, la constitución también contiene reglas,³³⁹ al tiempo que pueden encontrarse principios jurídicos fuera de ella.³⁴⁰

La diferencia estructural entre los conflictos de regla y la colisión de los principios radica en que las primeras están en la dimensión de la validez, mientras que los segundos están en la dimensión del peso.³⁴¹ La dimensión de peso propia de los principios, les falta a las reglas, que son determinaciones en el campo de lo fáctico y jurídicamente posible.³⁴² Los principios, en cambio, presentan un objeto de optimización, el cual puede ser realizado en un grado máximo, según las posibilidades fácticas y jurídicas. Los principios son por ello gradualmente realizables.³⁴³ El grado de realización y la importancia de dicha realización determinan en cada caso concreto qué

³³⁷ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *op. cit.*, pp. 47 a 63.

³³⁸ ZAGREBELSKY, GUSTAVO: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995, p. 109.

³³⁹ Por ejemplo, el artículo 17.2 de la CE, que prescribe: “*La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*”.

³⁴⁰ Por ejemplo, en el artículo 7.1 del CCE: “*Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”.

³⁴¹ *Vid.* DWORKIN, RONALD, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

³⁴² Las normas con contenido definido son siempre reglas y las normas con contenido no definido son siempre principios. Las normas con contenido parcialmente definido son principios, cuando a ellas se les adscribe una dimensión de peso, por lo demás, son reglas.

³⁴³ *Cfr.*, SIECKMANN, JAN-R; LAURA CLÉRICO; DANIEL OLIVER, LALANA: *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, estudios sobre la teoría jurídica de ROBERT ALEXY, Comares, Granada, 2011, p. 71 y ss.

principio se impone en una colisión de principios.³⁴⁴ Entre el carácter principialista de una norma y el principio de proporcionalidad en sentido *lato sensu* existe una relación de implicación recíproca: el carácter principialista implica el principio de proporcionalidad en sentido *lato* y viceversa.³⁴⁵

El concepto de “principio” puede ser usado en diversos sentidos o acepciones, conforme lo expresamos ATIENZA Y RUIZ MANERO.³⁴⁶ Ahora bien, esta lista de significados no tiene carácter exhaustivo, ni es tampoco excluyente, sino que, con frecuencia, los anteriores rasgos se superponen entre sí, incluso hay ocasiones en que una misma norma podría servir como modelo de principio en prácticamente todas las acepciones indicadas. Un ejemplo sería el art. 20 de la CE.

³⁴⁷

De lo anteriormente expuesto, es posible inferir tres características esenciales comunes, al menos sobre la mayor parte de los principios jurídicos: La fundamentalidad, la generalidad y la vaguedad. La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta.³⁴⁸ La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos.³⁴⁹ La vaguedad, en fin, si bien es

³⁴⁴ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los...*, cit., p. 160 y ss.

³⁴⁵ *Ibidem*, p. 111.

³⁴⁶ Vid. ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN, *op. cit.*, p. 103. Los más significativos son los siguientes: En el sentido de norma muy general, entendiéndose por tal la que regula un caso cuyas propiedades relevantes son muy generales; en el de norma redactada en términos particularmente vagos, como consecuencia de la incorporación en ella de un número de *conceptos jurídicos indeterminados*; en el sentido de norma programática o directriz, norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines; en el sentido de norma que expresa los valores superiores del ordenamiento jurídico; en el de una norma especialmente importante, aunque su grado de generalidad sea relativamente bajo; en el sentido de norma de elevada jerarquía; en el sentido de norma dirigida a los órganos de aplicación jurídicos y que señala, con carácter general, cómo se debe seleccionar la norma aplicable, interpretarla, etc.; y, en fin, en el sentido de *regula iuris*, esto es, de enunciado o máxima de la ciencia jurídica que permite la sistematización del ordenamiento jurídico o de un sector del mismo.

³⁴⁷ Art. 20.1 CE: “*Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [...]d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [...]4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*”.

³⁴⁸ Hay cuatro formas distintas de entender la fundamentalidad:1) La jerárquica que se predica de las normas que ocupan el rango superior en la estructura normativa. 2) La lógico-deductiva, de la que gozan aquellas normas, de las que pueden deducirse lógicamente otras normas.3) La teleológica que caracteriza a las normas que establecen fines u objetivos respecto a otras; y en fin. 4) La axiológica, que se refiere a aquellas normas que contienen los valores políticos y éticos sobre los que se asienta una determinada estructura política y social.

³⁴⁹ Así, por ejemplo, el art. 9.3 CE declara que: “*La constitución garantiza [...] la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”; ahora bien, son numerosos los comportamientos que pueden ser tachados de arbitrarios y muchas también las formas en que éstos pueden ser interdictos.

confundida en ocasiones con la generalidad, tiene, no obstante un sentido distinto; así se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en ella, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma.³⁵⁰

Consideramos que el establecimiento de un modelo puro podría fracasar ante las múltiples objeciones que contradicen una aplicación unívoca, razón por la cual resulta apropiado adoptar un modelo mixto de derecho fundamental, integrado por principios y reglas.³⁵¹

2.1.2.2 COLISIÓN DE PRINCIPIOS Y CONFLICTO DE REGLAS

La distinción entre reglas y principios se muestra de manera clara en los supuestos de colisión de principios y de conflicto de reglas. En ambos casos, cada una de las normas implicadas, si se aplican independientemente conducen a resultados incompatibles, es decir, a dos juicios de deber ser jurídico contradictorios; sin embargo, existen diferencias en la forma como se soluciona el conflicto. Abordar esta dicotomía resulta fundamental en el estudio respecto de la confrontación de normas constitucionales de idéntico rango. *Por lo que resulta importante determinar cuándo abordamos la materia, que lo que nos interesa en este ámbito, es determinar si el art. 18 CE y el 20 CE son principios o reglas, porque dependiendo de esta solución podremos a posteriori aplicar la solución a las situaciones de conflicto.*³⁵²

³⁵⁰ Por ejemplo en relación con el artículo citado *ut supra* no siempre es fácil juzgar si la acción determinada de un funcionario público puede ser considerada o no como arbitraria.

³⁵¹ Para profundizar *vid.* ALEXY, ROBERT, *Teoría de los...*, *cit.*, pp. 109 a 117.

³⁵² Para analizar este segundo criterio de distinción, ALEXY recurre a dos decisiones del Tribunal Constitucional Alemán. La primera se refiere a un conflicto entre una norma jurídica del estado federal y una norma de un *Land* (BverfGE, 1, 283 (292)). La segunda prohíbe la apertura de puestos de venta los miércoles desde las 13 horas, mientras que la norma federal lo permite hasta las 19 horas. El tribunal resuelve este caso según la norma de conflicto “el derecho federal prevalece sobre el derecho del *land*” (art. 31 de la ley fundamental de Bonn), declarando, así, nula la norma jurídica del *land*. Éste es un caso clásico de conflicto de reglas contradictorias: una permite lo que la otra prohíbe, de modo que si ambas fueran válidas, la apertura los miércoles por la tarde estaría tanto permitida como prohibida. Este conflicto sólo puede ser solucionado o bien introduciendo en una de las reglas una cláusula de excepción que elimine el conflicto o declarando inválida una de las reglas. Otro ejemplo de conflicto de reglas que puede ser solventado a través de la introducción de una cláusula de excepción es aquél que se da entre la prohibición de abandonar una sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendios. Si todavía no ha sonado el timbre de salida y se da la alarma, estas reglas conducen a juicios concretos de deber ser, contradictorios entre sí. El conflicto se soluciona introduciendo en la primera regla una cláusula de excepción para el caso de alarma de incendio. Ahora bien, si una solución de este tipo no es posible, por lo menos una de las reglas tiene que ser declarada inválida y, con ello, eliminada del ordenamiento jurídico. De manera enteramente distinta procede el Tribunal Constitucional alemán con ocasión de una decisión sobre la celebración de un juicio oral contra un inculpado al que amenaza el peligro de un ataque al corazón (BverfGE, 51, 324). Las normas en colisión son, por un lado el artículo 2.2 de la ley Fundamental de Bonn, que reconoce al individuo un derecho fundamental a la vida y a la integridad física y, por otro, el principio del estado de derecho que impone al estado el deber de garantizar un eficiente funcionamiento de las instituciones del derecho penal. Si existiera sólo el derecho fundamental, entonces habría de

A).- CONFLICTOS DE REGLA: Conforme lo expresa ALEXY, un conflicto de reglas solo puede solucionarse mediante la introducción en una de las reglas de una cláusula de excepción que elimine el conflicto, o mediante la declaración de que, por lo menos una de las reglas es inválida.³⁵³ De no ser posible una solución de este tipo, entonces tiene que declararse inválida por lo menos una de las reglas, expulsándola del ordenamiento jurídico.³⁵⁴ Si nos inclinamos por considerar a los arts. 18 y 20 CE como reglas, podríamos afirmar que la regla de excepción, que viene a superar el conflicto entre ambas, estaría establecida en el apartado 4 del art. 20CE. Eje:

Regla 1: Art. 18: Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Regla 2: Art. 20 1: Se reconocen y protegen los derechos: a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción. b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica. d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

Regla de excepción: 20.4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

B).- COLISIÓN DE PRINCIPIOS: El mecanismo de solución en colisión de principios supone una solución distinta a la anterior. Cuando ello ocurre, uno de los principios debe ceder

prohibirse la celebración de un juicio oral que pusiera en peligro la vida y la salud de un inculpado; en cambio, si existiera sólo el deber del Estado de cuidar de un eficiente funcionamiento de las instituciones jurídicas, entonces habría que considerar el juicio oral como obligatorio o, cuando menos, permitido. Por otro lado, si el tribunal hubiera resuelto el caso eliminando del ordenamiento jurídico bien el derecho fundamental o bien el deber, habría tratado la colisión de las correspondientes normas como una contradicción y, por ello, como un conflicto de reglas. Sin embargo, el tribunal, no se refiere en este caso a una contradicción entre ambas normas, sino a una tensión y subraya que ninguna de ellas goza “simplemente de primacía frente a la otra”, lo que sería el caso si una de las normas, como en el conflicto de reglas, hubiese sido declarada inválida. En efecto, las colisiones entre principios deben ser solucionadas de manera totalmente distinta. Cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos tiene que ceder ante el otro; pero esto no significa declarar inválido al principio desplazado, ni que en éste haya que introducir una cláusula de excepción, puesto que, bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera contraria. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que en cada caso concreto los principios tienen diferente peso y que prima el principio con mayor peso. Estos casos han de ser resueltos más bien a través de una ponderación, con lo cual el factor decisivo lo constituye el principio al que le corresponde un peso relativamente mayor en el caso concreto. Al principio que juega en sentido contrario se le hace retroceder, pero no se declara inválido. En definitiva, “los conflictos de reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios –como sólo pueden entrar en colisión principios válidos– tiene lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso”.

³⁵³ Un ejemplo de conflicto de reglas que se eliminan mediante una cláusula de excepción es la que se presenta entre la prohibición de abandonar la sala antes de que suene el timbre de salida y la orden de abandonarla en caso de alarma de incendio.

³⁵⁴ El mecanismo de expulsión o de invalidez de una regla en conflicto ante la ausencia de una norma de excepción puede solucionarse mediante la aplicación de los principios de “norma posterior deroga a la anterior o regla especial deroga a la general”, o también a la importancia de las reglas en conflicto.

ante el otro, pero ello no supone declarar inválido al principio desplazado, ni que en el principio desplazado haya que introducir una cláusula de excepción. Ambos principios están en igualdad de jerarquía, por lo que los elementos que condicionan que uno prevalezca sobre otro están determinados por la circunstancias del caso, por tanto algunas veces prevalece uno u otro, dependiendo de las condiciones o circunstancias que le dan las condiciones para prevalecer sobre otro en determinadas circunstancias.

Las posibles soluciones entre un principio u otro pueden ser resumidas en dos posibilidades: una ley de colisión y una norma de ponderación, que en realidad constituyen en esencia criterios de solución similares pero en evolución entre el primero y el segundo; por lo que se traduciría en el establecimiento de idénticos rangos en abstracto, pero distinto peso en el caso concreto, generando para la primera solución, una relación de precedencia condicionada,³⁵⁵ conforme a la regla de colisión. Mientras que en el criterio de ponderación³⁵⁶, que profundiza la

³⁵⁵ La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las condiciones en las cuales un principio precede al otro, por lo que la prevalencia de un principio sobre otro no es absoluta, en algunas circunstancias uno prevalece sobre el otro y a la inversa. Eje. La colisión de dos principios P1 y P2 puede solucionarse a través del establecimiento de una precedencia incondicionada-absoluta o condicionada-relativa. P (símbolo para la relación de precedencia); C (condiciones en las cuales un principio precede al otro). Hay entonces cuatro posibilidades:

- 1).- P1 P P2 (relaciones incondicionadas) inválidas en la mayoría del derecho constitucional, salvo el principio de dignidad humana.
- 2).- P2 P P1 (relaciones incondicionadas) inválidas en la mayoría del derecho constitucional, salvo el principio de dignidad humana.
- 3).- (P1 P P2) C.
- 4).- (P2 P P1) C.

Para estos dos últimas posibilidades la solución estaría dada por el siguiente razonamiento, conforme el criterio de ponderación siguiente: El principio P1 tiene, en el caso concreto, un mayor peso que el principio opuesto P2, cuando existen razones suficientes para que P1 tenga precedencia sobre P2, en las condiciones dadas C en el caso concreto de precedencia condicionada. Lo que caracterizamos como condición de precedencia C juega un papel doble en el enunciado de preferencia. C es la condición de una relación de precedencia. En la formulación de regla, C es un presupuesto de un supuesto de hecho de una norma, para nuestra tesis además de C como supuesto de hecho, agregaría a D como determinante de atribución, que sería los elementos de determinan el legítimo ejercicio de un derecho. El que C tenga este doble carácter resulta necesariamente de la estructura del enunciado de preferencia. Pues que P1 tenga preferencia cuando se dan las circunstancias C, significa que la consecuencia jurídica que deriva de P1 tiene validez cuando se dan las circunstancia C. *Por tanto, a partir de un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada, deriva una regla que prescribe la consecuencia jurídica del principio que prevalece cuando se dan las condiciones de preferencia.* Se puede formular la siguiente ley de conexión que existe entre las relaciones de precedencia condicionada y la reglas: Si P1 en la circunstancias C tiene precedencia sobre el P2: (P1 P P2) C; y si de P1, en las circunstancias C deriva la consecuencia R, entonces tiene validez una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia juicio: C deriva R. Por tanto, esta regla menos técnica sería “Las condiciones en las cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente”. Para nuestra tesis, la fórmula quedaría (P1 P P2) C. D, conforme lo expresamos *ut supra*.

³⁵⁶ Fundamento que surge de la decisión del caso Lebach, conforme los siguientes elementos de hechos: Un canal de TV proyectaba un documental donde informaba sobre el asesinato de soldados de un depósito de municiones que habían sido asesinados para perpetrar el robo de armas. Una persona que había sido condenada en carácter de cómplice y que estaba punto de abandonar la prisión considero que la emisión de este documental, donde se lo nombraba y mostraban sus fotografías, violaba su derecho fundamental por el que peligraba su re sociabilización. Estaban en pugna el derecho al honor y la libertad de información.

ley de colisión conduciéndola hacia la ponderación como norma adscripta de derecho fundamental,³⁵⁷ divide la solución en tres niveles: Primero comprueba la colisión de principios de idéntica jerarquía; en un segundo nivel establece una precedencia general (preferencia de la libertad de información cuando es una información actual sobre hechos delictivos) y en un tercer nivel analiza la condición de precedencia (presupuesto de hecho) en combinación también de los elementos que integran la esencia del derecho (determinantes de contenido).³⁵⁸ Es por ello posible que los derechos de libertad de la CE estén garantizados mediante principios. En este sentido extraemos el valor en sí mismo de la libertad negativa, como también la aplicación del principio de proporcionalidad en sentido *lato*, que debe ser observado en el análisis de la eficacia de los límites a los derechos de libertad, según ha sido ya reconocido por la jurisprudencia y la doctrina constitucional española;³⁵⁹ de forma tal que, donde el principio de proporcionalidad es aplicado, son igualmente aplicados principios en general.

Seguramente que la principal consecuencia que se deduce de la aplicación de los principios y de la técnica de la ponderación es el fortalecimiento de la posición del juez, pues allí donde aparece un conflicto entre principios, surge una decisión que otorga preferencia a uno u otro y que va a tener como único límite la racionalidad.³⁶⁰ No obstante, como señala PRIETO SANCHÍS,³⁶¹ por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas. Ciertamente, no cabe duda, conforme sostiene el citado maestro,³⁶² a la hora de aplicar principios, el juez es mucho más libre que cuando aplica reglas según el modelo tradicional. Y lo que es más importante, la ponderación no sólo aparece cuando estamos en presencia de un conflicto explícito entre principios o derechos, sino que podría recurrirse a ella siempre que el resultado de la aplicación de reglas le parezca al intérprete insatisfactorio o injusto, pues la técnica de los principios es aplicable siempre,

³⁵⁷ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los...*, cit., p. 71.

³⁵⁸ El tribunal analiza: Una repetición de una información sobre un delito grave que no responde ya a un interés informativo actual, que pone en peligro la re sociabilización del autor, genera precedencia o prevalencia respecto a la protección del derecho al honor, frente al derecho a la libertad de información. S1 y S2 y S3 y S4= R (Una información televisiva repetida (S1), que no responde a un interés informativo actual (S2), sobre un hecho delictiva grave (S3) y que pone en peligro la re sociabilización de autor (S4), = está prohibida por los derechos fundamentales.

³⁵⁹ Vid. STC 66/1991, fj. 2º; MEDINA GUERRERO, MANUEL: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997, p. 117 y ss.

³⁶⁰ Decisión que tiene una gran trascendencia, pues no está de más recordar como escribe GUASTINI, RICCARDO: "Principios de derecho y discrecionalidad judicial", trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, núm. 34, 1999, p. 44, "...En este contexto, "ponderar" no significa atemperar, conciliar o algo por el estilo; es decir, no significa hallar un punto de equilibrio, una solución "intermedia", que tenga en cuenta ambos principios en conflicto y que -de algún modo- aplique o sacrifique parcialmente a ambos. La ponderación consiste sobre todo en sacrificar o descartar un principio aplicando el otro".

³⁶¹ Vid. PRIETO SANCHÍS, LUIS: "Tribunal constitucional y positivismo jurídico", en *Doxa*, núm. 23, 2000, p.173.

³⁶² Vid. PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Ley...*, cit., pp. 61 a 63.

y no sólo en presencia de enunciados normativos dotados de ciertas características, porque siempre está al alcance del juez transformar en principios las reglas que sustentan la posición de cada parte. En esta línea, advierte GUASTINI³⁶³ que la identificación de un principio en cuanto tal (siempre que se trate de disposiciones que no estén expresamente etiquetadas como principio por la propia autoridad normativa, comporta discrecionalidad, pues a menudo, una misma disposición normativa puede ser interpretada como una regla o como un principio. No obstante, son muchos los que sostienen que cuando se aplican principios, si bien no es fácil sostener que existe una única respuesta correcta, al menos existen unos mecanismos para reducir al máximo la discrecionalidad judicial. ALEXY disiente de la tesis de DWORKIN, según la cual los principios jurídicos deben permitir que también exista una única respuesta correcta en los casos en los que las reglas no la determinan. A su juicio, esto sólo sería factible si fuese posible un “orden fuerte de principios”, esto es, si se pudiera crear una lista completa de los principios de un sistema jurídico y además, pudieran establecerse todas las relaciones de prioridad abstractas y concretas entre ellos, lo que determinaría unívocamente la decisión en cada uno de los casos si fuera posible una teoría tal de los principios, lo que devendría en acertada la tesis de DWORKIN de la única respuesta correcta”.³⁶⁴ Ahora bien, volviendo a ALEXY,³⁶⁵ la imposibilidad de establecer un orden fuerte de principios, no significa que no sea posible elaborar una teoría que sea algo más que un mero catálogo de puntos de vista, que deje la ponderación al arbitrio de quien la realiza. En efecto, si bien es cierto que la ponderación no es un procedimiento que en cada caso conduzca exactamente a un resultado, tal asunción no implica que la ponderación no sea un procedimiento racional, el cual puede ser optimizado por medio de un orden de principios que comprenda tres elementos: Un sistema de condiciones de precedencia, un sistema de estructuras de ponderación y un sistema de prioridades *prima facie*. Para el criterio de ponderación los pesos de los derechos en conflictos son relativos, pero provenientes en un proceso racional capaz de fundamentarse en la lógica. Así, en la ponderación del derecho constitucional lo fundamental reside en la consideración deontológica de los principios en pugna. Otro de los elementos que deben ser considerados al momento de la ponderación está constituido por los valores, pues constituyen elementos integrales al momento de establecer el criterio de balance. Pero mientras estos se encuentran en el mundo de lo axiológico (ámbito de lo mejor), los principios se encuentra en el mundo de lo deontológico (ámbito del deber ser). El criterio de valores está integrado en la CE específicamente en su art. 10, cuando antepone la dignidad humana por sobre toda protección, estableciendo una jerarquía de valores. Por lo tanto,

³⁶³ GUASTINI, RICARDO, *op. cit.*, p. 40.

³⁶⁴ ALEXY, ROBERT: “Sistema jurídico...”, *cit.*, p. 139.

³⁶⁵ *Ibidem*, pp. 144 a 148.

al momento de aplicar la regla de ponderación ante una colisión de los art. 18 y 20 CE, no sólo se aplica la ponderación de principios y los sub principios de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto), sino que también existe un ponderación de valores dentro del esquema de derechos fundamentales.

2.1.2.3 NUESTRO CRITERIO

Cuando pretendemos analizar el esquema de interrelación entre los art. 18 y 20 CE, resulta difícil inclinarse por una postura absoluta y determinante, atento que en la gramática y desarrollo de los artículos mencionados las posibilidades no son claras a la hora de adoptar una posición unívoca.

Cuando abordamos ambos artículos, podemos observar que uno postula la protección del honor, la intimidad y la propia imagen por sobre las intromisiones ilegítimas, mientras que el otro prescribe la libertad de expresión e información. Las posibilidades de colisión o conflicto resultan a todas luces evidentes. Esta confrontación puede ser interpretada como un conflicto de reglas, si entendemos que el art. 20.4 podría constituir la cláusula de excepción por la cual ante una situación de conflicto, prima la protección del honor, la intimidad y la propia imagen; mientras que cuando consideramos la solución dada por los tribunales aplicando los criterios de ponderación y proporcionalidad estaríamos ante la colisión de principios.

Por otro lado también podría tener una doble característica, producto de la nomenclatura propia del derecho. Esta situación se daría cuando lo que caracterizamos como condición de precedencia C juega un papel doble en el enunciado de preferencia. C es la condición de una relación de precedencia. En la formulación de regla: C es un presupuesto de un supuesto de hecho de una norma. El que C tenga este doble carácter resulta necesariamente de la estructura del enunciado de preferencia. Pues que P1 tenga preferencia cuando se dan las circunstancias C, significa que la consecuencia jurídica que deriva de P1 tiene validez cuando se dan las circunstancias C. Por tanto, a partir de un enunciado de preferencia sobre una relación de precedencia condicionada, deriva una regla que prescribe las consecuencias jurídicas del principio, que prevalece cuando se dan las condiciones de preferencia. Por tanto las condiciones en la cuales un principio tiene precedencia sobre otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente. En esta línea se puede formular la siguiente regla que existe entre la conexión entre la precedencia condicionada y la regla: Si P1 en la circunstancias

C tiene precedencia sobre el P2: (P1 P P2) C; y si de P1, en las circunstancias C deriva la consecuencia R, entonces tiene validez una regla que contiene a C como supuesto de hecho y a R como consecuencia jurídica: C deriva R. Si aplicamos esta postura a nuestro caso esta regla estaría dada por el P1 (art. 18 CE) P P2 (art. 20CE) C (LO1/82). Para nuestra tesis además de C como supuesto de hecho, agregaríamos a D como determinante de atribución, que estaría integrado por los elementos que determinan el legítimo ejercicio de un derecho formulando la tesis de la siguiente manera (P1 P P2) C. (R) D.

2.1.2.4 RECEPCIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS EN ESPAÑA

No hay dudas de que el art. 9.1³⁶⁶ y el art. 53.1³⁶⁷ CE le atribuyen el carácter normativo a los derechos fundamentales, por lo que resultaría incuestionable que los derechos fundamentales son más que literatura efímera constitucional.³⁶⁸ Varias han sido las teorías encaminadas a resolver el interrogante del carácter normativo de los derechos fundamentales.³⁶⁹ Luego de la traducción de la teoría de los derechos fundamentales sustentada por ALEXY, la discusión constitucional española se ha visto influida por ella.³⁷⁰

La tesis central de ALEXY señala resumidamente que las normas de derecho fundamental, además del concebido carácter de regla, pueden tener el carácter de principio y cuando tienen tal carácter, tal regla debe entenderse como mandatos de optimización que ordenan que el objeto protegido por el derecho fundamental se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Para algunos autores, la teoría de ALEXY constituye una explicación adecuada de la naturaleza y la estructura de los derechos fundamentales, que puede utilizarse como base para la construcción de una teoría adecuada de los derechos fundamentales.

³⁶⁶ Art 9.1 CE: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución y al resto del ordenamiento jurídico”.

³⁶⁷ Art. 53.1 CE: “Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).”

³⁶⁸ Vid. GARCÍA DE ENTERRIA, EDUARDO: *La constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1981. El carácter normativo de los derechos fundamentales fue reconocido por la doctrina del derecho público luego de 1978.

³⁶⁹ BERNAL PULIDO, CARLOS: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, p. 253. Algunos de los primeros textos de la nueva era constitucional propusieron determinar el alcance normativo de los derechos fundamentales desde la perspectiva de las llamadas teorías materiales de los derechos fundamentales: La liberal, la democrática y la del estado social.

³⁷⁰ ALEXY, ROBERT: *Theorie der Grundrechte* (1985; segunda edición 1994). Traducida por Ernesto Garzón Valdés como “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

Para otros autores que no comparten el contenido de dicha tesis, la misma constituye una concepción incorrecta que legítima y posibilita un inapropiado activismo judicial.

A partir de la STC 66/1995³⁷¹ se comenzaron a aplicar los criterios de ponderación³⁷² y de proporcionalidad,^{373 374} como elementos determinadores o estructurales del contenido de los derechos fundamentales.³⁷⁵

Como manifestamos, la STC 66/1995 constituye un hito en la recepción de la teoría de los principios en España, al establecer que el examen de constitucionalidad, donde intervengan derechos fundamentales, debe realizarse mediante la aplicación del principio de proporcionalidad. Este se sustancia a través de la aplicación de la exigencia de los sub principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.³⁷⁶ En este sentido, el TC exige, mediante criterio jurisprudencial, que cada sentencia de la jurisdicción ordinaria aplique expresamente el criterio de ponderación, a la hora de resolver colisiones de derechos fundamentales.³⁷⁷

2.2 LÍMITES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN CONFLICTO

La afirmación de que los derechos fundamentales son limitados representa casi una cláusula de estilo en la jurisprudencia constitucional. Si con ello se quiere indicar que al amparo

³⁷¹ Cabe señalar que desde el año 1981 hasta el año 1995 el TC aplicó de manera esporádica (no sistemática) el criterio de proporcionalidad, definiéndolo como un “criterio”. *Vid.* (STC 57/1984, 19/1988, 85/1992 y 219/1992), “factor” (57/1984), “regla” (SRC 37/1989, 113/1989 o “examen” (STC 76/1990, 215/1994, 207/1994) para la aplicación de los derechos fundamentales. Sin embargo durante esta época el TC aplicó casi sin interrupción la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales (solo aplicó la ponderación para la STC 215/1994).

³⁷² La ponderación se ha utilizado como el más determinante de los criterios estructurales para la solución de las colisiones entre derechos fundamentales. En este sentido el TC ha manifestado que ningún derecho fundamental es absoluto (STC 159/1986, 37/1987, 105/1990, y 57/1994), por lo que las colisiones entre derechos fundamentales deben resolverse a través de la aplicación del criterio de ponderación. Entre las que podemos nombrar STC 138/1996, 1447/1998, 21/2000, 112/2000, 76/2002, 154/2002, 54/2004.

³⁷³ GALETTA DIENA, URANIA: “El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario”, *Cuadernos de Derecho Público* núm. 5, INAP, p. 76. Expresa que la tesis doctrinal dominante ubica al principio de proporcionalidad como principio general de derecho comunitario.

³⁷⁴ Para mayor abundamiento sobre la historia de aplicación del principio de proporcionalidad *vid.* GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS: *Principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2003.

³⁷⁵ Un factor que contribuyó a la recepción de la teoría de los principios de origen alemán, radica en el hecho de que el art. 53.1 CE incluyó una cláusula similar a la establecida en el art. 19.2 de la Ley Fundamental Alemana, en la cual el concepto de contenido esencial juega un papel determinante como límite de los límites de los derechos fundamentales.

³⁷⁶ En los términos de la sentencia el mismo se traduciría “...si tal medida (es) susceptible de conseguir el objeto propuesto, la garantía del orden público sin peligros para personas y bienes); si además, es necesaria en el sentido de que no (existe) otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y finalmente, si la misma (es) proporcionada, en sentido estricto, es decir ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general, que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”.

³⁷⁷ *Vid.* STC 54/2004, Aranzadi.

de los derechos, sus titulares no puedan ejercitarlos de manera ilimitada, la afirmación resulta obvia. Por el contrario, si se pretende sostener que aquellos derechos reconocidos en la constitución pueden ser cercenados o amputados por el legislador, la cosa ya no resultaría tan clara.

En el marco del constitucionalismo, los derechos pueden representarse como límites o prohibiciones que pesan sobre la actividad del legislador, y resultaría en verdad sorprendente que el sujeto sometido a una obligación pudiera redefinir los términos de una norma de carácter constitucional. Como toda norma constitucional, los derechos ostentan un contenido prescriptivo que resulta inaccesible al legislador.³⁷⁸ En este sentido no puede hacerlo porque la fuerza normativa de la constitución impide que el legislador ordinario o cualquier otro poder público sometan a debate lo que ha decidido el poder constituyente. Insisto en que esto no significa que los derechos sean *ilimitados*; supone tan sólo que aparecen ya *delimitados* en el texto constitucional y, dentro de ese círculo delimitado, no cabe ninguna restricción. En consecuencia, los complejos problemas que a veces se presentan como casos de limitación de los derechos no serían tales, pues o bien la ley penetra en el recinto prohibido y entonces resultaría inválida, o bien no lo hace y entonces el asunto nada tiene que ver con el régimen de los derechos. Es verdad que en este último caso una norma imperativa que condicione la conducta de los ciudadanos puede aparecer *prima facie* como una limitación, pero si tras la debida interpretación, resulta que no afecta a los derechos, su validez será incuestionable, pues no hay que pensar que toda conducta se halla en principio amparada por un derecho. La cuestión residiría en la delimitación conceptual del contenido mismo del derecho, de forma que lo que se llama protección de otro bien constitucional no exige en realidad una limitación externa de los derechos y libertades, porque las conductas de las que deriva la eventual amenaza del bien, cuya protección se trata sencillamente, no pertenece al ámbito del derecho fundamental.³⁷⁹ En suma, resultaría que aquellas conductas o

³⁷⁸ Naturalmente no todas las prohibiciones que pesan sobre el legislador adoptan la forma de derechos fundamentales; y por otra parte, estos últimos no deben concebirse tampoco desde una perspectiva sólo defensiva o negativa, como el núcleo de lo que el legislador “no puede hacer”, sino que ofrecen una dimensión positiva o directiva de ciertas esferas de la acción política. Pero a los efectos que ahora nos interesan, creo que no hay impedimento en considerar que los derechos, más concretamente las libertades y garantías individuales, se configuran ante todo como un ámbito prohibido para la ley.

³⁷⁹ DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, *op. cit.*, p. 137. Como tantos otros debates a propósito de la limitación de los derechos, éste se reproduce también en la doctrina alemana, entre otras razones porque el artículo 53.1 de la Constitución Española está tomado -aunque no miméticamente- del 19.2 de la Ley Fundamental Alemana; sobre el particular *vid.* GAYARA DE CARA, JUAN CARLOS: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley Fundamental de Borm*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p.161 y ss. La tesis de OTTO es acogida en España por PECES-BARBA, GREGORIO: *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, BOE, Madrid, 1995, p. 589; también por SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIOS: *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 261 y ss.; y de forma rotunda, por MARTÍNEZ PUJALTE, ANTONIO LUIS: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 53, quien escribe que “*más allá de los contornos que los delimitan no puede existir protección constitucional*

ámbitos de inmunidad tutelados por el derecho no serían en ningún caso limitables, mientras que aquellos otros que quedasen fuera de esa definición podrían ser libremente configurados por el legislador.

La interpretación comentada tiene algo de razón, y es que nos recuerda que el legislador no puede inventar límites a los derechos, que allí donde la constitución ha tutelado cierta esfera de actuación no cabe introducir nuevas restricciones que directa o indirectamente no formen parte de lo querido o permitido por la constitución. Sin embargo, este enfoque plantea también algunas dificultades.³⁸⁰ En primer lugar revela cierto optimismo acerca de la posibilidad de recortar con suficiente precisión el contenido de cada derecho, entre aquello que representa un “coto vedado” para el legislador y aquello otro que puede ser objeto de su libre decisión. Es verdad que algunos enunciados constitucionales presentan un referente empírico claro que permite discernir los contornos del derecho; pero lo más corriente es que la tipificación constitucional de los derechos contenga referencias normativas y valorativas, cuyo significado no puede precisarse con certeza, al menos en un juicio abstracto.³⁸¹ Incluso la imprecisión se incrementa cuando la propia configuración constitucional de un derecho remite a una ulterior delimitación legal. Pero los problemas se complican todavía más si tenemos en cuenta que para determinar el contorno de un derecho no basta con acudir sólo a los enunciados normativos que los reconocen, sino que es preciso tomar en consideración todos y cada uno de los preceptos constitucionales³⁸² e incluso, puede suceder que los datos constitucionales no basten, por lo que será preciso acudir a criterios externos a la propia constitución.³⁸³

Nos parece, sin embargo, que los bienes constitucionales que operan como límites o como cláusulas delimitadoras del contenido de los derechos requieren una interpretación que no puede ser independiente del contenido mismo de los derechos delimitados. Como ha manifestado el TC,

del derecho fundamental y, en cambio, dentro de ellos la protección constitucional es absoluta”. Por el contrario, aboga por una concepción amplia del contenido de los derechos y consiguientemente por una visión en términos de “límites”. Vid. MEDINA GUERRERO, MANUEL, *op. cit.*, p. 93 y ss.

³⁸⁰ Sin contar la dificultad evidente que deriva del artículo 53.1 CE, pues si como veremos, el legislador cuenta con una habilitación general para regular el ejercicio de los derechos respecto a su contenido esencial, parece que al menos ostenta una competencia configuradora sobre el contenido no esencial o accesorio. Vid. AGUIAR DE LUQUE, LUIS: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993, p. 24.

³⁸¹ Por ejemplo, los perfiles de la libertad de expresión por el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen (art. 20.4).

³⁸² Este es el origen de la llamada doctrina de los límites inmanentes, es decir, de aquellos que no aparecen expresamente mencionados en el enunciado constitucional que recoge el derecho, sino que derivarían de otros bienes constitucionales, como la seguridad colectiva o la protección de otros derechos.

³⁸³ MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO LUIS, *op. cit.* p. 69.

se produce un “régimen de concurrencia normativa”,³⁸⁴ de manera que el problema puede ser contemplado desde una doble óptica, la del derecho y la de su limitación, que al final se resuelve en una única tarea, que se traduce en dilucidar si la medida legislativa en cuestión representa una correcta interpretación de la constitución. En otras palabras, una ley que pretenda configurar las conductas mediante normas de prohibición o mandato sin interferir en la esfera de los derechos, tendrá que comenzar por demostrar que la suya es una interpretación correcta del título constitucional. Porque si es cierto que algunas cláusulas “delimitan” la esfera de los derechos, será cierto también que tales cláusulas aparecen “delimitadas” por los propios derechos.

Dicha resistencia se traduce básicamente en la exigencia de justificación de toda medida limitadora, exigencia que cercena la discrecionalidad política del legislador. Ahora bien, un análisis atento de los múltiples mandatos y prohibiciones que establece el ordenamiento, pone de relieve que si bien algunos constituyen límites o fronteras al ejercicio de derechos, otros quizá la mayoría en apariencia nada tienen que ver con el contenido constitucionalmente declarado los mismos. Como escribe DE OTTO, cuando la constitución no ha previsto la limitación de un derecho, no es posible inventar el límite: *“El derecho no es limitable. Pero ello no significa que el derecho sea ilimitado, pues cualquier derecho o libertad, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más”*.³⁸⁵

Estas consideraciones hablan en favor de una teoría amplia del supuesto de hecho como lo planteado por ALEXY,³⁸⁶ que supone una interpretación amplia de los enunciados relativos a derechos, de manera que todo comportamiento o posición individual que presente al menos una propiedad subsumible en el supuesto de hecho, debe ser considerado, en principio, como una manifestación específica de la libertad fundamental.

Como observa ALEXY, la amplitud del supuesto de hecho que comporta el derecho general de libertad, potencialmente toda acción, “exige una correspondiente amplia versión de la cláusula restrictiva”.³⁸⁷ De lo que se trata es simplemente de redefinir la presunción de legitimidad constitucional de la ley en los términos que ya conocemos cuando se trata de interferir en el ámbito

³⁸⁴ Vid. STC 254/88 “Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente. Como resultado de esta interacción, la fuerza expansiva de todo derecho fundamental restringe, por su parte, el alcance de las normas limitadoras que actúan sobre tal derecho”.

³⁸⁵ DE OTTO, IGNACIO, *op. cit.*, p. 151.

³⁸⁶ ALEXY, ROBERT: *Teoría de los...*, *cit*, p. 311 y ss.

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 334.

de los derechos y, por tanto, de extender la exigencia de ponderación para toda medida que comporte un sacrificio en la libertad de acción. Por ello, si junto a los derechos fundamentales concretos o específicos concebimos la existencia de un derecho general de libertad, esa necesidad de justificación deberá extenderse a todas las normas que limiten la libertad. En suma, el contenido de la norma de clausura puede formularse así: “Toda acción (hacer u omitir) está permitida, a menos que esté prohibida por una norma jurídica formal y materialmente constitucional”.³⁸⁸

Cierto sector de la doctrina se ha planteado la posibilidad de distinguir entre la limitación y la delimitación de los derechos fundamentales. Para el profesor DE OTTO, la primera se define por exclusión, sería lo que queda fuera del contenido del derecho y que, por tanto, ya no pertenece a su ámbito de protección. La delimitación supondría, en primer lugar, “*la identificación del ámbito de la realidad aludida, fijar qué habrá de entenderse por asociación, o por [...] (y, en segundo lugar) la delimitación de los contornos, es decir lo que podemos llamar el tratamiento jurídico contenido en el precepto que reconoce el derecho*”.³⁸⁹ Esta doctrina supone que las conductas que no sean reconducibles a un derecho fundamental no cuentan con las garantías de éste, esto es, singularmente, la reserva de ley y el respeto del contenido esencial. Cabe aclarar que cuando el autor se refiere a la delimitación del derecho, no la hace equivalente a contenido esencial, o sea a la parte-núcleo del derecho fundamental, aquella que el legislador no puede limitar sin desnaturalizarlo. Esta tesis ha sido rebatida por PRIETO SANCHÍS, que sostiene que en pocas ocasiones un derecho constitucional aparece “evidente e indiscutible [...] porque a la hora de enjuiciar una conducta concreta se reabre el problema de si la prohibición establecida por el legislador se ajusta o no a la norma constitucional”.³⁹⁰ Aun en la hipótesis en que se pudiera delimitar el derecho, se plantearía “un problema capital de la teoría jurídica de los derechos fundamentales y que puede resumirse en la siguiente pregunta: ¿Los derechos son categorías autónomas e independientes entre sí, o especificaciones de un principio/derecho general de libertad?”.³⁹¹ La respuesta a esta pregunta, para el autor, depende de cómo se conciban las relaciones individuo-sociedad. Se puede entender que el poder puede hacerlo todo sin que haya que invocar en su favor justificación alguna, o que el hombre es naturalmente libre y debe seguir

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 337.

³⁸⁹ DE OTTO, IGNACIO, *op. cit.*, p. 143 el autor extrae esta teoría de sentencias como la STC 5/1981 que en su fj. 7º establece que se trata de derechos que “tienen límites necesarios que derivan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, puede establecer el legislador”. Esta sentencia, a su juicio, realiza esta doble operación (STC 5/1981, de 29 de noviembre, BJC núm. 1, pp. 23-83).

³⁹⁰ PRIETO SANCHÍS, LUIS: *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990 p. 155.

³⁹¹ PRIETO SANCHÍS, LUIS: “La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas”, en *Lecciones de teoría del derecho*, McGraw-hill / Interamericana de España, Madrid, 1997, p. 157.

siéndolo jurídicamente. El autor se inclina por esta última hipótesis y desde esta perspectiva “se desvirtúa la ya conocida distinción entre lo que es la delimitación constitucional de los derechos fundamentales y lo que aparece como su limitación externa; y ello no sólo porque existan serias dificultades de interpretación para decidir cuándo estamos ante una u otra, sino porque en realidad, el ámbito de la libertad jurídica no se agota en los derechos fundamentales concretos, sino que viene a coincidir con la propia libertad natural”.³⁹²

No creemos que la distinción delimitación-limitación de los derechos fundamentales pueda aportar nada nuevo. En primer lugar, porque sería espinoso y delicado determinar desde los datos constitucionales la delimitación de un derecho fundamental (actividad que corresponderá al legislador de manera preponderante, aunque también participarán el ejecutivo, el poder judicial y el tribunal constitucional). En segundo lugar, porque de acuerdo con el art. 1.1 de la CE, rige el principio de libertad, esto es, está permitido todo lo que la ley no prohíbe, de manera que toda limitación no ya de los derechos fundamentales, sino de la libertad natural, ha de tener una justificación.

2.3 EL CONTENIDO ESENCIAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La noción “contenido esencial” de los derechos fundamentales constituye un concepto jurídico indeterminado.³⁹³ Esto no significa, como ha puesto de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA, que exista discrecionalidad en la determinación de su contenido. Por ello el proceso de constatación de cumplimiento de concepto jurídico indeterminado no puede ser nunca un proceso discrecional, sino un proceso de juicio o estimación, pues el proceso de aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un proceso reglado.³⁹⁴

³⁹² *Ibidem*, pp. 163 y 164. En el mismo sentido GAYARA DE CARA, JUAN CARLOS, *op. cit.*, p. 182 señala que “delimitación y configuración de los derechos fundamentales entendidos como funciones se confunden una con otra. Cada delimitación de un derecho fundamental determina al mismo tiempo su contenido. Ambas funciones pueden ser entendidas como desarrollo de los derechos fundamentales. Legislación y derechos fundamentales estarían unidos entre ellos en relación interna e inmanente”. MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO LUIS, *op. cit.* pp. 54 y ss., niega la existencia de un principio general de libertad. No es extraña la posición del autor si tenemos en cuenta que concibe el contenido de los derechos fundamentales como “un contenido que se deriva de la propia naturaleza jurídica del derecho y que, por tanto, es pre legal e incluso, en cierto sentido preconstitucional”.

³⁹³ *Ibidem* p. 142.

³⁹⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *La lucha contra las inmunidades del poder*, Tecnos, Madrid, 1983, pp. 36 y 37. El autor se refiere a la ley porque el objeto de su trabajo es el de diferenciar los actos discrecionales de la administración, frente a los conceptos jurídicos indeterminados en la actividad administrativa. Lo dicho, sin embargo, es extensible a los conceptos jurídicos indeterminados constitucionales y a los sujetos que deben concretarlos, dentro de los primeros estaría el “contenido esencial” de los derechos fundamentales.

La existencia de la fórmula del contenido esencial de los derechos fundamentales supone precisamente la propia posibilidad de su determinación. Manifiesta PRIETO SANCHÍS que “*el llamamiento a defender el contenido esencial fortalece la posición del Tribunal Constitucional, que tiene a su disposición como parámetro de constitucionalidad un concepto abierto a múltiples concreciones, una noción susceptible de ser definida en cada supuesto, atendiendo a los más heterogéneos principios jurídicos y valores sociales*”.³⁹⁵ En este sentido expresa el autor, “*la existencia de valores y principios o de cláusulas como la del contenido esencial, en verdad genérica e inconcreta, no creo que propicie necesariamente la aparición de un derecho libre o que abra las puertas a las concepciones políticas del intérprete. Incluso cabe pensar en lo contrario, pues ese género de cláusulas suponen la cristalización de los valores que dotan de sentido y cierran el ordenamiento*”.³⁹⁶

Para nuestro TC, en la citada sentencia, la determinación de los derechos fundamentales pasa por dos procedimientos complementarios: Por un lado, la naturaleza jurídica, esto es, “el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas”; y por otro, el interés jurídicamente protegido, o sea, que “los intereses jurídicamente protegibles que dan vida al derecho resultan real, concreta y efectivamente protegidos”. Entiende PRIETO SANCHÍS que de estos procedimientos se extraen las siguientes conclusiones: En primer lugar que el contenido esencial de un derecho comprende aquellos elementos mínimos que lo hacen reconocible. En segundo, que para determinar el contenido esencial no basta con acudir a la constitución, sino que ha de indagarse en la esfera de los conceptos jurídicos tradicionales. En tercer lugar que se trata de un concepto de valor absoluto y no relativo.³⁹⁷ Y por último, parece sostener también la existencia de un contenido esencial propio y diferenciado de cada uno de los derechos fundamentales”.³⁹⁸

PÉREZ LUÑO subraya el aspecto institucional, que a su juicio tendría mayor relevancia en esta sentencia; concretamente señala que el doble criterio postulado por el Tribunal Constitucional

³⁹⁵ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre...*, cit., p. 145.

³⁹⁶ *Ibídem*, p. 146. La reflexión del profesor se desarrolla a partir de la necesidad de acudir a “ideas tradicionales” que podría conducir a una jurisprudencia conservadora en materia de derechos fundamentales, de acuerdo con la interpretación de la sentencia 11/1981, de 8 de abril, que fija las líneas para concretizar aquellos derechos y que estudiaremos más adelante. STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 8, BJC núm. 2, pp. 83-105.

³⁹⁷ La cuestión, (se refiere al carácter absoluto del contenido esencial) muy discutida en Alemania, no se plantea de modo explícito en la sentencia comentada pero cabe deducir que la cláusula del contenido esencial no se configura como una exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso, puede sobrepasarse.

³⁹⁸ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre...*, cit., pp. 143 y 144.

debe entenderse como “una garantía institucional que hace referencia a los fines objetivamente establecidos (institucionalizados) por la constitución y en función de los cuales, precisamente, se reconocen los derechos y libertades fundamentales”, añadiendo, a continuación que en la determinación es necesario tener en cuenta el pozo de datos que ofrece la teoría institucional “con la apelación a la consciencia histórica que posee la humanidad, en el momento presente, de sus valores y derechos fundamentales”.³⁹⁹

Nos parece que desde la propia interpretación de la CE como lo ha demostrado la doctrina, sea constitucional o científica, se mantiene una posición distinta. En la norma fundamental se constitucionalizaría un completo derecho fundamental, no sólo el contenido mínimo, sino el conjunto de facultades que *a priori* podemos contener en el ámbito de un derecho. Por otro lado, existiría una garantía del derecho frente al legislador, que le impediría entrar y transformar el contenido esencial del derecho al que se refiere el art. 53.1. Así, no creemos que cuando se habla de la efectividad directa de los derechos fundamentales se refiera la efectividad únicamente del contenido mínimo de éstos, contenido que figura en el art. 53.1. Todo el derecho fundamental sería constitucionalizado *a priori*, con todas sus facultades; y si el derecho puede ser limitado en su contenido no “esencial”, esta limitación en todo caso, habrá de estar justificada en virtud de otro derecho fundamental o bien constitucional.^{400 401}

³⁹⁹ PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 312. Antes de asumir la tesis institucionalista, con la mencionada añadidura del iusnaturalismo crítico, el autor traza el significado de la fórmula del contenido esencial en relación con las teorías positivistas y de los valores; para la primera el contenido esencial sería la protección jurídica de los intereses que el derecho defina, para la segunda un núcleo objetivo pre legal.

⁴⁰⁰ En este sentido la S.T.C 11/1981, de 8 de abril, en su fj. 7, dice que la constitución “establece por sí misma los límites de los derechos fundamentales en algunas ocasiones. En otras ocasiones el límite del derecho deriva de la constitución sólo de manera mediata o indirecta, en tanto que ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionalmente protegidos” (STC 11/1981, de 8 de abril, BJC núm. 2, pp. 83-105). En nuestra doctrina PRIETO SANCHÍS ha manifestado igualmente que el contenido esencial “no se configura como una exigencia de proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y las circunstancias o finalidades que justifican dicho sacrificio, sino como una esfera de intangibilidad que nunca, en ningún caso, puede sobrepasarse”. PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre...*, *cit.*, p. 144. DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, *La regulación del ejercicio...*, *cit.*, p. 132, en el mismo sentido mantiene que “una limitación (del derecho fundamental) sólo es justificable si está constitucionalmente justificada y además no afecta al contenido esencial del derecho”.

⁴⁰¹ Que la competencia para regular o desarrollar los derechos comprende también la posibilidad de establecer límites ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en sentencia 140/86. La especial posición que ocupan los derechos fundamentales en el estado constitucional se manifiesta en un reforzamiento de sus garantías o de su resistencia jurídica frente a eventuales lesiones originadas en la actuación de los poderes públicos y en primer lugar del legislador. En este sentido, quizá la garantía más llamativa sea la recogida en el art. 53.1 CE, al establecer que “sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio” de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II. Una cláusula que tiene su origen en el art. 19 de la Ley Fundamental Alemana, sin embargo, presenta dos diferencias de cierta importancia: La primera es que, así como en Alemania no hay ninguna habilitación genérica en favor de la ley, sino que la garantía entra en juego sólo cuando existe un apoderamiento específico,⁴⁰¹ en España la fórmula constitucional autoriza que la ley pueda interferir en el dominio de todas las libertades, con independencia de que exista una remisión o autorización singular en el propio texto constitucional. La segunda diferencia, más sutil y que aquí tiene menor transcendencia, es que en la redacción alemana la cláusula sólo

En nuestra norma fundamental, por un lado, existe una constitucionalización de los derechos fundamentales y, por otra, una garantía frente al legislador que le impide limitar su contenido esencial. Por otro lado, entendemos que son acertados los comentarios realizados por PRIETO SANCHÍS a la sentencia 11/1981, de 8 de abril, en cuanto destaca la imposibilidad de una determinación del “contenido esencial” acudiendo únicamente a la constitución, pues su contenido es variable en el tiempo⁴⁰² y es misión de los órganos a los que compete su determinación, fundamentalmente el TC dotarlo de su concreción histórica, esto es, establecer el núcleo que contemporáneamente se entienda excluido a los límites del legislador.⁴⁰³

En esta determinación del “contenido esencial” juegan una decisiva función los conceptos jurídicos tradicionales. No en vano la propia sentencia se refiere a la naturaleza jurídica de los derechos fundamentales, concibiéndola como “el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas”. Estos conceptos, sin embargo, no suponen, como ha indicado PRIETO SANCHÍS, una jurisprudencia conservadora.⁴⁰⁴ Tampoco puede rechazarse la existencia de un contenido esencial propio del conjunto de los derechos fundamentales. En efecto, siempre que el TC plantea, si la limitación afecta eventualmente al contenido esencial de un derecho fundamental, lo hace desde una perspectiva singular, intenta delimitar el “contenido esencial” de cada derecho específicamente.⁴⁰⁵ Esto no obstaculiza sin embargo, a que los derechos fundamentales en su conjunto puedan operar como cúpula axiológica de nuestro ordenamiento jurídico con un contenido propio y plural.⁴⁰⁶

está prevista para leyes limitadoras de los derechos, mientras que en la española parece extenderse a cualquier intervención legislativa, incluida naturalmente la limitadora.

⁴⁰² BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO: “Derechos fundamentales y constitución normativa”, en AA.VV., X Jornadas de estudio. Introducción a los derechos fundamentales, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Secretaría General Técnica de Publicaciones, Madrid, 1988, vol. I, pp. 223-224. Para el autor esta idea está expresada en la STC 11/1981, de 8 de abril, cuando dice que en relación con la determinación del contenido, que estará “*al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de los derechos fundamentales*”.

⁴⁰³ Nos oponemos así a aquellas doctrinas que atribuyen al contenido esencial un contenido superior y preexistente a la constitución, vinculándolo con el iusnaturalismo, como hace LORENZO RODRÍGUEZ ARMAS, MAGDALENA: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales, enunciados en el art. 53.1 de la Constitución Española*, Comares, Granada, 1996, p. 180.

⁴⁰⁴ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre...*, cit., p. 145.

⁴⁰⁵ Así, por ejemplo, sobre el derecho a la libertad de empresa la STC 37/1981, de 16 de noviembre, fj. 2º, BJC, núm. 7, p. 491-518; con relación a la objeción de conciencia STC 15/1982, de 23 de abril, fj. 8º, BJC, núm. 13, pp. 330-337; derecho a la tutela judicial STC 62/1983, de 11 de julio, fj. 2º y 3º, BJC, núm. 28/29, pp. 966-971; STC 124/1984, de 18 de diciembre, fj. 1º, 2º y 3º, BJC, núm. 45, pp. 26-31.

⁴⁰⁶ En este sentido STC 12/1981, de 31 de marzo, en su fj. 3º: “*La constitución tiene la significación primordial de establecer y fundamentar un orden de convivencia política general de cara al futuro, singularmente en materias de derechos fundamentales y libertades públicas*” (STC 12/1981, de 31 de marzo, BJ, núm. 3, pp. 191-195.). En el mismo sentido la STC. 18/1981, de 8 de junio, en su fj. 2º, dice: “*La Constitución incorpora un sistema de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental*” (STC 18/1981, de 8 de junio, BJC, núm. 3, pp. 209-215).

En la doctrina alemana se han elaborado dos tipos de teorías para la determinación del contenido esencial, como ha observado FREIXES SANJUÁN: “las teorías absolutas, las cuales asegurarían un contenido positivo inalterable al derecho (si bien podría variar para cada derecho en concreto), y las teorías relativas, que admitirían intervenciones o limitaciones al derecho formuladas en forma tal que respetaran el principio de ponderación de bienes (en el bien entendido que a veces los límites podrían conllevar restricciones de ejercicio)”.⁴⁰⁷ Como manifestamos en la interpretación de la cláusula del contenido esencial pugnan estas dos posiciones. En síntesis, la primera viene a identificar el contenido esencial con la ya comentada exigencia de justificación de la medida limitadora, lo que conduce a un cierto vaciamiento de la garantía en cuestión: el contenido esencial de un derecho sería aquella parte del derecho que todavía queda en pie una vez que ha operado una limitación justificada o legítima”,⁴⁰⁸ lo que en hipótesis podría conducir al sacrificio completo del derecho si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomendase. La segunda, en cambio, viene a sostener la existencia de un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso, es decir, aun cuando concurriesen razones justificadoras de su limitación o restricción: el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate. Pero si la primera teoría puede desembocar en un vaciamiento de la cláusula, esta última parece hacerla innecesaria o propiciar incluso una

⁴⁰⁷ FREIXES SANJUÁN, TERESA: “El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites o en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 C.E”, en *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, centro de publicaciones, Madrid, 1988, v. 1, pp. 507-541. El autor expresa que: “Las teorías absolutas, con independencia de cuál sea el objeto con que identifican el contenido esencial, consideran que éste es una medida fija que tiene un carácter constitutivo en el sentido de que cada norma de derecho fundamental contiene, necesariamente, un mínimo de manera estable e inafectable, con la consecuencia de que, en caso de ser infringido dicho mínimo por una decisión legislativa de desarrollo normativo, se produce una declaración de inconstitucionalidad de dicha decisión. Este núcleo está constituido por elementos típicos que configuran el derecho fundamental, lo cual implica recurrir a argumentaciones extra contextuales para su determinación”. Para estas teorías, el contenido esencial está excluido de la intervención del legislador, por lo que “no puede ser determinado el contenido esencial con certeza y seguridad jurídica, en un momento anterior a la intervención del Tribunal Constitucional, puesto que es la última instancia de decisión”. Las teorías relativas del contenido esencial, por su parte, “tienen como punto de partida común el hecho de que no se basan en establecer el contenido esencial de un derecho fundamental como una medida preestablecida y fija. Para las teorías relativas sería admisible constitucionalmente que en un caso concreto se pudiera realizar una intervención que suponga una inaplicación del derecho fundamental en una situación concreta, siempre que se pudiera justificar constitucionalmente [...] Para las teorías relativas, el contenido esencial tiene un valor declarativo en el sentido de que no es un elemento estable, una parte autónoma del derecho fundamental, siendo determinable exclusivamente a partir de la propia norma del derecho fundamental en conexión con la justificación constitucional de la intervención o limitación del derecho fundamental”. Vid. GAYARA DE CARA, JUAN CARLOS, *op. cit.*, pp. 271 y 272 para un análisis más detenido de las distintas teorías absolutas y relativas en la doctrina alemana pp. 226-335. Para MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO LUIS, *op. cit.* pp. 37 y 49 ambas teorías conducen a la relativización de los derechos fundamentales al conectar el contenido esencial con la limitación legislativa, vinculación que cabría quizás en la constitución alemana pero no en el art. 53 de la Constitución Española que “no está haciendo referencia alguna a ese poder limitador, sino a la facultad del legislador de regular el ejercicio de los derechos”. En su opinión, se trataría de establecer los límites internos de la garantía absoluta de los derechos fundamentales en que consiste la exigencia de respeto a su contenido esencial.

⁴⁰⁸ Como dice ALEXY, *Teoría de los...*, *cit.*, p. 288, desde esta perspectiva “...el contenido esencial es aquello que queda después de una ponderación”.

disminución del nivel de las garantías. Por tanto sería innecesaria porque si los derechos tienen naturaleza constitucional, es obvio que la ley no puede llegar a lesionarlos y mucho menos en su “esencia”, pero ello sin necesidad de que lo establezca el art. 53.1 CE; sencillamente, en virtud del principio de constitucionalidad, los derechos fundamentales se muestran resistentes frente al legislador. Y puede propiciar una disminución del nivel de garantías porque si se entendiera que, respetado el contenido esencial, la ley puede operar libremente en la esfera del derecho considerada como no esencial, resultaría que toda ley limitadora del “contenido adjetivo o periférico” debería reputarse legítima, aun cuando fuese arbitraria o no justificada.

En la constitución no se recoge el régimen jurídico general de un derecho, sino que se enuncian de forma ambigua e indeterminada una serie de derechos que el legislador habrá de “configurar” mediante ley orgánica u ordinaria, según corresponda. La constitución sólo “prefigura” los derechos fundamentales, exigiendo una intervención por parte del legislador. Junto a esto estaría el “contenido esencial”, contenido mínimo de los derechos fundamentales, contenido, podríamos decir, “pre configurado” por el constituyente, en el que el legislador sí puede entrar, sí puede regular, pero no puede limitar, porque entonces no existiría dicho derecho, sino su desnaturalización. Así, esta teoría “relativa” podría llevar a la adulteración de los derechos fundamentales, porque desde sus premisas iguala la justificación de los límites de los derechos con su contenido esencial; esto se traduce en que el contenido esencial comienza allí donde acaba la posibilidad de limitar el derecho.⁴⁰⁹

Le asiste razón a HÄBERLE cuando señala que la cláusula del contenido esencial de los derechos fundamentales no reconoce otra cosa que de forma previa no estuviera implícita en la declaración de derechos constitucionales, o sea, la existencia de los derechos fundamentales que suponen, en virtud del principio de jerarquía normativa (art. 9.2 CE). Sin embargo, la técnica del

⁴⁰⁹ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre...*, cit., pp. 151-152, esta doctrina ha sido utilizada excepcionalmente por el Tribunal Constitucional en la sentencia 161/1987, en su fj. 3º, al identificar el contenido esencial con la necesidad de justificación del límite, operando una relativización del derecho fundamental al negar la posibilidad de ejercitar el derecho fundamental a la objeción de conciencia al servicio militar, una vez que se ha entrado a filas. Vid. STC 161/1987, de 27 de octubre, BJC, núm. 79, pp. 1466-1474, espialmente los votos particulares de García Mono y González Requeral, Rodríguez Piñero y Bravo Ferrer, y de Latorre Segura. Para HÄBERLE, PETER: *Le libertà fondamentali nello Stato costituzionale*, Università, Roma, 1993, p. 74, el carácter absoluto de los derechos fundamentales entraría en juego sólo en los casos en que el derecho fundamental pierde su carácter normativo que identifica con efectividad: “La fuerza normativa de los derechos fundamentales se explicita a través de la concreta aplicación y el efectivo ejercicio por parte de una pluralidad de titulares [...] Los derechos no deberían por tanto perder su concreción y no deberían ser vaciados en sus efectos prácticos con una normativa establecida por el legislador [...] En este contexto encuentran su fundamento las sugestivas metáforas de la prohibición de vaciamiento (*Aushöhlung*), de un ahogamiento (*Abschnürung*) de los derechos fundamentales, y la prohibición de su degradación y de su degeneración a nudum ius, a pura forma”.

contenido esencial transforma en explícita la existencia de una parte central, de un núcleo que el parlamento puede regular pero no limitar. Sin esta cláusula, en buena lógica, no creemos que existan notables diferencias en el estatus de los derechos fundamentales; sin embargo, su ausencia podría suponer en algunos casos el riesgo de que se argumenten límites que vulneren y desnaturalicen el contenido mínimo del derecho, que con la cláusula de contenido esencial queda a mejor resguardo. En definitiva, podemos concluir diciendo que no nos parece aceptable la teoría relativa de la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales, pues no ofrece una verdadera utilidad en la interpretación de los preceptos iusfundamentales.

La concepción absoluta de los derechos fundamentales sostenida por PRIETO SANCHÍS entiende, en consonancia con la jurisprudencia del TC⁴¹⁰ que *“la cláusula del contenido esencial sólo resulta verdaderamente operativa cuando es entendida como un concepto o valor absoluto, pues si consistiese tan sólo en un requerimiento a examinar con particular cuidado la normativa limitadora, a fin de que ésta no sea injustificada o arbitraria, en puridad no añadiría nada a la protección de los derechos fundamentales”*.⁴¹¹ Considera que todo límite de los derechos fundamentales, además de tener una justificación ha de respetar un “contenido mínimo” inaccesible al legislador. El carácter absoluto del contenido esencial de los derechos fundamentales no quiere decir que estemos ante un concepto invariable; éste como otros conceptos constitucionales, aun manteniendo formalmente los mismos nombres, varía en su contenido. Esa alteración no es visible en cortos períodos históricos, sino que responde a modificaciones sociales más profundas y espaciadas. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional desempeña una importante función de adaptación que no se fundamenta en los criterios personales del juez, sino en la interacción entre el derecho y la sociedad, de la que el juez debe dar fe. Así lo entiende

⁴¹⁰ STC 159/1986, de 12 de diciembre, en su fj. 6º; 104/1986, de 17 de julio, fj. 5º y 7º.

⁴¹¹ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre...*, cit., p. 148. (STC 159/1986, de 12 de diciembre, BJC, núm. 68, pp. 1447-1457; STC 104/1986, de 17 de julio, BJC, núm. 64/65, pp. 1048-1055), sigue también esta línea DE OTTO Y PARDO, IGNACIO, *La regulación del ejercicio...*, cit., p. 132, quien parte de la posibilidad de relativización de los derechos fundamentales desde una consideración relativa o absoluta de su contenido esencial. En la primera esta desnaturalización es evidente *“...porque el derecho empieza allí donde acaba la posibilidad de limitarlo”*. En la concepción absoluta se llegaría a similares consecuencias, pues, en tanto exista un núcleo duro y que resista al legislador, presume que toda aquella parte del derecho no inscrito en el contenido esencial podría ser limitada aunque no exista justificación. Para resolver este problema yuxtapone ambos criterios: *“...una limitación sólo es justificable si está constitucionalmente justificada y además no afecta al contenido esencial del derecho”*. Hemos de hacer notar, no obstante, que lo que IGNACIO DE OTTO denomina yuxtaposición de las teorías relativa y absoluta no deja de ser, desde nuestro punto de vista, la formulación de esta última, porque ésta no significa, al menos en su variante aquí propuesta, la posibilidad de limitar indiscriminadamente aquella parte del derecho que no figura en su núcleo mínimo. Toda limitación de un derecho fundamental, como hemos dicho, ha de estar justificada y, además, ha de respetar el contenido esencial del derecho fundamental para que pueda enjuiciarse como legítima.

claramente nuestro juez constitucional, cuando se refiere a la determinación del contenido esencial de los derechos”.⁴¹²

Puede parecer en principio contradictoria la existencia de un contenido esencial absoluto y al mismo tiempo históricamente variable, sin embargo no es así. Los derechos fundamentales tienen un contenido mínimo (núcleo) cuya determinación debe enunciar el Tribunal Constitucional, esto es, delimitar aquella zona del derecho que no es accesible a los límites del legislador. Esto no quiere decir que esté prohibida la intervención del legislador en ese ámbito nuclear; lo que le está vedado es la posibilidad de limitar el contenido esencial y que supondría como hemos indicado, su desnaturalización. Por otro lado, sin embargo, no es admisible de manera alguna someter a las generaciones futuras a un concreto “contenido esencial” propio de un periodo determinado, porque el progreso ético-social y las transformaciones socioeconómicas fuerzan nuevas concepciones de los “contenidos esenciales” que el Tribunal Constitucional ha de confirmar.⁴¹³

La causa de la re conceptualización, eufemísticamente hablando de los derechos fundamentales y de su contenido esencial, lo hemos manifestado anteriormente, constituyen la evolución técnica, científica, ética, social, etc. que transforman la sociedad; con el objeto de responder a las nuevas necesidades que se plantean para adecuarlas a sus estructuras. Dentro de estas estructuras, la constitución, como norma fundamental del ordenamiento jurídico y en particular los derechos fundamentales como sustrato axiológico, juegan un papel decisivo, papel que se delega en cierta medida en el tribunal constitucional, utilizando un lenguaje genérico e incluso ambiguo, que éstos han de concretar con relación al periodo histórico en que se sitúe.⁴¹⁴ En definitiva, podemos decir que el contenido esencial se configura en nuestra constitución como un concepto absoluto, es decir, como un núcleo inaccesible a las limitaciones del legislador. Esto no implica que el legislador pueda limitar aquella parte del derecho que no sea nuclear, pues en la constitución se protege todo el derecho fundamental, no sólo el contenido esencial. La finalidad de esta cláusula es específicamente la de impedir la limitación del derecho fundamental por el

⁴¹² BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, *op. cit.*, pp. 223 y 224. Para el autor esta idea está expresada en la STC 11/1981, de 8 de abril, cuando dice en relación con la determinación del contenido que estará “...al momento histórico de que en cada caso se trata y a las condiciones inherentes en las sociedades democráticas cuando se trate de los derechos fundamentales”.

⁴¹³ RODRÍGUEZ GARCÍA, CARLOS JAVIER: “Algunas consideraciones sobre los derechos no protegidos en la convención europea de los derechos del hombre”, *Anales de la Universidad de la Laguna*, 1963-1964, t. I, pp. 1-36.

⁴¹⁴ En tal sentido véase FREIXES SANJUÁN, TERESA, *op. cit.*, p. 511, concretamente dice que “...será el mismo Tribunal Constitucional quien precise el contenido esencial de un derecho en los casos concretos en que exista controversia sobre el mismo”.

legislador en su estructura más íntima. Por tanto, también desde una concepción absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales se hace necesaria la exigencia de justificación de cualquier límite que los afecte. Dos serían las actividades a desarrollar por el tribunal constitucional cuando trata las limitaciones de los derechos fundamentales: en primer lugar determinar su justificación, y, en segundo, examinar que el límite no menoscabe el contenido esencial del derecho que se trate.

Hemos caracterizado anteriormente a la cláusula del contenido esencial como variable, sin que ello entre en contradicción con su carácter absoluto, pues los derechos fundamentales han de estar abiertos a las transformaciones y mutar con ellas su contenido mínimo. Lo contrario sería eternizar una determinada concepción de los derechos fundamentales y de sus contenidos-núcleo que, con toda seguridad, con el paso del tiempo no podría ser operativa causarían rechazo social. Estos cambios, no obstante, se producen lentamente y afectan de manera distinta a los diferentes derechos. Podemos, en fin, representar la cláusula del contenido esencial como absoluta y variable en los términos aquí establecidos.

Por ello parece que en principio sólo la versión absoluta ofrece las bases para una interpretación satisfactoria del contenido esencial como garantía autónoma de los derechos. Lo que ocurre es que, para no resultar perturbadora, ha de entenderse como la *última* y no como la *única* garantía. Como suele decirse, se trata de un “límite de los límites”, de una barrera insuperable que se eleva una vez que la disposición restrictiva se acredita en sí misma como razonable o suficientemente justificada. En suma, toda limitación de un derecho fundamental debe estar justificada y además respetar su contenido esencial o, dicho de otro modo, aun cuando una disposición limitadora cuente a su favor con buenas razones, resultará ilegítima si llega a dañar el contenido mínimo o esencial de un derecho.

Ahora bien, creemos que el verdadero problema que presenta la cláusula del contenido esencial es que no se trata ya de un concepto indeterminado, sino más bien de un concepto impredecible, en el sentido que parece imposible suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar en abstracto lo que de esencial tiene un derecho fundamental, y en estas condiciones resulta que sólo en el momento del concreto enjuiciamiento por parte del TC podrá éste determinar si aquello que se nos presenta como un derecho sigue siendo reconocible como tal, a la luz del significado constitucional.

Esa relativización del contenido esencial, esa tendencia a vincularlo con la tarea justificadora no deja por otra parte de ser comprensible, pues parecería en verdad sorprendente que tras reconocerse la necesidad de una ley limitadora en orden a la protección de algún bien constitucional, o de otro derecho fundamental, se declarase luego ilegítima por vulnerar el núcleo de un derecho. ¿Significa esto que la garantía deviene superfina? Desde luego, algunos así lo han interpretado. Por nuestra parte, creemos que aún puede desempeñar dos funciones complementarias, dentro del marco argumentativo a propósito de la limitación de derechos: una primera, que pudiéramos llamar autónoma, consistiría en recordar a los operadores jurídicos el papel central de los derechos fundamentales en el estado constitucional, sirviendo de contrapunto a los argumentos económicos o ponderativos; sería algo así como la traducción jurídico positiva de la secular vocación de los derechos humanos como derechos absolutos, al margen del regateo político y del cálculo de intereses sociales, para decirlo en palabras de RAWLS. En suma, el simple hecho de que exista la cláusula, obliga (o debería obligar) a los jueces a pronunciarse sobre ella misma en todos los casos en que estuviera en juego un derecho fundamental; y ese pronunciamiento ya no miraría hacia el otro bien constitucional en pugna, que es lo que suele suceder cuando se pondera, sino hacia el derecho en sí mismo considerado, preguntándose qué es lo que queda de él tras la regulación legislativa. No se trata, por cierto, de preservar “una parte” del derecho como esfera intocable, olvidándose de la “otra parte”, pues sólo metafóricamente cabe hablar de “partes” en el contenido de un derecho. De lo que se trata más bien es de comprobar si, al final de la regulación legislativa el derecho fundamental puede seguir siendo reconocible como perteneciente al tipo descrito en la constitución según los criterios de significado de nuestro lenguaje y cultura jurídica. La segunda función, que pudiéramos llamar fiduciaria o conectada a la otra condición que debe reunir una ley limitadora, se contrae a una exigencia de “mayor justificación”. Como veremos, esta segunda condición obliga a poner en relación (a ponderar) la necesidad y los beneficios que proporciona una regulación legal desde la perspectiva de cierto bien constitucional con los sacrificios que comporta desde la perspectiva de los derechos.

Sin embargo, en la teoría de los derechos fundamentales más reciente el aspecto clave de la actividad limitadora ya no parece ser el respeto al contenido esencial, y mucho menos identificado éste como núcleo de intangibilidad, sino más bien la necesidad de justificar cualquier medida o disposición restrictiva. Aunque esta exigencia de justificación referida al legislador bien puede interpretarse como una lesión del principio de separación de poderes pese a que la constitución *sólo* dice de forma expresa que habrá de respetarse el contenido esencial, lo cierto es que la jurisprudencia del TC ha insistido desde los primeros momentos en que cualquier ley

limitadora de los derechos ha de resultar justificada o no arbitraria.⁴¹⁵ Es verdad que para encontrar fundamento a dicha exigencia pudo haberse recurrido al original precepto que contiene el art. 9.3 CE a propósito de la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos” y, por tanto, también del legislador,⁴¹⁶ pero todo parece indicar que en la jurisprudencia este argumento se ha desarrollado como una consecuencia autónoma del especial régimen jurídico de los derechos fundamentales o incluso como un principio general del derecho,⁴¹⁷ y no tanto como una derivación del art. 9.3. Una ley está justificada cuando resulta razonable, esto es, cuando la lesión que supone en un derecho aparece como razonable para la protección de otro bien, derecho o para la consecución de un fin legítimo. El juicio de razonabilidad, que ha resultado especialmente fecundo en la aplicación jurisprudencial de la igualdad, se traduce aquí en una exigencia de ponderación entre dos principios en conflicto, aquel que resulta afectado por la ley y aquel otro que sirve de cobertura o justificación a la misma, y puede formularse así: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”.⁴¹⁸ El método de la ponderación no supone establecer un orden jerárquico entre los distintos bienes o derechos, pues, salvo que la prioridad haya sido establecida de forma directa por la constitución, hemos de suponer que en abstracto todos ellos tienen el mismo peso o importancia. Por eso, la ponderación conduce a una exigencia de proporcionalidad que implica establecer un orden de preferencia relativo al caso concreto.⁴¹⁹ Como explica GUASTINI,⁴²⁰ la técnica de la ponderación es la típica para la resolución de los conflictos entre principios constitucionales, donde no cabe aplicar las reglas tradicionales de resolución de antinomias. Lo característico de la ponderación es que con ella no se logra una respuesta válida para todo supuesto; no se obtiene, por ejemplo, una conclusión que ordene otorgar preferencia siempre a la seguridad pública sobre la libertad individual o a los derechos civiles sobre los sociales, sino que se logra sólo una preferencia relativa al caso concreto que no excluye una solución diferente en otro caso; se trata, por tanto, de una jerarquía móvil que no conduce a la declaración de invalidez de uno de

⁴¹⁵ Así, en la ya citada sentencia 11/1981, tras analizar el alcance de la cláusula del contenido esencial, se afirma que la ley puede regular las condiciones de ejercicio del derecho, pero siempre que no sean arbitrarias.

⁴¹⁶ Vid. sobre el particular FERNÁNDEZ, TOMAS RAMÓN: *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998.

⁴¹⁷ Vid. STC 62/1982, Aranzadi.

⁴¹⁸ ALEXY, ROBERT: *Teoría de los...*, cit., p. 161.

⁴¹⁹ En palabras del Tribunal Constitucional, no se trata de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar desde la situación jurídica creada ambos derechos o libertades, ponderando, pesando cada uno de ellos en su eficacia recíproca (STC 320/1994).

⁴²⁰ GUASTINI, RICCARDO: “Specificità dell’interpretazione costituzionale”, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e Diritto*, 1996 y *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 177 y ss.

los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto sea preciso reconocer primacía a uno u otro.

2.4 CLÁUSULAS EXPLÍCITAS DE LIMITACIÓN A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El contenido esencial de los derechos fundamentales lo hemos configurado como aquella parte del derecho intangible a la limitación del legislador.⁴²¹ La otra parte del derecho que el legislador puede limitar no queda, como también hemos manifestado, a su libre arbitrio. Toda limitación ha de estar justificada en la protección de otro bien constitucional. Este esquema lo establecíamos con carácter general para todos los derechos fundamentales, interpretando el art. 53.1 CE. Sin embargo, en relación con algunos derechos, al ser enunciados por el constituyente, se presentan límites particulares: así, por ejemplo, el art. 20.4 establece que *“estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*.⁴²² La ley que regule el ejercicio de este derecho, sin perjuicio de las limitaciones que pueda establecer, *incluirá las garantías precisas para asegurar el desarrollo de estos derechos*. ¿Qué significado tienen estas limitaciones “extraordinarias”? ¿Se trata de una especificación para casos concretos de la teoría general de los límites de los derechos fundamentales o por el contrario suponen una mayor esfera de limitación?

La respuesta a estas cuestiones ha de buscarse en la consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, por la cual todos los derechos son limitados.⁴²³ Ahora bien, en primer lugar, la

⁴²¹ Sobre el carácter limitado que tienen los derechos fundamentales véase DE ASÍS ROIG, RAFAEL: “Sobre los límites de los derechos”, *derechos y libertades en Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 3, 1994, mayo-diciembre, pp. 111-130. El autor parte de un concepto amplio de los derechos fundamentales, y de una comprensión extensiva de los posibles límites que pueden discernirse en relación con los derechos fundamentales y que individualiza en los que se refieren a la aproximación a los derechos, a su concepto, a su titularidad, a su ejercicio, a su significado, a su plasmación jurídica y a los sujetos obligados.

⁴²² Sólo en una ocasión se constitucionaliza un derecho fundamental como límite de otro; así el art. 20.4, que condiciona el derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, a los derechos reconocidos en el Título I y, específicamente, al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

⁴²³ Así la STC 91/1983, de 7 de noviembre, fj. 3º, dice que *“...los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución [...] no son ilimitados, sino que encuentran sus límites en los derechos de los demás (art. 10 de la constitución) y, en general, en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos”*; la STC de 8 de abril de 1981, en su fj. 9º, aludía también a este extremo al mantener que *“ningún derecho constitucional [...] es un derecho ilimitado”*.⁴²³ Más interesante nos parece a estos efectos la STC 2/1982, de 29 de enero, en su fj. 5º, que indicaba que *“...todo derecho tiene sus límites que, como señalaba este tribunal en la sentencia de 8 de abril de 1981 [...] en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”*.

limitabilidad de los derechos fundamentales, que en ningún caso como hemos manifestado *ut supra*, puede afectar a su contenido esencial.

En forma similar se ha expresado la doctrina. Así, SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA expresa que la diferencia radica únicamente en su carácter explícito, mientras algunos límites están expresados en la constitución y otros no lo están.⁴²⁴

La limitabilidad de los derechos fundamentales en virtud de otros valores constitucionales es una doctrina aceptada unánimemente. La propia constitución establece límites expresos con relación a determinados derechos, y la cláusula general de limitabilidad del art. 53.1 CE interpretada *a contrario sensu* también parece ampararlos. En mismo sentido se ha expresado el TC en STC 110/1984 de 26 de noviembre, el cual rechaza que el ejercicio de un derecho se alegue para entorpecer un “fin social”.⁴²⁵ Esta decisión sólo acepta límites que tengan carácter constitucional. Dentro de estos “bienes” que pueden justificar la limitación de los derechos fundamentales estarían otros derechos fundamentales. En estos casos, como vemos, estaríamos ante la colisión de derechos fundamentales. Frente a esta tesis jurisprudencial el TC ha sostenido en otras ocasiones la posibilidad de limitar los derechos fundamentales con bienes infra constitucionales; así, en la sentencia STC 120/1983⁴²⁶ se limita la libertad de expresión del art. 20.4 con la buena fe del art. 7 CCE.⁴²⁷ Por su parte la S.T.C. 62/1982 va a recabar criterios en el Convenio de Roma de 1950 para limitar el mismo derecho.⁴²⁸

⁴²⁴ SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, JUAN JOSÉ, “Algunas cuestiones básicas para la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991, p. 99. En el mismo sentido DE ESTEBAN, JORGE Y LÓPEZ GUERRA, LUIS: *El régimen constitucional español*, Labor, Madrid, 1984, p. 132.

⁴²⁵ STC 110/1984, de 26 de noviembre, fj. 5º, BJC, núm. 44, pp. 1421- 1429. “*Todo derecho tiene sus límites que en relación con los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunas ocasiones, mientras en otras el límite deriva de una manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no sólo otros derechos constitucionales protegidos, sino también otros bienes constitucionales*”. En el mismo sentido STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 5º, BJC, núm. 2, pp. 83-113; STC 2/1982, de 29 de enero, fj. 5º, BJC, núm. 10, pp. 102-106; y la STC 22/1984, de 17 de febrero, fj. 3º, BJC, núm. 35, pp. 388-405.

⁴²⁶ STC 120/1983, de 15 de diciembre, fj. 2º, BJC, núm. 33, pp. 32-39.

⁴²⁷ En este caso profesores en huelga son despedidos por enviar una carta a los padres de los alumnos denunciando las irregularidades que se han producido en un centro escolar al haberse contratado a otros profesores para la realización de los exámenes de septiembre. La sentencia aceptó la buena fe como límite de la libertad de expresión.

⁴²⁸ STC 62/1982, de 15 de octubre, fj. 3º, BJC, núm. 19, pp. 919-931. El art. 10 del Convenio de Roma señala que “...*el ejercicio de estas libertades que entrañen deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial*”.

Por otro lado, el profesor LATORRE SEGURA dice que la doctrina del tribunal “se inclina en este aspecto a considerar como límites de los derechos fundamentales sólo la protección de los bienes y valores constitucionalmente protegidos”. Para PRIETO SANCHÍS, “su limitación puede venir amparada por otros valores o bienes constitucionales y aun infra constitucionales”.⁴²⁹ Lo cierto es que identificar las limitaciones de los derechos fundamentales con las que tienen una justificación constitucional nos parece una perspectiva restrictiva y sin fundamento constitucional alguno. El art. 53.1 establece un núcleo inaccesible a los límites del legislador y consecuentemente un contenido adicional y limitable. En este mismo sentido es clara la jurisprudencia de nuestro TC al reconocer límites como la buena fe, que tienen un carácter infra constitucional.⁴³⁰ Tampoco se puede olvidar, por otro lado, que “la constitución reconoce tan amplio número de valores y principios, que la mayor parte de las cláusulas limitadoras encontrarán fácil cobertura en ellos”.⁴³¹

La posibilidad de limitar los derechos fundamentales con bienes que no encuentran su justificación en la constitución no puede hacernos perder de vista la existencia de fórmulas interpretativas que otorgan primacía a la efectividad de los derechos fundamentales. Así PÉREZ LUÑO habla del principio *in dubio, pro libertate* o del principio de aplicabilidad directa de los derechos fundamentales.⁴³² La jurisprudencia constitucional tampoco es ajena a esta línea y así la STC 159/1986 manifiesta que los límites se habrán de interpretar con “criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de los derechos fundamentales”.⁴³³

Los derechos fundamentales enumerados en el título I, capítulo II, sección I de la CE, elementos medulares de los ordenamientos constitucionales, están establecidos bajo un sistema de equidad valorativa y jerárquica, aunque sin desconocer el límite constitucional establecido en el art. 20.4 CE.⁴³⁴ Estos constituyen un marco unitario y jerárquicamente equitativo de protección, más allá que en la realidad práctica, tan mutable y variada de la vida social, alguno de ellos pueden

⁴²⁹ LATORRE SEGURA, ÁNGEL, *Diez años de jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, Ministerio de Justicia, centro de publicaciones, Madrid, 1988, v. III p. 2009. PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre...*, cit., p. 164.

⁴³⁰ En sentido contrario AGUIAR DE LUQUE, LUIS, *op. cit.*, p. 34 entiende que “...los derechos fundamentales tienen un componente individualista que se compadece mal con las nociones de buena fe y abuso del derecho que descansan en un juicio de intenciones o en la utilización del derecho para fines distintos a los previstos en el ordenamiento con un carácter antisocial”.

⁴³¹ PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre...*, cit., p. 165.

⁴³² PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Los derechos...*, cit., p. 315.

⁴³³ STC 159/1986, de 12 de diciembre, fj. 6º, BJC, núm. 68, pp. 1447- 1457. En el mismo sentido STC 25/1981, de 14 de julio, BJC, núm. 5, pp. 324-334.

⁴³⁴ BELLUSCIO, AUGUSTO: “Daños causado por la publicación de noticias”, en *Derecho de daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 371 y ss. El autor expresa que este ha sido el criterio sustentado en innumerables sentencias por la CSJN.

encontrarse enfrentados. Situación está que demanda un arduo trabajo de interpretación, armonización y de valoración coyuntural de los derechos en pugna.

El primer problema en orden de mérito que nos ocupa, es el planteado por el art. 20.4 CE, el que desarrollaremos en este epígrafe. Nuestro segundo problema a resolver, lo encontramos en el mismo art. 20.1 d CE, sobre el valor de la verdad o verosimilitud ⁴³⁵ en la confrontación y valoración de este derecho, como elemento justificante, o pieza clave para la aplicación de un criterio correcto de ponderación análisis de equilibrio, sin destruir la identidad jerárquica que debe existir entre los derechos fundamentales en esta estructura. ⁴³⁶

Lo que nos interesa ahora, es la pronunciación y protección que surge de la norma constitucional sobre los derechos fundamentales en conflicto, ⁴³⁷ derechos estos en palabras de PÉREZ LUÑO, que hacen referencia a *“aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”*, ⁴³⁸ conforme surge del art. 53 de la CE.

Entendemos que del análisis de los aspectos abordados del art. 20.4 CE, ⁴³⁹ surge claramente una limitación condicionada en la protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia

⁴³⁵ Este concepto creemos viene a ser el más exacto de los anteriores usados. Protágoras, uno de los primeros sofistas de la antigüedad, en su tercer libro titulado, *Acerca de la Verdad*, desarrolla la tesis de la *homo mensura*, o dicho de otro modo del hombre como medida y en este sentido expresa: *“El hombre es la medida de las cosas, de las que son en tanto son y de las que no son en tanto no son”* lo que implica que cualquier valoración lo es sine qua non de carácter subjetivo y por lo tanto nunca conlleva una verdad de carácter absoluto, ni siquiera lo es, sin embargo, lo que siempre busca el hombre, que es la verosimilitud, lo más allegado a la verdad, y esta palabra es o constituye el marco donde se desarrolla de manera más acabada la investigación social y por ende el desarrollo de las ciencias prácticas.

⁴³⁶ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: *Honor y libertad de expresión, las causas de justificación en los delitos contra el honor*; Tecnos, Madrid 1987, pp. 55 y 56, expresa: *“...este principio ha sido acogido desde sus primeras sentencias por el Tribunal Constitucional, al afirmar que siempre ha de procurarse una interpretación que “busque y fije equilibrio y no la jerarquización entre los derechos en consecuencia, pues todos ellos son bienes del ordenamiento que importa conservar y armonizar en la medida de lo posible”*.

⁴³⁷ Constituyen éstos los derechos objeto de nuestro estudio. Vid. LÓPEZ GUERRA, LUIS: *Constitución Española*, Tecnos, 1983. En su artículo núm. 10.1, art. 14, art. 18.1: *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”*. 20.1 *“se reconocen y protegen los derechos: a).- a expresar y difundir libremente los pensamientos ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de producción”*. d).- *“A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”*. art. 20.4 *“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”*. art. 53.1 *“Los derechos y libertades reconocidas en el capítulo segundo del presente Título vincula a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el art. 161.1, a”*

⁴³⁸ Vid. PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE: *Derechos humanos...*, cit.

⁴³⁹ *Ibidem*, p. 68. *“La problemática que presenta este aspecto es análoga a la que se produce en la República Federal de Alemania en torno al art. 5.2 de la Ley Fundamental de Bonn, continuación de la que ya tuvo lugar respecto al artículo 118 de la Constitución de Weimar”*. En art. 5 de la Ley Fundamental de Bonn los límites de la libertad de

imagen. Asimismo, cabe destacar que, solo en esta ocasión, se constitucionaliza expresamente un derecho fundamental como límite de otro derecho fundamental. Todo esto además del límite establecido por el art.10 CE en la dignidad humana.⁴⁴⁰ Ahora bien, el hecho de que se constituyan *límites o restricciones a la libertad de expresión-información*, no impone el establecimiento de derechos de diversos rangos, sino más bien una “*línea de advertencia o sistema de equidad práctica, interrelacionar y valorativa entre ellos*”,⁴⁴¹ donde unos derechos encuentran su *naturaleza funcional* en la existencia de otros en coherencia, armonización y equilibrio. En contraposición a lo expresado por PLAZA PENADES,⁴⁴² consideramos que el límite enunciado en el texto constitucional, solamente constituye un elemento de garantía, puesto que el honor, la intimidad y la propia imagen representan el elemento más vulnerable en una posible confrontación. Sin desconocer lo afirmado en acápites anteriores, y obligados por la rigurosidad conceptual, partimos de la hipótesis de que el art. 20.4 de la CE constituye un límite o restricción de carácter directamente constitucional, como lo expresa ALEXY.⁴⁴³

Creemos, tal como hicimos referencia anteriormente, que los llamados límites deben ser entendidos como condicionantes internos, como elementos reguladores de la propia naturaleza funcional de la libertad de expresión e información, delimitadores de derechos, integrados en su núcleo (el que está formado por diversos elementos), lo que determina el margen de discrecionalidad del mismo. Para nosotros, el margen del ejercicio lícito y efectivo del derecho

expresión se encuentran en las prescripciones de la leyes generales, mientras que el texto español prescinde de esta devastadora prescripción solo a las leyes que regulan el desarrollo de los derechos reconocidos en este título, pero por otro lado corre el riesgo de dejar vacío de contenido este derecho. Esta postura fue objeto de revisiones a partir de la sentencia de 15 de enero de 1958 en el caso Lüth. En concreto, el Tribunal Constitucional Alemán utiliza la denominada teoría de la interacción (Wechselwirkungslehre) y el principio de ponderación (Abwägungsprinzip). Por primera vez se tiene en cuenta la interrelación entre los derechos, lo que supone una concepción dinámica de los mismos en su interrelación con los otros derechos y en su aplicación al caso concreto.

⁴⁴⁰Aunque así lo entendía y constituyó la óptica dominante del TS en la materia, claramente manifestado en las sentencias del 2 y 27 de Junio de 1986 y del 1 de diciembre de 1986. Para este tribunal los límites a la libertad de expresión-información estarían dados de manera rígida en el 20.4 de la CE.

⁴⁴¹ Posiciones análogas a las manifestadas son las de GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL: “*Estado democrático y libertad de expresión*” en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 1982, p. 167; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: “*Libertad de expresión y derecho al honor. Criterios jurisprudenciales para la resolución de conflictos*” en *Estudios sobre la Constitución Española* en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, T. II, Civitas, Madrid, 1991, p. 897.

⁴⁴² PLAZA PENADÉS, JAVIER, *op. cit.*, p. 115, “...*el derecho al honor era considerado, en el art. 20.4 CE, como límite expreso de las libertades del 20.1 de la Constitución y no a la inversa...*”

⁴⁴³ ALEXY, ROBERT, *Teoría de los....., cit.*, p. 249.

a la libertad de expresión e información, constituye su naturaleza funcional,⁴⁴⁴ y su condicionante está compuesto por su propia naturaleza.⁴⁴⁵

2.5 DERECHOS CONSTITUCIONALES DE IGUAL RANGO PERO CON INTERESES TELEOLÓGICOS SUBYACENTES. CRITERIO DE PONDERACIÓN

Es relevante señalar, y así lo hemos expresado precedentemente, que los derechos establecidos en los arts. 18 y 20 CE, se encuentran establecidos en el mismo título, capítulo y sección de la carta magna, donde están contenidos los derechos que gozan de un mayor nivel de garantía y protección.⁴⁴⁶ Por ello deducimos que entre ambos existe un mismo nivel de rango y jerarquía, razón por la cual no surge de la CE ningún indicio que establezca a nivel formal preferencia alguna, más allá de la restricción que surge del mismo texto constitucional.⁴⁴⁷

VIVEN ANTÓN,⁴⁴⁸ señala la inseguridad jurídica que conlleva librar un criterio de resolución o confrontación al libre albedrío de los jueces, concediéndoles a estos la potestad de establecer los límites a los derechos fundamentales en conflicto; puesto que dicha actividad solo pueden ser concretada a través de la sanción de leyes orgánicas, a tenor de lo establecido por los art. 53.1 y 81.1 de la CE.⁴⁴⁹

⁴⁴⁴ Cuando del ejercicio de estos derechos hay omisión en la consideración de los elementos determinantes de su ejercicio, violando otros derechos, objetivamente se pierde su naturaleza funcional. Lo que quiere decir que desde ese momento ya no está ejerciendo ese derecho, sino que ha dejado de ejercerlo y está en el campo de otro derecho.

⁴⁴⁵ Cuando hablamos de naturaleza funcional hacemos referencia al objeto, esencia y finalidad del derecho que imprime su existencia y que le confiere el marco lícito de ejercicio.

⁴⁴⁶ Conforme lo establece el art. 53 de la CE, al otorgarles la protección preferente del amparo.

⁴⁴⁷ Art. 20.4 CE. *“Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.*

⁴⁴⁸ VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR, *“Libertad de expresión...”*, cit., p. 167.

⁴⁴⁹ Afirmación a la que no adherimos, pues si desconocemos la labor o negamos la labor el juez en este conflicto ante la vaguedad del texto constitucional y la parquedad de la ley orgánica que lo desarrolla, estaríamos ante un agujero negro de difícil salida, vacíos de derecho y de soluciones equitativas. Sabemos que a las carencias de la ley vino a suplirlas el Tribunal Constitucional, con una doctrina tan rica que hoy en día no se entiende la LO 1/82 sin la correcta interpretación que de ella ha hecho el supremo intérprete de la constitución. Puede afirmarse que hasta 1986 no se dicta la primera sentencia que afecte sustancialmente al art. 18.1 de la constitución. Pero el 17 de julio de 1986 se pronuncia la trascendental sentencia 104/1986, que viene a sentar una importantísima doctrina, inspirándose tanto en el tribunal supremo norteamericano, el tribunal europeo de derechos humanos, como en el Tribunal Constitucional alemán: honor, intimidad y propia imagen suponen unos derechos que deben ponerse en uno de los platillos de la balanza, para efectuar un *balancing* con las libertades de expresión o información. En esa «necesaria y casuística ponderación» habrá de tenerse en cuenta no solo el valor de los derechos fundamentales que ambos binomios poseen, sino también la consideración de «garantía institucional» de las libertades del art. 20.1 de la constitución. Con la escasa base que la LO 1/82 suministra, y apoyándose directamente en el texto de la norma suprema, el Tribunal Constitucional ha desarrollado los tres derechos regulados. No podemos negar que anteriormente a esta sentencia ya se van sentando parámetros, es posible que aun insospechado por los tribunales para la posterior aplicación de un criterio modificador, como lo es el claro ejemplo de la STC 6/1981 105/1983.

Sostenemos el establecimiento de *principios pragmáticos y adaptables a la multiplicidad casuística*, sin que ello implique la jerarquización de derechos fundamentales, aunque la protección de la dignidad de la persona debe primar frente a todo tipo de agresión.⁴⁵⁰ Como ya expresamos anteriormente, la equidad jerárquica de todos los derechos fundamentales es la regla, pero consideramos que algunos puedan tener un valor agregado en determinadas circunstancias, dadas por su misma entidad y esencia, conforme al caso determinado; por ello esta valoración para nada es inmutable.⁴⁵¹

Considerando lo variable que ha sido la interpretación jurisprudencial, con respecto a los conflictos de los art. 18 y 20 CE y la propia LO1/82, creemos que una interpretación modificativa es totalmente inaceptable, no solo por la inseguridad jurídica que genera, sino por la flagrante violación al contenido esencial de los derechos fundamentales y a lo prescrito por la ley. Asimismo también constituye una atribución de facultades legislativas a los jueces, inaceptable cuando generan letra jurídica totalmente antagónica respecto de la ley.

Como sabemos, el camino jurisprudencial hasta lograr un criterio viable ha sido largo y titubeante, pendulando de un extremo a otro; correcto, muchas veces en la práctica, aunque a veces forzado en lo conceptual.⁴⁵² Muchos han sido los factores a los que se han atribuido este constante

⁴⁵⁰ El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido, sin embargo, modulado en nuestra jurisprudencia, negando su jerarquía sobre otros derechos fundamentales (STC 42/1995, de 13 de febrero, fj. 2º, BOE 66 del 18 de marzo; 11/2000, de 17 de enero, fj. 7º). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, y su prevalencia sobre el derecho al honor garantizado en el art. 18.1 CE, siempre supeditada y armonizada a elementos sustanciales como lo sería la relevancia pública de los hechos, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz” (STC 159/2003, de 15 de septiembre fj. 3º).

⁴⁵¹ Finalmente, señalar que “...la integridad de los derechos fundamentales no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración pública, la ejerza o no con prudencia, por incidir sobre los valores esenciales y trascendentes de un sistema democrático que se configura como Estado de Derecho con el norte simultáneo de la libertad y la justicia para el respeto de la dignidad de la persona” (STC 50/95 fj. 7).

⁴⁵² Las etapas jurisprudenciales en este aspecto, las podemos clasificar sobre una generalidad, conforme a la mayoría de los autores en tres periodos; aunque para nosotros solamente podemos hacer una clasificación dual. Para la gran mayoría de los autores la clasificación jurisprudencial está dividida en tres periodos.

a).-Régimen de exclusión o prevalencia del honor y la intimidad. Podemos resumir la misma trayendo a colación lo expresado por GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *La degradación...*, cit., p. 23 y ss. En un principio los tribunales en la aplicación de la responsabilidad extracontractual por daños al honor instauraron una posición predominantemente proteccionista de los derechos de la personalidad, así lo podemos ejemplificar esta línea jurisprudencial en la sentencia del 6 de diciembre de 1912 por una noticia difamatoria del honor de una mujer publicada por el periódico “El Liberal” de Madrid.

b).-Periodo de necesaria ponderación o *Balancing*. Podemos citar sin agotar casos la STS de 21/01/1988. STS de 24/07/1989. STS de 3/10/1989, STS de 14/92/1991, STS de 16/11/1991.

c).-Concurrencia normativa o prevalencia de las libertades de expresión-información. Con este giro jurisprudencial se termina de exportar la doctrina de la Corte Suprema de los Estados Unidos; la que otorga a la libertad de expresión un carácter inviolable en su núcleo, el que está dotado de ciertos aspectos que deben cumplirse a efectos de esta prevalencia. Estos aspectos los podemos clasificar en dos: 1)- El carácter público o privado del sujeto. 2)- Un aspecto objetivo de la información que estaría constituido por la verdad, y otro subjetivo, que está constituido por la manifestación misma del informador. No compartimos este criterio, pues no creemos en la importación de doctrinas que en funcionalidad son magistrales, pero para determinada sociedad, no para la totalidad de ellas. Así compartimos

cambio jurisprudencial, según nuestra postura, producto de una interpretación poco afortunada de la CE y la LO1/82 respecto a los criterios básicos de la responsabilidad civil.⁴⁵³

Si bien dentro del análisis del texto constitucional, podrían surgir algunas dudas, con respecto al carácter del 20.4 CE, para algunos autores, quedaría aclarada cuando se analiza está en base al orden de unidad y coherencia que este mismo texto propugna.⁴⁵⁴ Asimismo desde nuestra perspectiva y conforme a nuestra línea argumental, entendemos que las garantías establecidas en el art. 18 CE se encuentran afianzadas justamente en los límites establecidos en el art. 20.4 CE, lo que constituye un marco de coherencia y prevalencia, estableciendo un límite en los derechos del título respectivo en lo que prescribe la LO 1/82.

La conflictividad que ha generado la confrontación de los derechos constitucionales de idéntico rango y jerarquía ha enriquecido nuestra jurisprudencia. Hemos identificado principios y valores por poseer ambos una misma operatividad en el razonamiento jurídico, distinguiéndolos únicamente por el ámbito espacial en el que se sitúan. En este sentido la aplicación de un principio supone por definición la de otro u otros. Al contrario que en las reglas, donde una excluye a la otra, realizándose indefectiblemente un juicio de validez. En los principios no sólo no desaparece

lo manifestado por HERRERO TEJEDOR, FERNANDO: *Honor, intimidad...*, cit., p.110. “En realidad más que pasar de un régimen de exclusión a otro de concurrencia normativa, lo que se ha efectuado en (en realidad iría es, por error de impresión) una inversión del régimen de exclusión. Es decir: si las libertades del art. 20 aparecen ejercitadas dentro de los parámetros constitucionales, prácticamente huelga entrar en la ponderación del honor, intimidad y propia imagen, pues en principio aquellas deben prevalecer”. A nuestro criterio solamente cabrían dos etapas:

a).- Prevalencia del honor y la intimidad por sobre la libertad de expresión e información.
 b).- Ponderación o etapa del equilibrio de derechos. Es esta la vía que nos lleva a la correcta interpretación de los derechos, más allá de que dentro de ella algunas veces se incline la balanza por un derecho más que por otro, pero es a través de este criterio donde podemos hallar algo de luz en las soluciones justas a este dilema jurídico. En esta misma tesitura encontramos a OSORIO ITURMENDI, LUCAS: “Los Derechos al Honor, a la intimidad y a la propia imagen, como límites de la libertad de expresión e información”, en *Jornadas de estudio*, Ministerio de Justicia, 1992, p. 673. No pretendemos desarrollar este aspecto que escapa a nuestro objetivo, así recomendamos para una mayor profundización de este aspecto a HERRERO TEJEDOR, FERNANDO: *Honor, intimidad...*, cit., pp. 10-135; PLAZA PENADÉS, JAVIER, *op. cit. Vid.* GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: *La degradación...*, cit.; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, JOSÉ. LUIS: *Honor, intimidad e imagen*. Bosch, Barcelona, 1996, pp. 215-223. DOMINGO PÉREZ, TOMAS: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, p. 371; PARDO FALCÓN, JAVIER: “Los derechos del artículo 18...”, cit., pp. 175-177; BLANCO QUINTANA, MARÍA JESÚS: “El derecho al honor y las libertades de expresión e información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid*, Anuario 93, Curso 1999-2000, pp. 70-71.

⁴⁵³ Entre las vaguedades que se le reprochan a la LO 1/82 encontramos prescindencia total de las exigencias constitucionales del art. 20 expresado por SALVADOR CODERCH, PABLO: *¿Qué es Difamar?...*, cit., p. 19. La ausencia de un criterio de imputación definido, la falta de una escala de gravedad de las difamaciones sean opiniones o hechos veraces, la falta de situaciones de carácter privilegiado.

⁴⁵⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO, *op. cit.* P 340-345, expresa que de una primera lectura del articulado constitucional este invita a pensar en la inferioridad de plano de la libertad de expresión por sobre los otros derechos fundamentales, especialmente con respecto al honor y a la intimidad. Pero esta lectura inadvertida resulta inviable a poco que se profundiza en este aspecto. Primeramente se opone a la propia coherencia del texto constitucional, pues los derechos fundamentales no pueden entenderse aisladamente, pues se interrelacionan y condicionan mutuamente. Por esta razón, lo que se debe buscar en ellos son los límites y el contenido de cada derecho.

la norma principio más débil sino que suaviza y pondera al que tiene mayor peso en ese caso. La doctrina y la jurisprudencia norteamericana son las que más se han preocupado por desarrollar una jerarquía entre los principios que recoge la constitución. Así, frente al *balancing test* que puede ser traducido como contrapeso de valores y que no difiere de la ponderación *strictu sensu* de principios,⁴⁵⁵ se situarían doctrinas como la *preferred position* o la *clear and present danger*, que jerarquizan unos derechos frente a otros.

En este sentido, nuestros tribunales han aplicado distintas técnicas resolutivas, para la resolución de conflictos entre derechos fundamentales en nuestro país. Una es la aplicación del criterio de ponderación ⁴⁵⁶ adoptado por el TC a partir de la sentencia 104/86 del 17 de julio⁴⁵⁷ y

⁴⁵⁵ GARCÍA ALONSO, ENRIQUE: *La interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 413 y 414. Distingue claramente entre dos sentidos de la expresión *balancing test* con relación a la interpretación constitucional: Por un lado la identifica con *self restraint* que, desde una perspectiva conservadora, aconsejaba al juez constitucional eludir la cuestión de inconstitucionalidad porque ésta era una cuestión difícil y arriesgada que dependía de las circunstancias sociales; "...el juez debía auto limitarse *self restraint* para eludir la imposición inconsciente de sus propios valores y/o intereses". Por otro lado, puede ser entendido como método de interpretación, haciendo referencia a "la implantación en el ámbito constitucional de las técnicas de la jurisprudencia de intereses". En este segundo sentido, que para el autor supone la creación de una nueva norma, se trata de "diferir la decisión de constitucionalidad o inconstitucionalidad a la situación concreta.

⁴⁵⁶ El antecedente próximo de donde surge la aplicación de este criterio lo encontramos en el Tribunal Supremo Norteamericano, como así también en el Tribunal Constitucional alemán: honor, intimidad y propia imagen suponen unos derechos que deben ponerse en uno de los platillos de la balanza, para efectuar un *balancing* con las libertades de expresión o información. En esa "necesaria y casuística ponderación" habrá de tenerse en cuenta tanto el valor de los derechos fundamentales que ambos binomios poseen, sino también la consideración de "garantía institucional" de las libertades del art. 20.1 de la Constitución. Así también y de manera más directa en el pronunciamiento del TEDH en el caso *Linger*.

⁴⁵⁷ Vid. BJC, p. 1048 TII año 1987. Es a partir de esta sentencia que se establece el sistema de ponderación que este tribunal lo explica en sus fundamentos 5º y 6º. En el primero establece "El derecho al honor no es sólo un límite a las libertades del artículo 20.1.a y d...sino que según el artículo 18.1 de la Constitución, es en sí mismo un derecho fundamental y, por consiguiente cunado del ejercicio de la libertad de opinión, 20.1.1 y/o de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión , 20.1.d. resulte afectado el derecho al honor de alguien , nos encontramos ante un conflicto de derechos, ambos de rango fundamental, lo que no significa... que el derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco siempre hayan de ser estas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otro". En su fj. 6º expresa "Resulta forzoso para el juzgador realizar esa ponderación entre, por un lado la lesión invocada por el demandante como producida a su derecho al honor...y por otro lado, el derecho fundamental del artículo 20.1 de la constitución. En esa obligada ponderación, el juez penal debió valorar el contenido mismo del artículo periodístico, la mayor o menor intensidad de sus frases, su tono humorístico, el hecho de afectar el honor del denunciante no en su faceta íntima o privada sino en cuanto derivara dolo de su gestión pública como titular de un cargo representativo y la intención de la crítica política en cuanto formadora de la opinión pública, así como también la existencia o inexistencia de *animus injuriandi*". En sentencias posteriores, paso de técnica, a constituirse en doctrina, así queda reflejado en la sentencia del 11 de noviembre de 1991 del TC 214/91 en BOE 301 de 17 de Diciembre, en su fj. 6º: " El órgano jurisdiccional está obligado a realizar un juicio ponderativo de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, con el fin de determinar si la conducta del agente está justificada por hallarse dentro de las libertades de expresión e información[...].Aunque tal ponderación ha de hacerla, el principio, el órgano jurisdiccional de las alegadas vulneraciones o intromisiones del derecho al honor, corresponde a este Tribunal Constitucional revisar la adecuación de la ponderación realizada por los jueces y lo tribunales ordinarios, con el objeto de determinar si el ejercicio de la libertad reconocida en el artículo 20 cumple con las exigencias del principio de proporcionalidad y se manifiesta o no constitucionalmente legítimo".

posteriormente la STC del 17 de julio de 1987.⁴⁵⁸ La otra técnica de resolución radica en la delimitación de los derechos, línea seguida por el TC a partir de los años 90.⁴⁵⁹ Una de las mayores objeciones que se le reprochan al criterio de ponderación, radica en que resuelve los conflictos entre derechos a partir del caso concreto y no desde el mismo derecho en esencia, relativizando el contenido del mismo; lo que hace es sacrificar un derecho en beneficio de otro, de manera coyuntural.⁴⁶⁰

A efectos de seguir la conducción de nuestra hipótesis de investigación, nuestro punto de partida debe ser necesariamente la dignidad de la persona, las que ve diariamente amenazada por la invasión de los MMC y las nuevas tecnologías.⁴⁶¹ Creemos que toda trasgresión deba ser reputada, en principio antijurídica,⁴⁶² salvo que medie una causa que pueda justificarla o que haya sido ejercida dentro del marco de legitimidad funcional que le concede la constitución y la LO 1/82; debiendo ser la prueba de dicha causa probada por quien la invoque y su interpretación restrictiva.⁴⁶³

Desde nuestra perspectiva, la falta de previsión del legislador en lo que se refiere a las exigencias constitucionales del art. 20 de la CE⁴⁶⁴ a la hora de llevar a cabo la elaboración de la LO 1/82, y la propia configuración de tales libertades por el constituyente, nos sitúa ante un importante problema de interpretación para cuya solución consideramos inexcusable recurrir a la doctrina del Tribunal Constitucional como supremo intérprete de la constitución,⁴⁶⁵

⁴⁵⁸ El texto constituye la primera manifestación expresa de la aplicación de criterio de valoración o ponderación, cuando expresa “*Cuando del ejercicio de la libertad de opinión y/o de la libertad de comunicar información, por cualquier medio de difusión, resulta afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos con un conflicto de derechos (...), lo que significa que no necesariamente y en todo caso dada la afectación del derecho al honor, haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco hayan de ser éstas consideradas como prevalentes, sino que se impone una necesaria y casuística ponderación entre uno y otras*”.

⁴⁵⁹ BASTIDA FREIJEDO, FRANCISCO J: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004. p. 142.

⁴⁶⁰ Vid. STS 3720/2015, Id Cendoj 28079110012015100455. STS 3211/2015, Id Cendoj 28079110012015100420. STS 2957/2015, Id Cendoj 28079110012015100353. STS de 9 julio 2014, núm. 406/2014. STS 2955/2015, Id Cendoj 2807911001201510035. STS 2195/2015, Id Cendoj 28079110012015100270. STS 2080/2015, Id Cendoj 28079110012015100269.

⁴⁶¹ GARCÍA HERRERA, MIGUEL ÁNGEL, *op. cit.*, p. 141 y ss.

⁴⁶² Conforme lo explicaremos de la interpretación del art. 20.4, 10 CE y LO1/82.

⁴⁶³ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE: “La libertad de prensa frente a la protección de la integridad espiritual de la persona”, *JA*, 1982-II-783.

⁴⁶⁴ Los apartados a) y d) del art. 20.1 CE establecen, respectivamente que: se reconocen y protegen los derechos “*a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*”, y, “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”.⁴⁶⁴ Asimismo, el art.20.4 dispone que “*estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia*”.

⁴⁶⁵ En este sentido no puede extrañarnos el que la mayoría de los autores que se han ocupado del estudio de este conflicto, por lo demás de gran actualidad, concentren sus esfuerzos en el análisis de la jurisprudencia del Tribunal

Por consiguiente, entendemos que la mejor manera de poder determinar el ejercicio legítimo de las libertades de expresión y de información y su articulación respecto el honor, la intimidad y la propia imagen, es mediante el análisis de los distintos pronunciamientos vertidos por el TC en ocasión de la resolución de los concretos conflictos que se le han planteado.⁴⁶⁶

Constitucional. Así, por ejemplo, vid. CHINCHILLA MARÍN, CARMEN: “Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre”, *PJ*, 1986, núm.3, p. 61 y ss; JAÉN VALLEJO, MANUEL: “La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la jurisprudencia constitucional”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 1987, núm.12, p.175 y ss.; JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL: “Seis años de tribunal LOPJ al establecer que la constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y constitucional”, *RJCM*, 1988, núm. 3-4, p. 33; SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ, “Aspectos constitucionales ...”, *cit.*, pp.141-144; LÓPEZ GUERRA, LUIS: “La libertad de información y el derecho al honor”, *PJ*, 1989, núm. 6 (especial), p. 287 y ss.; DE VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO: “Derechos y libertades en los medios de comunicación social. Los límites a la libertad de expresión”, *PJ*, núm. 13, (especial), p. 13 y ss; AGUILAR FERNÁNDEZ, ANTONIO: *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (Posibilidad y límites constitucionales)*, Comares, Granada, 1990, pp. 98-116; RODRÍGUEZ GARCÍA, CARLOS JAVIER: “Una reflexión sobre la prevalencia de la libertad de expresión, derecho a la información y derecho al honor, a la intimidad personal y familiar conectadas con las informaciones periodísticas y la insinuación de una necesaria hermeneusis concorde con el sistema axiológico español”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Curso 1990-1991, núm. 78, p.282 y ss; y en *Contingencias varias de jurisprudencia y honor*, Dykinson, Madrid, 1994, pp.119-143; ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE: “Algunos aspectos del régimen jurídico de la prensa”, *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991, pp. 18-27; PUYOL MONTERO, FRANCISCO JAVIER Y GENEROSO HERMOSO, MARÍA FLOR: *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación*, Edigener, Madrid, 1991, p. 347-851; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad”, *ADPCP*, 1991, t. XLIV, p. 341 y ss.; CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, *op. cit.*, pp.164-184; ROGEL VIDE, CARLOS: “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión y de información en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y en la del Tribunal Constitucional”, en *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor José Luís Lacruz Berdejo*, Bosch, Barcelona, v. 2 1993. p.86 y ss.; DE ANTONIO GONZÁLEZ, JOSÉ: “La interpretación del Tribunal Constitucional en materia de libertad de expresión”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, Curso 91-92, núm. 80, p. 9 y ss.; DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO: “De nuevo sobre el derecho a la intimidad personal de los famosos y la libertad de información (La STC 197/1991, de 17 de octubre)”, *REDC*, 1992, núm. 36, p. 269 y ss.; GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: La degradación..., *cit.*, p. 46 y ss.; ALAMILLO DOMINGO, FERNANDO: “Criterios de resolución del conflicto entre la protección del honor y las libertades de expresión e información”, *LL*, 1994, t. 3, p. 960 y ss.; BUSTOS GISBERT, RAFAEL: “El concepto de libertad de información a partir de su distinción con la libertad de expresión”, *Revista de Estudio Políticos*, 1994, núm. 85, p. 264 y ss.; GARCÍA GARCÍA, CLEMENTE.- GARCÍA GÓMEZ, ANDRÉS: *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, Cámara Oficial de Comercio y Colegio de Abogados de Murcia, Murcia, 1994, pp. 53-77; LAZCANO BROTONS, IÑIGO: “Reproducción de informaciones y diligencia profesional”. (La reciente jurisprudencia constitucional sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor), *Revista Vasca de Administración Pública*, 1994, núm. 38, p. 375 y ss.; MONTÓN GARCÍA, MARÍA LIDÓN, *op. cit.*, p. 877 y ss.; SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIO: “Un año de jurisprudencia constitucional. Consolidación o cambio de la doctrina anterior”, *RGD*, núm. 596, mayo 1994, p. 5033 y ss., y “El derecho a la información en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Cuadernos Lucas Mallada*, núm. 1, 1995, p.59 y ss.; SARMIENTO ACOSTA, MANUEL: “El derecho al honor del particular y la libertad de expresión”, *PJ*, núm. 36, 2 época, 1994, p.377 y ss; RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995, pp. 208-214; ESPÍN ALBA, ISABEL: “Comentario a la STS (Sala 1º) de 26 de julio de 1995”, *RDP.*, septiembre 1996, pp. 688-689.

⁴⁶⁶ Simplemente como dato, señalar que la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional relativos a las libertades de expresión y de información se refieren precisamente a la colisión de las mismas con los derechos al honor y a la intimidad, y sólo en escasas ocasiones los conflictos se refieren al establecimiento de la televisión por cable, son los casos recogidos en las SSTC 12/1982 de 31 de marzo; BOE, núm. 95 de 21 de abril; 206/1990 de 17 de diciembre; BOE, núm. 9 de 10 de enero 1991; 119/1991 de 3 de junio; BOE, núm. 162 de 8 de julio; 189/1991 de 3 de octubre; BOE, núm. 265 de 5 de noviembre; 31/1994 de 31 de enero; BOE, núm. 52 de 2 de marzo; 47/1996 de 25 de marzo; BOE, núm. 102 de 27 de abril.

El tenor literal del art. 20 no ofrece dudas acerca del reconocimiento de tales libertades y, en este sentido, parece evidente que se trata de dos derechos distintos con un contenido también diferente, sin perjuicio de ser ambos derechos no absolutos ni ilimitados.⁴⁶⁷ Sin embargo, casi nada se precisa en torno a cuál ha de ser la configuración concreta de las mismas, ni el alcance de los límites expresamente previstos en el apartado 4º del artículo en cuestión.

La jurisprudencia del TC confirma la técnica ponderativa como mecanismo de encarar el problema de la limitación de los derechos fundamentales. En principio, todos los derechos y bienes constitucionales se sitúan en un plano de igualdad o importancia equivalentes, por lo que “se impone una necesaria y casuística ponderación” (STC 104/1986); ponderación cuyo resultado es difícilmente previsible y que, desde luego, no puede ofrecernos una suerte de “teoría general” de los límites que permita asegurar cuándo hemos de reconocer preferencia al derecho y cuándo hemos de sacrificar a éste en aras del fin perseguido en la norma, pero que representa una garantía mínima de toda disposición limitadora de las libertades.^{468 469}

⁴⁶⁷ Si bien en este contexto centramos nuestra atención en los límites expresamente previstos en el art.20.4, ello no implica la ignorancia de otra serie de límites, de cuyo análisis exhaustivo prescindimos por exceder del cometido que nos hemos propuesto. Simplemente, señalar a este respecto que tales límites pueden ser consecuencia de las relaciones profesionales a las que se encuentra sometido el ciudadano en la esfera de su actividad privada. Es el caso, por ejemplo, del hecho de estar sometido a un determinado estatuto profesional como el de la abogacía y así se declara en los fundamentos jurídicos 4 y 5 de la STC 286/1993, de 4 de octubre, BOE, núm. 268, de 9 de noviembre. De todas formas, no siempre es lícita la limitación de tales libertades como consecuencia de relaciones contractuales; es el supuesto del recurso de amparo interpuesto por el futbolista condenado por las manifestaciones hechas acerca del cumplimiento de las obligaciones contraídas con él por el club de fútbol al que pertenecía; en este caso el Tribunal Constitucional admitió el recurso declarando nulas las Sentencias que imponían la sanción; vid al respecto la STC 6/1995, de 10 de enero, BOE, núm. 36, de 11 de febrero. Asimismo, es el caso de la limitación de la libertad de expresión de los miembros de las Fuerzas Armadas contemplado en la STC 288/1994, de 27 de octubre, fj. 2º, BOE, núm. 285, 29 de noviembre (aunque en este caso se trataba de la limitación de la libertad de expresión no en el ámbito castrense sino en el ejercicio de otro derecho constitucional, el de defensa).

El pronunciamiento más reciente del Tribunal Constitucional sobre los límites de la libertad de expresión derivados de una relación contractual es la STC 186/1996, de 25 de noviembre, fj. 3, BOE, núm. 3, 3 de enero de 1997. Sobre los límites en el seno de un contrato de trabajo, vid. ROJAS RIVERO, GLORIA: “El conflicto entre el honor y la libertad de expresión: referencia al ámbito laboral”, *PJ*, núm. 13, (especial), 1990, pp. 51 a 62; *Libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Valladolid, 1991, pp.50 y ss.

⁴⁶⁸ En palabras de GASCÓN, MARINA: *Obediencia al derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, p. 286, cuando expresa: “No se trata de determinar cuál es el bien más importante, pues, salvo excepciones, lo son todos por igual, especialmente cuando el conflicto se entabla entre los propios derechos fundamentales, sino de decidir cuál de las dos normativas resulta más necesaria, relevante o justificada para proteger el correspondiente bien o derecho”.

⁴⁶⁹ Esto es así porque en la concepción del TC “...tanto las normas de libertad como las llamadas normas limitadoras se integran en un único ordenamiento, inspirado por los mismos principios, en el que, en último término, resulta ficticia la contraposición entre el interés particular subyacente a las primeras y el interés público que, en ciertos supuestos, aconseja su restricción. Antes al contrario, tanto los derechos individuales como sus limitaciones [...] son igualmente considerados por el art. 10.1 de la CE como fundamento del orden político y de la paz social” (STC 159/1986); por ejemplo, en el frecuente conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor no existe ninguna regla general que nos ordene siempre dar preferencia a uno u otro, pero sí un deber de ponderar la importancia de ambos en el caso concreto (STC 104/1986). Justamente en los dos fallos últimamente citados el Tribunal otorgó el amparo contra sentencias de la jurisdicción ordinaria que habían postergado el derecho en favor de la limitación, pero no porque hubiesen efectuado una incorrecta ponderación de los derechos o bienes en conflicto, sino por la ausencia

Así pues, la proporcionalidad, que es la fisonomía que adopta la ponderación cuando se trata de resolver casos concretos y no de ordenar en abstracto una jerarquía de bienes, tiene una importancia capital, porque es la prueba que debe superar toda medida restrictiva de un derecho constitucional.⁴⁷⁰ En pocas palabras, la prueba de la proporcionalidad se descompone en cuatro elementos, que deberán ser sucesivamente acreditados por la decisión o norma impugnada: 1). Un fin constitucionalmente legítimo como fundamento de la interferencia en la esfera de los derechos, pues si no existe tal fin y la actuación legal es gratuita, o si resulta ilegítimo desde una perspectiva constitucional, entonces no hay nada que ponderar porque falta uno de los términos de la comparación. 2). La adecuación o idoneidad de la medida adoptada en orden a la protección o consecución de dicho fin. Esto es la ley o medida restrictiva ha de mostrarse consistente con el bien o con la finalidad en cuya virtud se establece. 3). La necesidad de la intervención o, lo que es lo mismo, del sacrificio o afectación del derecho que resulta limitado, mostrando que no existe un procedimiento menos gravoso o restrictivo. 4). La llamada proporcionalidad en sentido estricto que supone ponderar entre daños y beneficios, es decir, acreditar que existe un cierto equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en orden a la protección de un bien constitucional o a la consecución de un fin legítimo y los daños o lesiones que de la misma se derivan para el ejercicio del derecho; aquí es propiamente donde rige la ley de la ponderación, en el sentido de que cuanto mayor sea la afectación del derecho, mayor tiene que ser también la importancia de la satisfacción del bien en conflicto. Desde esta perspectiva, la ponderación se ha convertido en un formidable instrumento de justicia constitucional en manos del juez ordinario; como es obvio, éste no puede verificar un control de validez de las leyes, pero sí moverse con relativa libertad merced a la ponderación.

Así, el criterio de ponderación se desarrolla de la siguiente forma:

A.- Primera fase de ponderación: Determinación del derecho ejercido.

En la primera fase, los jueces se dedican a establecer si el conflicto se ha producido inicialmente por el ejercicio de la libertad de expresión o ha sido causado por la actividad informativa. Se trata de determinar cuál de los dos derechos ha entrado en conflicto con el derecho al honor, a la intimidad o a la imagen. También habrá de considerarse el interés público afectado,

misma de ponderación; el juez, dice el TC, no estaba obligado a otorgar preferencia a uno u otro de los derechos en juego, pero sí a tomar en consideración la eventual concurrencia en el caso de una libertad fundamental.

⁴⁷⁰ Vid. STC SS/1996. Un comentario a ésta en las que el Tribunal Constitucional termina por perfilar claramente el principio de proporcionalidad, en PERELLO, ISABEL: "El principio de proporcionalidad y la jurisprudencia constitucional", en *Jueces para la Democracia*, núm. 28, 1997, p. 69 y ss.

por su relevancia en el ejercicio de la libertad de expresión y en el derecho a comunicar libremente información. Cada uno de estos dos derechos debe ser valorado según sus propios límites internos:

- La libertad de expresión tiene como límite la degradación innecesaria o las expresiones vejatorias.
- El derecho de información tiene como límite la veracidad y relevancia pública. Este derecho sólo queda en la mayoría de los casos amparado si la información comunicada es veraz. En este sentido la CE distingue de manera clara y precisa la libertad de expresión y el derecho a comunicar libremente información veraz, consagrándolos como derechos fundamentales que deben ser objeto de tratamiento diferenciado en cuanto que sus condiciones de legítimo ejercicio no son confundibles entre sí. Es por ello que nos vemos obligados previamente a determinar cuál de esos derechos es el que realmente pretende haber ejercitado el recurrente⁴⁷¹.

A veces, la distinción entre opinión e información no es fácil, ya que la comunicación de ideas o pensamientos se complementa o ilustra con ejemplos de hechos similares ya ocurridos o a la inversa. La comunicación de noticias puede ser acompañada de una valoración subjetiva, o de hipótesis de probables causas que las han provocado, para hacer comprender mejor el hecho narrado. No es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones de la estricta comunicación informativa, pues la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y a la inversa. La comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro, y comprende casi siempre algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de una opinión.⁴⁷² Por ello nuestro análisis deberá, sucesivamente, en el orden que sea preciso, comprobar la concurrencia de la conducta sancionada con los requisitos exigidos *ex arts. 20.1 a) y d) CE* para que el acto de comunicación merezca la protección constitucional.⁴⁷³

A.1 La doctrina del elemento preponderante.

Esta postura establece que ante la duda sobre el derecho que se ha ejercido, habrá de valorarse las circunstancias que intervengan en el caso, para determinar cuál es el elemento preponderante. Si la finalidad primordial que se perseguía era la de narrar un hecho, nos encontramos ante un caso de ejercicio de la libertad de información. Si lo que se pretendía era exponer una opinión, el derecho en juego será el de la libertad de expresión. En cada caso

⁴⁷¹ *Vid.* STC 123/93, Aranzadi.

⁴⁷² *Vid.* STC 6/ 1988, Aranzadi.

⁴⁷³ *Vid.* STC 134/1999-110/2000, Aranzadi.

utilizaremos la técnica del elemento preponderante para determinar de qué derecho se trata. Recordemos que mientras la libertad de expresión puede contener juicios de valor o puede difundir creencias personales o subjetivas, no necesitan demostración; la libertad de información requiere que la noticia sea veraz y, en ambos casos, que el tema tratado tenga carácter de noticiable, es decir, que tenga relevancia para la formación de opinión pública. El pensamiento es libre pero la noticia debe ser veraz y relevante. Lo esencial a la hora de ponderar el peso relativo del derecho al honor, intimidad o propia imagen y cualquiera de esas dos libertades contenidas en el art. 20 de la CE es detectar el elemento preponderante en el texto concreto que se enjuicie en cada caso para situarlo en un contexto ideológico o informativo.^{474 475}

B.- Segunda fase de ponderación: Análisis del correcto ejercicio del derecho.

La segunda fase consiste en examinar si el derecho que hemos determinado en la primera fase se ha ejercitado correctamente o si por el contrario, se han sobrepasado los límites permitidos. La jurisprudencia constitucional otorga a la libertad de expresión o de información un carácter preferente sobre los demás derechos fundamentales. En consecuencia, si la libertad de expresión se practica legítimamente (no se utilizan expresiones injuriosas o vejatorias); o si las noticias son veraces por haberse obtenido y difundido con diligencia informativa (no mediante rumores o falseando la verdad), y en ambos casos se trata de un tema de interés público objetivo y subjetivo, los derechos de la personalidad deben ceder ante la libertad de expresión e información.

En terminología del propio TC, los derechos del art. 20.1 CE tienen una “eficacia o una fuerza expansiva” frente a los demás derechos fundamentales que obliga a una interpretación restrictiva de los derechos que los limitan. En el análisis de cada caso, no se tratará inicialmente de establecer si el ejercicio de la libertad de expresión o de información ha ocasionado una lesión al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, sino que previamente se deberá determinar si el ejercicio de estas se ha ejercitado dentro del ámbito protegido constitucionalmente. En esta línea se ha manifestado el TC cuando expresa: “*Según los criterios que se han ido perfilando en*

⁴⁷⁴ Vid. STC 223/92, Aranzadi.

⁴⁷⁵ Puede darse el caso de que en un artículo periodístico o en un reportaje televisivo se ejerzan ambos derechos conjuntamente. Puede ser que se esté opinando de un tema en concreto y, a la vez, se informe de cuestiones relacionadas, que no son complementarias o ilustrativas, sino que tienen entidad propia. En sentido similar que al difundir una información, se recurra también a expresar una opinión propia substancial, que no sea una mera valoración intelectual de los hechos ocurridos. En ambos casos, nos atendremos a la causa del conflicto, para conectarla con uno u otro derecho, no pudiendo descartarse que la intromisión en los derechos de la personalidad se dé por partida doble. Lo importante es encontrar la causa de la intromisión y conectarla con el derecho ejercido, a fin de poder examinar si éste se ha ejercido correctamente.

la jurisprudencia constitucional, esa confrontación de derechos ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, no jerárquica, que sobre los derechos denominados de la personalidad del art. 18 CE ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.1.d) CE, en razón de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un estado democrático."⁴⁷⁶ Es doctrina constitucional reiterada que en los casos en los que exista un conflicto entre estos derechos y el derecho a la libertad de expresión e información, debe partirse de la premisa de que a través de este último derecho no sólo se protege un interés individual, sino que entraña "el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político."⁴⁷⁷ De este modo, al contribuir este derecho a la formación de una opinión pública libre, la libertad de información constituye uno de los elementos esenciales de una sociedad democrática.⁴⁷⁸

C.- Tercera fase de ponderación: Valoración de los derechos de la personalidad.

El carácter preferente de las libertades de expresión o de información cambiará de signo en favor de los derechos de la personalidad cuando su ejercicio haya traspasado los límites constitucionalmente permitidos. En el caso de la extralimitación en el ejercicio de estos derechos, el tribunal analizará si la comunicación denunciada tiene entidad suficiente para constituir una intromisión en el honor, la intimidad o la propia imagen.

2.6 SITUACIONES ESPECÍFICAS DE COLISIÓN ENTRE EL DERECHO AL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN Y LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN

Introduciéndonos en las posibles colisiones entre derechos de igual rango constitucional, la jurisprudencia ha desarrollado un esquema de soluciones ante los posibles conflictos, las que han sido variados y oscilantes.⁴⁷⁹ Soluciones ante la confrontación que no dejan de tener reglas y excepciones.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ Vid. STC 240/92, Aranzadi.

⁴⁷⁷ Vid. SSTC 104/1986, de 11 de junio, fj. 5º; 158/1986, de 15 de octubre, fj. 6º; 105/1990, de 6 de junio, fj. 3º; 172/1990, de 12 de noviembre, fj. 2º, 371/1993, de 13 de diciembre, fj. 2º, y 78/1995, de 22 de mayo, fj. 2º.

⁴⁷⁸ Vid. STEDH caso Handyside de 7 de diciembre de 1976 y caso Lingens de 8 de julio de 1986.

⁴⁷⁹ STS 270/2012, de 19 de abril (Roj. STS 2631/2012). STS 518/2012, de 24 de julio (Roj. STS 5731/2012). STS 177/2013 de 6 de marzo (Roj. STS 2238/2013). STS 125/2011, de 25 de febrero (Roj. STS 1098/2011).

⁴⁸⁰ MONTÓN GARCÍA, MARÍA LIDÓN: "Derecho al honor, intimidad y propia imagen: Protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión", *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1995-1, p. 876.

LIBERTAD DE
EXPRESION

- HONOR
- INTIMIDAD
- PROPIA IMAGEN

LIBERTAD DE
INFORMACION

- HONOR
- INTIMIDAD
- PROPIA IMAGEN

1).- **Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, intimidad y propia imagen.**

Las soluciones ante los conflictos que pudieren surgir de la colisión entre estos derechos las podemos sistematizar de la siguiente forma:

LE >DH

La libertad de expresión prevalece frente al derecho al honor en los siguientes casos:

- a).- Cuando la expresión configure opinión pública sobre asuntos de estado y la sociedad, como consecuencia de una opinión pública libre en un estado democrático.⁴⁸¹
- b).- Cuando las opiniones, ideas o pensamientos se refieren a asuntos de interés general y no a conductas privadas cuya difusión resulta innecesaria para la formación de la opinión pública libre.⁴⁸²
- c).- Cuando se afecte el honor de una persona pública, ya que está obligada a soportar el riesgo que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones de interés general.⁴⁸³
- d).- Cuando la manifestación de expresiones no traspase los límites propios de su ejercicio, como las manifestaciones difamatorias o vejatorias, aunque la opinión emitida merezca los calificativos de acerba o inexacta.⁴⁸⁴

LE < DH

Por otro lado prevalecerá el honor, salvo excepción, cuando:

- a).- Cuando se trate de una persona privada carente de interés público y sus actos u opiniones sean innecesarios para la formación de una opinión pública libre.
- b).- Aparezcan expresiones difamatorias, aunque se refieran a personas de relevancia pública.

⁴⁸¹ Vid. STS del 20-12-1990, 11-02-1990; 29-4-1989; 13-12-1989. STC 17/1986 de 17 de julio y 206/1990 de 6 de junio, Aranzadi.

⁴⁸² Vid. STC 51/1989 de 22 de febrero, Aranzadi.

⁴⁸³ Vid. STS 30-12- 1991, Aranzadi.

⁴⁸⁴ Vid. STC 107/1988 de 8 de junio, Aranzadi.

- c).- Por manifestaciones, actos o conductas que se estiman injuriosas y atentatorias contra el honor propio, aunque no se podrán valorar desligándolas del momento u ocasión en que fueron realizadas, considerando las circunstancias sociales, políticas o de interés para la comunidad.⁴⁸⁵
- d).- Se atribuyan a una persona hechos que la hagan desmerecedora del público respeto y sean reprobables independientemente de los usos sociales del momento, identificando a la persona de forma que no quede lugar a dudas.
- e).- Las expresiones excedan de la finalidad de difusión de la noticia o del pensamiento que se trate.⁴⁸⁶
- f).- Las expresiones innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.⁴⁸⁷

La confrontación entre la libertad de expresión, en sentido estricto, y el derecho a la intimidad se dará en contadas ocasiones y se resolverá de forma muy parecida cuando este último derecho entre en conflicto con la libertad de información. Y esto se justifica porque la información, entendida como conocimiento, es el presupuesto de la libertad de expresión; es decir, la primera es condición de la segunda, ésta no puede ejercitarse sin aquél, sin información no puede haber opinión. Las conclusiones extraídas decaerán sólo en aquellos casos en que una intromisión en la privacidad se divulgue públicamente no como información, sino como opinión; aunque en este caso aparecerán entremezcladas; esto es, para opinar sobre el ámbito privado de un sujeto se habrá tenido que dar en el mismo mensaje información sobre la intromisión. Esta única excepción implica que en un hipotético conflicto entre intimidad y libertad de expresión la confrontación se resuelve en los mismos términos que cuando el enfrentamiento es con la libertad de información, con las siguientes modificaciones: la información presupuesto de la opinión debe ser veraz; y la opinión, preponderante en este mensaje, tiene como límite insuperable el insulto y la expresión gravemente injuriosa o vejatoria. Por todo ello, se puede concluir que el conflicto entre derecho a la intimidad y libertad de expresión, en sentido estricto, es casi inexistente, y, según esta posición, se produciría sólo cuando alguien opine sobre una información dada por otro, que viole la intimidad. Sin olvidar las reglas generales que nos ayudan a resolver los conflictos entre derechos y las circunstancias específicas del caso concreto, hay que destacar que para resolver la

⁴⁸⁵ Vid. STS de 14 de octubre de 1988, 13 de marzo y 24 de mayo de 1990, Aranzadi.

⁴⁸⁶ Vid. STS 20 de enero 1992 y STC 120 /1983 de 15 de diciembre, Aranzadi.

⁴⁸⁷ Vid. STS de 31 de julio de 1992, Aranzadi.

confrontación entre la libertad de información y la intimidad personal ⁴⁸⁸ será esencial, como se ha señalado, saber si el mensaje es un asunto de relevancia pública o privado.⁴⁸⁹

La libertad de información y la libertad de expresión, en sentido estricto, serán los derechos preponderantes, al entrar en colisión con el honor y la propia imagen,⁴⁹⁰ en función de la correspondiente conexión sistemática constitucional, que nos vendrá dada por el ámbito material y la finalidad a que se refiera la comunicación, y, si lo anterior no fuera suficiente, cuando el sujeto o la materia tengan interés general y la intromisión sea necesaria para la formación de la opinión pública. Para que esta regla tenga aplicación se requiere, además, que la libertad de información cumpla con el requisito de veracidad.⁴⁹¹ Por su parte, la libertad de expresión, en sentido estricto, por su propia naturaleza, no debe cumplir con la veracidad, encontrando como único límite para la aplicación de la regla el insulto o la expresión gravemente injuriosa.⁴⁹² En este

⁴⁸⁸ Vid. SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO: “Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”, *REDC*, núm. 15, 1985; y RUIZ MIGUEL, CARLOS, *op. cit.*, pp. 226-262.

⁴⁸⁹ La distinción resulta capital a la hora de realizar la ponderación, porque en los casos de relevancia pública, la libertad de información prevalecerá sobre el derecho a la intimidad personal, como afirma expresa y reiteradamente la jurisprudencia. Así, la STC 107/1988, fj. 2º señala que los titulares de las funciones públicas o implicados en asuntos de relevancia pública “están obligados, por ello, a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y la exposición de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”. Y la STC 105/1990, fj. 4º afirma que la protección constitucional de la libertad de información se reduce si ésta “no se refiere a personalidades públicas que, al haber optado libremente por tal condición, deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad, por lo que en correspondencia, se debilitaría la eficacia de tal protección en los supuestos de información u opinión sobre conductas privadas carentes de interés público”. Nuestro más alto Tribunal parece acoger la última posición aquí defendida en la STC 171/1991, fj. 4º, al concluir que no basta con ser famoso o popular para ver restringido el derecho a la intimidad: “La información publicada..., no constituyó materia de interés general, que contribuya a la formación de la opinión pública, ni se refiere a hechos relacionados con la actividad pública de la personalidad pública, ni estaba justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informaba”. Posteriormente, la STC 197/1991, de 17 de octubre, fj. 4º, confirma que los hechos de una persona pública pueden no tener relevancia pública, y si, además, no guardan relación con la actividad que le proporciona notoriedad, su comunicación no goza de tutela constitucional. Por último, la STC 83/2002, fj. 5º, recuerda que como declaro en la STC 115/2000, fj. 5º, “...si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad [...] La notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública en el campo de las finanzas no le priva de mantener [...] un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas [...] ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”.

⁴⁹⁰ Sobre los conflictos entre la libertad de expresión entendida en sentido amplio y el honor resulta obligada la consulta a SALVADOR CODERCH, PABLO, *El mercado...*, *cit.*

⁴⁹¹ Ver acápite pertinente.

⁴⁹² Vid. la STC 172/1990, fj. 3º, señala: “También merece distinto tratamiento el requisito de la veracidad según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que, mientras la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad actúa, en principio, en sentido diverso. El criterio para determinar la legitimidad o ilegitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informe”. La doctrina referida en este párrafo en buena parte, fue construida en la STC

sentido, es obligada la cita de STC 105/1990, fj. 8º, que diferencia entre la crítica, la reprobación y calificación de conductas emitidas en relación con una información, por duras o penosas que sean éstas que están amparadas constitucionalmente; y los exabruptos gratuitos e innecesarios, los insultos, las expresiones gravemente injuriosas que no gozan de la protección constitucional.^{493 494}

2).- **Conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor, a la libertad y a la propia imagen.**

Las soluciones ante los conflictos que pudieren surgir de la colisión entre estos derechos las podemos sistematizar de la siguiente forma:

LI >DH

La libertad de información prevalece frente al derecho al honor, salvo excepciones, en los siguientes casos cuando:

- a).- Cuando verse sobre hechos de interés general con transcendencia social, política o económica, primando sobre la dignidad e interés personal.⁴⁹⁵
- b).- Cuando los hechos sean verdaderos.⁴⁹⁶
- c).- Cuando la persona tenga un comportamiento habilitante de libelo.⁴⁹⁷

107/1988; la STC105/1990, contiene una perfecta síntesis, y la STC 132/1995, fj. 6º, extiende las reglas de ponderación al derecho a la propia imagen.

⁴⁹³ El siguiente párrafo del fundamento puede sintetizar la diferencia: *“Pues, ciertamente, una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta (evaluación que se inserta en el derecho de libre expresión, y que es a veces difícil o imposible separación de la mera información) y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones, o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación, o incluso el insulto y sin la menor relación con la información de una opinión pública libre”. Señalando, además: “No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o de formación de la opinión que se realice supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, teniendo en cuenta que la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1 del Texto fundamental”.*

⁴⁹⁴ Posteriormente SSTC 336/1993, fj. 6º de 15 de noviembre; 42/1995, fj. 2º de 13 de febrero; 76/1995, fj. 6º, de 22 de mayo, y voto particular; 204/1997, fj. 2º de 25 de noviembre. La STC 107/1988, fj. 2º de 8 de junio, señala que las instituciones públicas o clases determinadas del estado tienen dignidad, prestigio o autoridad moral si el legislador se la otorga, pero estos valores no son subsumibles en el honor tal y como se ha constitucionalizado; por lo que su nivel de protección es más débil cuando entra en confrontación con la libertad de comunicación. En el mismo sentido las SSTC 51/1989, fj. 2º de 22 de febrero; y 121/1989, fj. 2º de 3 de julio. También la declaración de derechos del niño, aprobada por la asamblea general de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959; y la resolución A3-0172/92, del parlamento europeo, que aprobó la carta europea de los derechos del niño.

⁴⁹⁵ Vid. STC 3 de marzo y 11 de diciembre de 1989; STS de 17 de mayo y 16 de noviembre de 1991; STC 20/1992 de 14 de febrero; STC 171/1990.

⁴⁹⁶ Vid. STC 40/1992 de 30 de marzo: *“El derecho a la libertad de información prevalecerá sobre el derecho al honor siempre que la información transmitida sea veraz y se refiera a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias tratadas y por las personas que intervienen”.* (STC 171/1990; STC 172/1990).

⁴⁹⁷ Vid. STC 50/1983 de 14 de junio; STS de 13 de julio de 1992 *“...Ni la constitución ni la ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos”.*

- d).- Cuando se exprese sin innecesarias vejaciones.⁴⁹⁸
- e).- Cuando la información sobre una cuestión privada sea consentida por el interesado, convirtiéndose en noticiable.⁴⁹⁹
- f).- Cuando sea una persona pública, al igual que en la libertad de expresión en esta circunstancia, tiene mayor tolerancia y flexibilidad en los usos de expresiones.⁵⁰⁰
- g).- Cuando los profesionales de la información se limitan a dar información, citando o reproduciendo manifestaciones pese a tener contenido difamatorio.⁵⁰¹

LI <DH

El derecho al honor prevalece sobre la libertad de información, salvo excepciones, en los siguientes casos cuando:

- a).- Cuando la información haga referencia a personas privadas sin relevancia para la opinión pública.⁵⁰²
- b).- Cuando las expresiones vertidas en la información difamen o afecten la reputación y buen nombre del individuo.⁵⁰³
- c).- Cuando la noticia exceda formalmente del fin informativo que se comunica o trasmite.⁵⁰⁴
- d).- Para la jurisprudencia también prevalece el honor sobre la libertad de información, cuando el ejercicio de la libertad de información no se realicen por los cauces normales de formación de la opinión pública.⁵⁰⁵ Opinión a la que no adherimos, pues entendemos que actualmente el ejercicio de la libertad de información se ha universalizado. En la actualidad cualquier individuo a través de una red social, blog, internet en general, puede generar vías de información con validez y coherencia jurídica con el derecho que se protege.

⁴⁹⁸ Vid. STC 143/1991 de 1 de julio; STS de 21 de enero de 1988; 11 de octubre de 1990, 25 de febrero y 2 de marzo de 1991, Aranzadi.

⁴⁹⁹ Vid. STC 197/1991 y 227/1992, Aranzadi.

⁵⁰⁰ Vid. STC de 8 de julio de 1988: “ El valor preponderante de las libertades de del art. 20 de la Constitución Española...solo pueden ser protegidos cuando las libertades se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ello intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora, frente al derecho al honor, el cual se debilita proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requiere el pluralismo político, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática ”. (STS de 26 de febrero de 1992).

⁵⁰¹ Vid. STC de 15 de diciembre 1983 y 19 de junio de 1985, Aranzadi.

⁵⁰² Vid. STC 104/1986; 115/1990; 143/1991. STS del 22 de enero de 1992, Aranzadi.

⁵⁰³ Vid. STC 223/1992, Aranzadi.

⁵⁰⁴ Vid. STS de 20 de febrero, 15 de abril, 16 de mayo, 6 de junio, 6 de julio, 3 y 27 de octubre y 5 de diciembre de 1989.

⁵⁰⁵ Vid. STC de 27 de octubre de 1987, Aranzadi.

- e).- Cuando se comunican como hechos simples rumores, o meras insinuaciones insidiosas.⁵⁰⁶
- f).- Cuando los profesionales de la información o los sujetos emisores de la misma falten a la verdad o provoquen el deshonor de la persona.⁵⁰⁷

Las soluciones ante los conflictos que pudieren surgir de la colisión entre la libertad de información y la intimidad las podemos sistematizar de la siguiente forma:

LI > DI

La libertad de información prevalece frente al derecho a la intimidad, salvo excepciones, cuando:

a).- Si la información está referida a hechos de carácter público con incidencia en la formación de la opinión pública.⁵⁰⁸ Además es fundamental que la información sea veraz objetivamente en lo sustancial. No compartimos la postura que sostiene un criterio de veracidad subjetiva, fundada en la diligencia del profesional de la información en la obtención de la misma. Entendemos que sostener esto, supone crear un causa de justificación *ad libitum*, sin motivo alguno. En otras palabras se estaría permitiendo al profesional, dañar mientras justifique la debida diligencia en su arte, y cargando sobre la víctima la obligación de soportar éste. Creemos que esto implicaría tercerizar el daño desligando de los criterios generales de responsabilidad imperante en todas las artes en la actualidad. Entendemos que esta postura contradice lo estipulado en la CE y por ende lo prescripto por la LO1/82, la que establece que la sola prueba de intromisión ilegítima, supone el daño.

LI < DI

El derecho a la intimidad prevalecería frente la libertad de información, salvo excepciones, cuando:

- a).- Carezca de relevancia pública la información.
- b).- En los mismos casos descriptos para la protección del honor.

⁵⁰⁶ Vid. STC 6/1988, 105/1990, 171/1990, 1727/1990, 143/1991, 197/1991; 40/1992; 85/1992, 223/1992 y 232/1993, Aranzadi.

⁵⁰⁷ La jurisprudencia ha manifestado en reiteradas oportunidades que las afirmaciones no veraces desorientan a los destinatarios de las noticias, por lo que no debe prevalecer el derecho de información al ejercerse de manera desmesurada (STS del 11/4/1992) o no respetando la esfera personal del honor de las personas aunque ejerzan funciones públicas (STS de 13 de diciembre de 1989; 2 de marzo y 9 de noviembre de 1991; 28 de enero y 3 de septiembre de 1992; STC 105/1990 de 6 de junio, 171/1990 de 12 de noviembre).

⁵⁰⁸ Vid. STEDH de 8 de julio de 1986; STC 6/1981; 12/1982; 105/1986; 165/1987; 6/1988; 107/1988.

4).- Por último debemos describir que también cabe la posibilidad de conflictos entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, aunque son, en los hechos, subsumidos por las otras nomenclaturas.

Con respecto al derecho a la propia imagen, las posibles soluciones a los conflictos están expresamente establecidas en la LO1/82, pero además, en la mayoría de los casos por el desarrollo de la actividad que desarrollan los MMC, ésta es absorbida por la intimidad o el honor, siendo la imagen una cuestión accesoria, en la práctica jurisprudencial. Ahora bien, como manifestamos anteriormente, esto no quiere decir que la imagen no tenga entidad independiente y suficiente para constituirse como elemento individual de un daño.⁵⁰⁹

2.7 SITUACIÓN A LA LUZ DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y CIVIL ARGENTINO

Nuestra constitución, como la gran mayoría, con una tendencia del iusnaturalismo clásico, muestra una marcada tendencia a jerarquizar materialmente los derechos fundamentales frente al estado, producto de una orientación a la existencia como manantial de un derecho natural, preexistente y objetivo, del que debe abreviar el derecho positivo, donde solo le corresponde al estado reconocer estos derechos preexistentes a su conformación. Algunos de estos derechos están expresamente consagrados en la constitución, otros solo aparecen implícitamente consagrados.⁵¹⁰ Por tal motivo, *“Todo derecho fundamental o primario del hombre debe considerarse incluido en la constitución este o no expresamente reconocido.”*⁵¹¹

Las constituciones decimonónicas cumplieron con creces el rol que les fue asignado en base a las necesidades de nuestra sociedad de aquella época: tutelar los derechos de las personas frente al estado, considerando que éste constituía el factor de mayor riesgo para ellos. En sí tuvieron el mérito de forjar una constitución dotada de espíritu amplio, generoso y humanista, virtud que se agiganta cuando se la interpreta dinámicamente a la luz de las nuevas realidades. Pero los tiempos han cambiado. Ahora los riesgos no sólo se centran en el accionar del Estado, sino también en el poder económico y político de grandes MMC, que parecen encontrarse en planos aun superiores al de aquel; más aún en países como Argentina, donde se respira una

⁵⁰⁹ Cuando la persona manifiesta el rechazo a la captación, publicación o difusión de su imagen, no implica necesariamente el daño a otro derecho de la personalidad. Sólo busca el respeto a su imagen personal, lo cual, sostenemos es razón suficiente para impedir el daño que pueda representar a la persona al omitir su voluntad y publicar su imagen aun cuando expresó su negativa para dicha conducta.

⁵¹⁰ Art. 33 CNA.

⁵¹¹ En palabras del maestro BIDART CAMPOS, GERMÁN: *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Astrea, Buenos Aires 1983, p. 213.

economía emergente sumamente frágil y condicionada. Y es allí donde navegan, muchas veces de manera tempestuosa, los derechos más elementales de los ciudadanos.

A diferencia del derecho español, en el derecho argentino, no encontramos un sistema formal de los derechos fundamentales. En el derecho argentino el criterio imperante es el material. Tampoco existe un núcleo de protección preferente de derechos fundamentales, como lo son los del título I, capítulo II, sección I CE. En el derecho argentino encontramos tres arts. (art.14, 19, 28 de la CNA) y otros tantos en el nuevo CCyCA arts. 51, 52, 53, 55,⁵¹² 1770 y 1771⁵¹³ que modulan los derechos, libertades, atributos y limitaciones materia de nuestro estudio. Mientras que en el derecho Español encontramos los arts. 18 y 20 CE y la LO1/82.

Los arts. 14 y 19 de la CNA,⁵¹⁴ reconocen derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, pues de estos artículos extraemos dos principios:

A).- No hay derechos absolutos: Este principio presupone que todos los derechos contienen límites, cuando tales límites deben afectar su esencia. Muchas son la razones que fundamentan la limitación de los derechos; ello nos lleva a su correcta armonización, a efectos de evitar que en la práctica el ejercicio de un derecho, por parte de un sujeto, impida a otro, emplear la misma facultad

⁵¹² Art. 51 CCyCA: *Inviolabilidad de la persona humana. La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.* Art. 52 CCyCA: *Afectaciones a la dignidad. La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el libro tercero, título V, capítulo I.* Art. 53 CCyCA: *Derecho a la imagen. Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) Que la persona participe en actos públicos; b) Que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) Que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.*

⁵¹³ Art.1770 CCyCA: *Protección de la vida privada. El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.* Art. 1771 CCyCA: *Acusación calumniosa. En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave.*

⁵¹⁴ En el capítulo I “declaraciones derechos y garantías” el art. 14 de la Constitución Argentina expresa “*Todos los habitantes de la nación gozando los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino, de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender*”. Vid. GELLI, MARÍA ANGÉLICA: *La Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, 2003 (segunda edición ampliada y actualizada). Expresa en la p. 64, “*El artículo 14 junto con el artículo 19 de la CNA constituye la piedra angular sobre la cual se fundamenta el sistema liberal adoptado por la constitución histórica de 1853/60 y son la expresión y consagración normativa del respeto a la libertad y dignidad de la persona*”.

o verse cercenado en su derechos; en fin, constituyen un elemento de garantía dentro de otra garantía, con el objeto de mantener el bienestar general y que las libertades constituyan patrimonio común. Como expresa el maestro BIDART CAMPOS, “*Los derechos constitucionales son de carácter relativo, lo que supone admitir que tienen o deben cumplir un función social, lo cual no es más que reconocer que todo derecho subjetivo arraiga y se ejerce en el marco de una convivencia social, donde la solidaridad impide frustrar la naturaleza social del derecho*”.⁵¹⁵ Deben primordialmente ser un instrumento de racionalización del derecho, a fin de evitar ser instrumento de autodestrucción del derecho. Por ello el límite de su reglamentación radica en la racionalidad de tal reglamentación, para con si y respecto al principio rector que le dio nacimiento.

B).- la ley instrumento de reglamentación: Dos son los principios constitucionales que imponen los límites al poder reglamentado. Uno es el art. 19 de CNA⁵¹⁶ que establece el principio de legalidad y el art. 28 de CNA⁵¹⁷ que establece el principio de razonabilidad.

Como expresamos anteriormente, en el punto A y B surgen los marcos limitadores o delimitadores de los derechos y es donde surgirá el juicio de antijuridicidad cuando operen trasgresiones.⁵¹⁸ Las razones que fundamentan la necesidad de una reglamentación, son muchas y variadas, pero dos son las características comunes a todas ellas. Una es hacerlas operativas y principalmente evitar que su ejercicio constituya en sí una violación de otros derechos y facultades; a efectos de que sean patrimonio común los valores plasmados en la constitución. En fin, éstas constituyen excepciones acotadas al uso de la libertad en la expresión de GELLI.

GELLI sostiene que la libertad de expresión expande su justificación y fundamento en tres direcciones. Una de carácter individual (constituye un derecho natural y sustantivo de la persona), otro de tinte social (facilita el descubrimiento de la verdad) y por último de índole político en el desarrollo de la sociedad tanto en la antigüedad como en las sociedades actuales, importan en suma el derecho y la libertad de expresar las opiniones y pensamientos⁵¹⁹. Primero es un derecho

⁵¹⁵ BIDART CAMPOS, GERMÁN, *op. cit.*, p. 216.

⁵¹⁶ Art. 19 de la CNA: “*Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y la moral pública, ni perjudiquen un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe*”. Pretende reservar un núcleo de ámbito privado ajeno a la intromisión del estado.

⁵¹⁷ Art. 28 de la CNA: “*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio*”.

⁵¹⁸ En oposición a la doctrina de los límites internos y externos de los derechos constitucionales (y por consiguiente de la libertad de expresión) encontramos a CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 586.

⁵¹⁹ El art. 19 de la DUDH enuncia: “*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitaciones de fronteras y por cualquier medio de expresión*”. El art. 13 Inc. 1 de la

sustantivo, natural e inalienable de la persona pues esta surge del mismo pensamiento humano y de su naturalidad. En eso hoy no hay discusión alguna, desde la óptica iusnaturalista, más allá de que encontremos diferencias sobre su significado y fundamentación. Por ello este derecho constituye un derecho de igual rango que otros existentes, por ello no encontramos razones válidas para otorgarles una protección superior en detrimento, en principio, de muchos otros derechos de igual rango y entidad.⁵²⁰ Pero además de constituir un derecho que fortalece la libertad de la persona y su dignidad, favorece la búsqueda de la verdad a través del libre debate de las ideas y expresiones. La segunda de las de las justificaciones es de tipo social, y se desarrolla a través del provecho de la libre controversia de las ideas con el objeto de alcanzar la verdad, pues toda idea debe dar lugar a la refutación, razón única de lograr alcanzar la verdad

Dentro de este esquema, encontramos que la protección a la libertad de expresión implica la protección de opiniones divergentes en el libre mercado de ideas, las que constituyen elementos de debate y refutación, pero que adquieren su mayor entidad e importancia en el ámbito político, y específicamente en lo referente a las cuestiones de estado e interés público, constituyendo un elemento de crecimiento en la formación de opiniones y decisiones en el ámbito público. Tampoco debemos olvidar que es también un instrumento de contralor sobre los actos de gobierno.

En un principio, la libertad de prensa había constituido un elemento fundamental en el contralor y difusión de los actos de gobierno, y sobre este esquema resulta lógico entender a aquellos que la postulan, como un derecho estratégico y preferido.⁵²¹ Ahora bien, más allá de las

Convención Americana de Derechos Humanos expresa: *“Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”*. El art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos inc. 1 expresa: *“Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones”*. Inc. 2 *“Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideraciones de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. Inc. 3 “El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar prefijadas por la ley y ser necesarias para: a).- Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás; b).-La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”*. En este último inciso encontramos ya las restricciones tendientes a la protección de los daños posible derivados de la libertad de expresión. A su vez estos pactos contienen restricciones que actualizan el equilibrio entre derechos y deberes relativos a la libertad de expresión (art. 27 y 30 del Pacto San José de Costa Rica).

⁵²⁰ NINO, CARLOS SANTIAGO: *Fundamentos del derecho constitucional. Análisis filosófico-jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 206. Este autor parte de la idea que la libertad de expresión es un bien de carácter central en la concepción liberal de la sociedad. Pero, sostiene, no son tan evidentes las justificaciones de esa centralidad, ni cuáles son las razones que fundan una protección mayor para aquella libertad de la que gozan los actos humanos que no causan daño a terceros.

⁵²¹ Vid. BADÉNI, GREGORIO: *Tratado de la libertad de prensa*, Abeledo Perrot, 1997, sostiene que la libertad de expresión constituye a favorecer el debido proceso democrático, lo que lo hace acreedor de una mayor protección convirtiéndola en una libertad estratégica y preferida. Este autor utiliza estas calificaciones refiriéndose a la libertad

ventajas que impone la protección de este derecho fundamental, siempre y cuando su valor constituya una herramienta para el fortalecimiento de la democracia, consideramos la igualdad del mismo con respecto a otros derechos fundamentales, no solo por las distintas aplicaciones y formas que en la actualidad ha adquirido la libertad de expresión, sino también porque no encontramos argumentos convincentes o disuasivos que muten lo expresado.

Cuando a estos derechos los confrontamos con otros como el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, la CSJNA, estableció reglas a efectos de proteger la libertad de informar sin que ello implique el menoscabo y detrimento de otros derechos.⁵²²

de expresión porque considera que esta garantiza la subsistencia de todos los demás derechos naturales y positivos. BIANCHI, ENRIQUE TOMAS Y GULLCO, HERNÁN VÍCTOR: *El derecho a la libre expresión. Análisis de los fallos nacionales y extranjeros*, librería editorial Platense S.R.L., La Plata, 1997, p. 136, señala la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana en la que describe a la libertad de expresión como un elemento fundamental en el sistema para lograr los cambios en el sistema social y político deseado por el pueblo.

⁵²² La CSJN ha determinado pautas calificadas según los daños cuya reparación se reclama que fueran ocasionados por la difusión de informaciones inexactas, de noticias verdaderas o simples opiniones. En el caso de difusión de informaciones inexactas resulta aplicable la doctrina “Campillay” (CSJN, Fallos: 308:789; 316:2394 y 324:4433, entre muchos otros) que, como es sabido, sostiene la irresponsabilidad de los medios de prensa si han tomado determinados recaudos al difundir la noticia. Al respecto, la CSJN ha señalado que cuando un órgano periodístico difunde una información que puede rozar la reputación de las personas, para eximirse de responsabilidad debe hacerlo atribuyendo directamente su contenido a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial o dejando en reserva la identidad de los implicados en el hecho (Fallos, 308:789, considerando 7°). Ahora bien, si los recaudos enunciados anteriormente no fueron cumplidos por el medio de comunicación, deberá examinarse si la noticia involucra a un funcionario público o figura pública, o bien sobre a un ciudadano privado. En el primer caso, resultará de aplicación la doctrina de la “real malicia”, es decir, para hacer responder al medio de difusión deberá encontrarse debidamente acreditado que la noticia fue divulgada con conocimiento de su falsedad, o con notoria despreocupación acerca de su veracidad o falsedad (CSJN, 24/06/2008, “Patitó, José Ángel y otros c. Diario La Nación y otros”, La Ley, 30/10/2008, p. 7; ídem, 13/12/2011, “Melo, Leopoldo Felipe y otros c. Majul, Luis Miguel s/daños y perjuicios”, entre muchos otros). Por el contrario, si el afectado es un ciudadano común que no es funcionario público ni figura pública no juega el factor de atribución que exige la doctrina mencionada en último término, y basta con la simple culpa del emisor de la noticia para comprometer su responsabilidad (CSJN, 1/08/2013, “B. J. M.; M. de B., T. – Tea S.R.L. c. Arte Radiotelevisivo Argentino S.A.”. Un estándar distinto juega cuando la información difundida es verdadera. En este supuesto, son inaplicables tanto la doctrina “Campillay” como la de la “real malicia”, pues ambas parten de la base de que se han afirmado hechos inexactos, o cuya veracidad, al menos, no ha podido ser acreditada (CSJN, caso “Patitó”, ya mencionado, considerando 8° del voto de la mayoría; ídem, 16/11/2009, “Brugo, Jorge Ángel c. Lanata, Jorge y otros”, considerando 9° del voto de la mayoría). En este grupo de casos -en los que normalmente aparece afectada la intimidad el estándar relevante es la existencia o no de un interés público prevaleciente que justifique la difusión de la noticia y valide la intromisión en la esfera privada de las personas (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29/11/2011, “Fontevicchia y D’Amico c. Argentina”; CSJN, 8/05/2007, “O, N. M. c. T., M. y otro” entre otros fallos. Cabe señalar que en estas situaciones no basta con que la información se refiera a una persona pública o un funcionario público sino que, para validar la intrusión en la intimidad, es preciso que -más allá de ello- medie un interés público concreto que justifique la difusión de la noticia. Pues como lo ha dicho el máximo tribunal nacional: “...en el caso de personajes célebres cuya vida tiene carácter público o personajes populares, su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad y siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión...” (CSJN, 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S.A.”, *La Ley* 1985-B, 120). Finalmente, la CSJN ha elaborado en los últimos años un nuevo estándar, que se aplica no ya a la afirmación de hechos -ya sean ellos verdaderos o falsos-, sino a la emisión de opiniones o juicios de valor. En este caso debe establecerse nuevamente si esa clase de juicios se refiere a asuntos de interés público, pues si así fuera existe una total libertad para decir lo que se quiera, con el único límite de las expresiones insultantes (CSJN, causas “Patitó” -considerando 8° del voto de la

El ejercicio de los derechos fundamentales puede dar lugar en muchos casos a coaliciones con otros derechos, que la constitución también les otorga el rango de fundamentales, lo cual se debe resolver sin alterar la esencia de estos derechos y sin que los mismos sean ejercitados de manera abusiva por parte de los individuos, ni establecer caracteres jerárquicos preestablecidos. Por ello su interpretación debe ser armónica conforme la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria,⁵²³ por constituir elementos de idéntica jerarquía. Ahora bien, esta labor no debe estar sujeta a normas rígidas, procurando una composición del conflicto que posibilite la subsistencia de cada uno de estos derechos en su naturaleza funcional. Dentro de este orden de ideas se ha sostenido reiteradamente que la constitución es una estructura coherente, por lo que su interpretación no debe efectuarse de tal modo que queden frente a frente los derechos y deberes por ella enumerados, para que se destruyan mutuamente.⁵²⁴

La base sobre la que se debe partir al momento de valorar una posible confrontación de derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión e información con el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, deber ser el respeto a la dignidad humana, atento nuestra estructura constitucional y la incorporación a esta de los pactos internacionales.⁵²⁵

Por nuestra parte consideramos, coincidiendo con PIZARRO, la conveniencia de distinguir entre normas constitucionales que declaran derechos y los derechos constitucionales por aquéllas declaradas.⁵²⁶ Las primeras, por su propia naturaleza, tienen el mismo rango, no pudiendo formularse juicio estimativo alguno; en cambio, los derechos en sí mismos, no son todos iguales, pues atento la teoría de los valores tienen diferencias jerárquicas y deontológicas.

La valoración o ponderación debe hacerse de forma particularizada, para evitar abstracciones o generalizaciones que impliquen resultados incompatibles con la protección de los derechos en pugna, considerando que las propuestas valorativas que se formulen difícilmente serían inmutables; por el contrario, estarían expuestas o condicionadas por parámetros

mayoría- y “Brugo” -considerando 9º del voto de la mayoría-, “Quantín, Norberto Julio c. Benedetti, Jorge Enrique y otros”; 14/08/2013, “C. C., R. A. c. A., S.E. y otros”.

⁵²³ BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: “Los efectos de la informaciones inexactas o agraviantes (en la jurisprudencia de la CSJN”, *La Ley*, 1989, D 889; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE: *Resarcimiento del daño*, 2ª edic. Hammurabi, Buenos Aires, 1996, p. 223. CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 578. ANDRADA, ALEJANDRO, *op. cit.*, p. 91.

⁵²⁴ Jurisprudencia Argentina 1989, II 657 en fecha 18/04/1989 CSJN.

⁵²⁵ El pacto de San José de Costa Rica en su art. 11 referencia a la protección del honor, la intimidad y dignidad de la persona, armonizándose con el resto del pacto específicamente en su art. 5 y 6.

⁵²⁶ PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *op. cit.*, p. 109.

sociológicos, éticos, jurídicos, etc.⁵²⁷ En tanto no sean contrarios a la ideología de la constitución.⁵²⁸ Ahora bien, lo expuesto no impide que podamos proclamar como regla general, que los derechos que hacen a la dignidad de la persona ocupen entonces un lugar preponderante en la estructura valorativa constitucional, y que por ello deban prevalecer, en un principio, sobre los demás que prevé la constitución.⁵²⁹

Ahora bien, como manifestamos anteriormente en el derecho argentino no existe, como en el derecho español, una LO que regule específicamente los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen. La protección de estos derechos se encuentran diseminadas entre la constitución, el código civil y comercial y leyes específicas no integradas. En este sentido, en Argentina MOISSET DE ESPANES E HIRUELA FERNÁNDEZ destacan la función de los daños punitivos en la protección de los derechos de la personalidad.^{530 531} En igual sentido cabe destacar el giro doctrinal que ha supuesto la incorporación del nuevo CCyCA en el derecho de daños que reconoce la expresamente el deber de prevención del daño ⁵³² (art. 1710 y 1712 CCyCA), la procedencia de la

⁵²⁷ Entendemos que las pautas valorativas de una comunidad pueden y deben cambiar en función de las necesidades comunitarias. Los ingredientes empíricos que nutren la estimativa jurídica que hoy priorizamos pueden no coincidir con aquellos que desvelaron a nuestros constituyentes. Esta situación no implica atentar contra la estructura ideológica de la constitución, por el contrario importa una consecuencia lógica e inevitable del sentido transformista del derecho y de su natural tendencia a dar respuesta a las necesidades del grupo social. Ver RECASENS SICHES, LUIS: *Tratado general de filosofía del derecho*, Porruá, 3 edic. México 1965, p. 390 y ss.

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 141. El autor manifiesta que la realización de los valores en la vida social impone computar factores de orden histórico, variable en función de las circunstancias, tiempo y lugar.

⁵²⁹ Conf. GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: La dignidad..., *cit.*, p. 93 y ss. RIVERA, JULIO CÉSAR: ponencia presentada en el I Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires 1989, Comisión I, donde unas de las conclusiones de comisión expresa: "...6.- Los derechos de la personalidad espiritual (Honor, Intimidad, Imagen) tienden a obtener el respeto absoluto de la dignidad humana. Por ello se encuentran en el primer rango de los derechos y libertades amparados en la Constitución Nacional Argentina, y en caso de conflicto, deben prevalecer sobre cualquier otra garantía o libertad reconocidas por el mismo texto constitucional".

⁵³⁰ MOISSET DE ESPANES, LUIS E HIRUELA DE FERNÁNDEZ, MARÍA DEL PILAR: <http://acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artderechodelapersonalidad>. Los autores sostienen que este tipo de sanciones resulta en un todo adecuada y viable en los supuestos de daños graves a la personalidad producidos mediante una actitud manifiesta de menosprecio e indiferencia por los derechos fundamentales de terceras personas y por lo tanto altamente reprochable. Esta forma de punición tiene por finalidad principal evitar la producción futura de daños similares, procurando revertir el desinterés del ofensor.

⁵³¹ En el nuevo CCyCA en su art. 1714 establece la nueva función punitiva, dando nacimiento en el sistema argentino de esta función de la responsabilidad que se suma a la preventiva y resarcitoria o compensatoria.

⁵³² PIZARRO, RAMÓN DANIEL Y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO: *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 3*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, pp. 241- 243. En nuestra Constitución Nacional, las normas del código civil de Vélez y leyes supletorias, es posible delinear la existencia de un principio de prevención conforme al cual los daños deben ser evitados; entre las normas que dan sustento a lo afirmado encontramos: el art. 43 de la Constitución Nacional que reconoce la acción expedita y rápida de amparo contra actos de las autoridades o de particulares que con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta lesionen, restrinjan, alteren o amenacen derechos y garantías reconocidos por la constitución, los tratados y las leyes; el ex art. 1071 del CCA que veda el ejercicio abusivo del derecho (la doctrina y jurisprudencia dominante entienden que el juez puede preventivamente impedir ciertas conductas abusivas con potencialidad dañosas); el ex art. 1071 bis CCA, que impone a quien arbitrariamente se entrometiere en la vida privada ajena, la obligación de cesar en tales actividades, pudiendo ser obligado judicialmente a ello; el ex art. 2499 del CCA que regula la turbación de la posesión en razón de una obra nueva, la ley permite a quien tema sufrir un daño en tales circunstancias a denunciar el hecho ante el juez para recabar las medidas oportunas de carácter cautelar; el ex art. 2788

reparación del mismo, y en algunos supuestos incluso la sanción, ya que pese a la eliminación de la figura de la sanción pecuniaria disuasiva, el artículo 52 bis sigue vigente en la ley 24.240; a su vez, el mismo digesto prevé el supuesto de punición excesiva (art. 1714 CCyCA).^{533 534}

La antigua redacción dada por el ex art. 32 bis CCA, no exigía una conducta arbitraria, y expresamente hacía innecesaria la existencia de dolo o culpa, por lo cual creaba una suerte de ilicitud objetiva. La inexigibilidad de reproche subjetivo como factor de atribución, pudo permitir entonces que esa norma fuera aplicada aun cuando el agente haya actuado involuntariamente. Resulta poco feliz, frente al imperativo de hacer justicia, en esta hora signada por la incontenible invasión de particulares y poderes públicos, del reducto de la privacidad que el ex art. 1071 bis CCA exija una conducta arbitraria. La polisemia del vocablo sugeriría un grado de reproche que puede oscilar entre la culpa grave y el dolo. Entendemos que se hace necesaria la supresión de la expresión “arbitrario” y quizás aconseja un párrafo sobre la innecesariedad de culpa o dolo. El texto del ex art. 1071 bis CCA al mencionar la intromisión es harto suficiente, pues tal invasión en la esfera de los derecho es objetivamente ilícita, sea que el agente actué o no intencionalmente; basta la disconformidad de su conducta con el principio el *neminem non laedere*. La redacción del texto, amén de la excesiva latitud de la interpretación que suscita la aludida arbitrariedad, entraba en colisión con el supuesto de ilicitud objetiva punible ex art. 907 CCA, que permitía algún resarcimiento en daño involuntario.

Resultaba contradictorio y carente de sustento axiológico admitir que un mismo ordenamiento, permita resarcimiento frente a un acto involuntario ajeno a la idea de reproche subjetivo, y, simultáneamente, exija un plus indefinido de desvalor (arbitrariedad) cuando el daño es voluntario. En el sistema de normas de los ex art. 1071 bis CCA y ex art. 907 CCA entraban en colisión la voluntad de la ley y la interpretación del juez, más en la situación de la víctima que nada tiene que reprocharse, frente a la de quien ha violado normas primarias de convivencia. La ilicitud, según doctrina prevaleciente, debe medirse objetivamente, lo que basta para la cesación

que legitima a quien ejercita la acción reivindicatoria a impedir, durante la tramitación del juicio, que el poseedor deteriore la cosa reivindicada; el ex art. 2618 que faculta al juez a disponer la cesación de molestias ocasionadas por humo, calor, olores, ruido, etc. que excedan la normal tolerancia entre vecinos; en materia de competencia desleal, la ley 22.262 autoriza la adopción de medidas de no innovar y, en su caso, el cese o la abstención de la conducta, entre otros.

⁵³³ Vid. LLAMAS POMBO, EUGENIO: “El nuevo código civil argentino (I)”, *Práctica derecho daños: Revista de responsabilidad civil y seguros*, núm. 124, 2015 y “El nuevo código civil argentino (y II)”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 126, 2016.

⁵³⁴ El nuevo CCyCA incorpora dos funciones a la responsabilidad civil y derecho de daños que su anterior digesto no tenía. Además de la función reparadora, compensatoria o indemnizatoria le agrega la función preventiva y la sancionatoria (arts. 1710, 1712 y 1714).

de la injusta violación de la intimidad. Otra cosa es si debe o no exigirse un determinado elemento subjetivo en el agente para condenar a pagar daños.

Así el ex art. 1071 CCA bis no requería ningún elemento clásico, sea culpa o dolo, en la conducta dañosa del agente, sino que lo eludía con el impreciso término “arbitrariedad”, olvidando el mandato del art. 1076⁵³⁵ CCA (imputar dolo, culpa o negligencia). Si se entendía que por el ex art. 1076 CCA era innecesario mencionarlo, produciría una dificultad en el juzgador, pues para graduar la extensión y monto de las consecuencias a reparar debía distinguirse el daño doloso del culposo (ex art. 901 a 905 CCA). Pero, ¿a qué especie de ilicitud pertenecía el acto arbitrario? ¿Es más o menos grave que el acto doloso? En síntesis, si se seguían las clásicas nociones de dolo o culpa por la arbitrariedad, quita claridad, se producía una confusión y se prestaba a una caprichosa y personalísima apreciación judicial sobre la arbitrariedad. El ex art. 1071 bis CCA exigía, como requisito objetivo que el hecho no fuera delito penal, lo que es criticable por retacear la protección a la intimidad, aunque en la práctica era aconsejable una acción civil, coincidiendo con RABINOVICH-BERKMAN.

En el nuevo CCyCA encontramos los arts. 51 a 53 (imagen)⁵³⁶ que dan fundamento y contenido a los derechos personalísimos y los arts. 1770 (intimidad)⁵³⁷ y 1771⁵³⁸ (honor) del CCyCA. En sentido similar el art. 1757 CCyCA acompaña la línea doctrinal puesta de manifiesto por PIZARRO, con respecto a las actividades riesgosas y su factor de atribución, dentro

⁵³⁵ Ex art. 1076 CCA: Para que el acto se repute delito, es necesario que sea el resultado de una libre determinación de parte del autor. El demente y el menor de diez años no son responsables de los perjuicios que causaren.

⁵³⁶ Art. 51 CCyCA: **Inviolabilidad de la persona humana.** *La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad.* Art. 52 CCyCA: **Afectaciones a la dignidad.** *La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos, conforme a lo dispuesto en el libro tercero, título V, capítulo 1.* Art. 53 CCyCA: **Derecho a la imagen.** *Para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento, excepto en los siguientes casos: a) Que la persona participe en actos públicos; b) Que exista un interés científico, cultural o educacional prioritario, y se tomen las precauciones suficientes para evitar un daño innecesario; c) Que se trate del ejercicio regular del derecho de informar sobre acontecimientos de interés general. En caso de personas fallecidas pueden prestar el consentimiento sus herederos o el designado por el causante en una disposición de última voluntad. Si hay desacuerdo entre herederos de un mismo grado, resuelve el juez. Pasados veinte años desde la muerte, la reproducción no ofensiva es libre.*

⁵³⁷ Art. 1770 CCyCA: **Protección de la vida privada.** *El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación.* Este artículo no exige culpa o dolo, por lo que podríamos aplicar un criterio subjetivo de imputación.

⁵³⁸ Art. 1771 CCyCA: **Acusación calumniosa.** *En los daños causados por una acusación calumniosa sólo se responde por dolo o culpa grave.* Como lo manifiesta el artículo la imputación es de carácter subjetivo, inclinación con la que no estamos de acuerdo.

de lo que podríamos integrar a los MMC, respecto a la modalidad sobre la que realizan su actividad, siguiendo la línea de razonamiento del autor citado.⁵³⁹

⁵³⁹ En esta sección resulta interesante comparar la antigua legislación, en consonancia con el reciente Código Civil y Comercial de la Nación Argentina promulgado en el año 2014 y puesto en vigencia en el año 2016 a efectos de comprender la lógica y entelequia jurídica del cuerpo legal que rigió en Argentina desde 1889 hasta la actualidad y que moldeó la doctrina y nuestra jurisprudencia, en consonancia con la nueva estructura jurídica estructurada en un digesto civil y comercial con la mitad de artículos que su precedente.

CAPÍTULO III

LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA Y LOS ELEMENTOS QUE LA LEGITIMAN

SUMARIO: 3.1 FORMAS DE ATENTAR CONTRA EL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN. 3.1.1 INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL HONOR. 3.1.2 INTROMISIÓN ILEGÍTIMA AL DERECHO A LA INTIMIDAD. 3.1.3 INTROMISIÓN ILEGÍTIMA AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN. 3.2 ELEMENTOS QUE LEGITIMAN LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. 3.2.1 CAUSAS ESTABLECIDAS EN LA LO 1/82. 3.2.1.1 EL CONSENTIMIENTO. 3.2.1.2 ESTABLECIDAS O AUTORIZADAS POR LA LEY. 3.2.1.3 ESTABLECIDAS O AUTORIZADAS POR AUTORIDAD. 3.2.1.4 PREDOMINIO DE UN INTERÉS RELEVANTE. 3.3.1.5 ESPECIAL REFERENCIA A LOS USOS SOCIALES Y A LOS ACTOS PROPIOS.

3.1 FORMAS DE ATENTAR CONTRA EL HONOR, LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN.

Hasta la entrada en vigor de la LO 1/82, la protección del derecho al honor, en el ámbito civil, se dispensaba al amparo del art.1902 y concordantes del CCE, pero con la nueva ley de protección civil de este derecho la base legal se desplaza hacia la especialidad que genera la LO 1/82, sin perjuicio de la aplicación supletoria de las normas del CCE relativas a la responsabilidad.

Los atentados contra los derechos de la personalidad, amparados en la LO 1/82, se producen a través de acción de intromisión ilegítima, expresamente establecida en el art. 1 (concepto general) y el art. 7 LO 1/82,⁵⁴⁰ intromisión que puede afectar al honor, la intimidad o la propia imagen personal y familiar, de manera independiente o conjunta entre una parcialidad o la totalidad de los derechos protegidos por la LO 1/82, generándose un criterio de nomenclatura propio de las ciencias prácticas, condicionados por lo establecido en el art. 2.1 de la LO 1/82. Esto produce una distribución amplia de las nomenclaturas posibles, provenientes de las intromisiones ilegítimas entre los tres derechos protegidos por la LO 1/82.

Las distintas formas de atentar contra estos derechos, están plasmados en el articulado de la LO 1/82, a través de las acciones generadoras del daño, que se traduce en la acción de intromisión ilegítima, que puede describirse en las siguientes acciones: *emplazamiento*,

⁵⁴⁰ LO 1/82 art. 1.1: *El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 de la constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente ley orgánica; art. 7. Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de esta ley:*

- 1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.*
- 2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.*
- 3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.*
- 4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.*
- 5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2.*
- 6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.*
- 7. La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*
- 8. La utilización del delito por el condenado en sentencia penal firme para conseguir notoriedad pública u obtener provecho económico, o la divulgación de datos falsos sobre los hechos delictivos, cuando ello suponga el menoscabo de la dignidad de las víctimas.*

utilización, divulgación, revelación, grabación, registraci3n, captaci3n, reproducci3n, publicaci3n y la imputaci3n.

3.1.1 INTROMISI3N ILEGÍTIMA EN EL DERECHO AL HONOR

Sin perjuicio de las combinaciones que puedan surgir de la realidad o casuística, la intromisi3n ilegítima violatoria del derecho al honor est3 establecida en el art. 7.3 y 7.7 LO 1/82. Por lo que podemos decir que se vulnera el derecho al honor cuando se imputan, atribuyen, o expresan hechos falsos⁵⁴¹ u opiniones agraviantes. El art. 2 de la LO 1/82 establece que tendr3 la consideraci3n de intromisi3n ilegítima la imputaci3n de hechos o la manifestaci3n de juicios de valor a trav3s de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de la persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimaci3n.⁵⁴²

Los modos de atentar contra el derecho al honor los podemos diferenciar dependiendo, que estos provengan del ejercicio del derecho a la libertad de expresi3n o del derecho a la libertad de informaci3n. Pues se atenta contra el honor a trav3s del ejercicio a la libertad de expresi3n, cuando se realizan manifestaciones, crínicas, juicios de valor, etc. sobre una persona, que degraden su reputaci3n, siendo estas expresiones vejatorias, insultantes o agraviantes. Por el contrario, se atenta contra el honor a trav3s del ejercicio del derecho a la libertad de informaci3n, cuando se imputa a una persona un hecho difamatorio o denigrante que lo puede hacer desmerecedor de la consideraci3n social. Este hecho para ser violatorio del honor, debe ser falso, pues aquel que a trav3s de su conducta menoscaba su propio honor, no puede pretender la consideraci3n, ya que él mismo se ha puesto en condiciones de desmerecedor de la consideraci3n ajena, siempre y cuando los hechos sean noticiables.⁵⁴³ Ahora bien, esta última expresi3n no hace regla, ya que no obstante puede surgir que del ejercicio legítimo (manifestaci3n verdadera) de la libertad de expresi3n o informaci3n, se atente contra el honor, si más allá de ser verdadera alguna manifestaci3n, ésta carece de interés público subjetivo y objetivo, elementos que ya desarrollamos con anterioridad.

⁵⁴¹ Pues si los hechos que se imputan son verdaderos, y tienen el carácter de noticiables e interés público, la protecci3n del derecho a la informaci3n tiene supremacía por sobre el honor.

⁵⁴² Este apartado no figuraba en el proyecto de ley. Asimismo debemos precisar que con relaci3n al derecho al honor centraremos nuestro estudio en este apartado y no en el párrafo 3 en coherencia con la interpretaci3n que le hemos dado al honor.

⁵⁴³ STC 297/2000 de 11 de diciembre en su fj. 7º. La CE otorga carácter de derecho fundamental tanto al derecho a expresarse libremente como al derecho a no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás; sin que implique que el art. 20.1 CE establezca un pretendido derecho al insulto, ya que la reputaci3n ajena, conforme el art. 10.2 de CEDH, constituye un límite al derecho a expresarse libremente y al derecho a informar. *Vid.* STEDH caso Lingens de 8 de julio de 1986 ss. 41,43 y 45; caso Barfod del 22 de febrero de 1989 ss. 34, caso Castells del 23 de abril de 1992 ss. 39 y 42; caso Thorgeir thorgeirson del 25 de junio de 1992 ss. 63 y ss.; casos Schwabe de 18 de agosto de 1992, ss. 34 y 35; caso Bladet tromso y Stensaas del 20 de mayo de 1999, ss 66, 72 y 76.

3.1.2 INTROMISIÓN ILEGÍTIMA AL DERECHO A LA INTIMIDAD

La teoría de las esferas, defendida ya por DE CASTRO⁵⁴⁴ referida al derecho a la intimidad, parece haber inspirado básicamente al legislador en la redacción del art. 7 LO1/82 y, en esa medida, es asumida también por la jurisprudencia pues la protección dispensada se reconduce a ámbitos o zonas reservadas, criterio que, a nuestro juicio, se subjetivista posteriormente por la alusión en la propia ley, a los usos sociales y a los propios actos del titular del derecho.

Las formas de atentar contra el derecho a la intimidad están establecidos en el en el art. 7, puntos 1, 2, 3 y 4 de la LO 1/82, sin perjuicio de las distintas combinaciones o nomenclaturas que pudieren surgir de la realidad jurídica entre los distintos puntos del art. 7 LO1/82.

La intromisión de carácter ilegítima en el derecho a la intimidad de las personas puede operar de distintas maneras. Más allá del detalle que surge de la LO 1/82, el cual no constituye, ni mucho menos *numerus clausus*, podemos agrupar las formas en que se puede atentar contra el derecho a la intimidad ⁵⁴⁵ en:

A).- (7.1)⁵⁴⁶ El emplazamiento⁵⁴⁷ de aparatos de escucha, de filmación o de dispositivos ópticos para el conocimiento, grabación, registro o reproducción de la vida privada de las personas.⁵⁴⁸ (7.2) La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

Del tenor literal de los apartados 7.1 y 7.2 LO 1/82, merece ser destacada la amplitud de su reconocimiento, sobre todo respecto al apartado 1º, que se desprende del empleo de

⁵⁴⁴ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Temas de...*, cit., p. 19.

⁵⁴⁵ En el derecho anglosajón (EEUU) la clasificación de las variables de atentados contra la intimidad la clasifican mayoritariamente en cuatro grupos: 1.- La injerencia en la intimidad del individuo (intrusión on plaintiff's privacy). 2.- La divulgación al público de hechos concretos de la vida privada (public disclosure of private fact). 3.- Presentar a un individuo ante los demás para desacreditarlo (putting the plaintiff in a false light in the public eyes. 4.- La apropiación de ciertos elementos de la personalidad de individuo con fines de lucro (appropriation of some elements of the plaintiff's personality for the defendant's advantage).

⁵⁴⁶ No es copia textual del articulado 7 de la LO 1/82.

⁵⁴⁷ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 166. Autor con el que coincidimos en interpretar el término "emplazamiento", como descriptivo de la acción que constituye un "acecho" a la vida intimidad de las personas.

⁵⁴⁸ Recomendamos a modo descriptivo las distintas maneras en que se produce esta intromisión ilegítima URABAYEN, MIGUEL: *Vida privada e información*, Eunsa, Barañain, 1977, p. 27 y ss.; FARIÑA MATONI, LUÍS MARÍA: *El derecho a la intimidad*, Trivium, Madrid, 1983, p. 39 y ss.

emplazamiento en cualquier lugar,⁵⁴⁹ lo cual, sin embargo, no resulta sorprendente si tenemos en cuenta que con la conducta descrita en ese apartado la vida íntima de la persona se pone en grave peligro. Por esta razón y por tratarse de una amenaza intolerable, lo que sería una intromisión ilegítima en potencia, es considerada por el legislador como intromisión ilegítima actual. Esta circunstancia, sin embargo, en el apartado 2º se ve aminorada, pues en él se habla ya de “utilización”, lo cual no impide afirmar que dicha previsión legislativa responde, igualmente con amplitud a la idea de salvaguardar el normal desarrollo de la vida de las personas, de ahí que consideremos que no existe inconveniente alguno para inferir que el término “utilización” sin ninguna otra matización ulterior pueda entenderse referido a cualquier lugar en el que la vida íntima sea susceptible de desarrollo, y este puede verse vulnerado.

En esta misma línea consideramos muy acertado el empleo de expresiones como “cualquier otro medio apto”, sobre todo ante el vertiginoso avance de la técnica, puesto que esa fórmula permite la subsunción futura de nuevas formas de invasión. Por lo demás, la referida amplitud es perfectamente coherente con el espíritu tuitivo que emana de la LO 1/82 por cuanto en ésta no sólo se contempla la posibilidad de accionar contra conductas ya realizadas, sino también en previsión de futuras acciones que vulneren cualquiera de los tres derechos objeto de protección.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ No obstante, incluso fuera de los supuestos previstos en la LO1/82 puede hablarse del reconocimiento del derecho a la intimidad en términos de gran amplitud, basta a tal efecto recordar por ejemplo que la STC 45/1989 de 20 de febrero, BOE, núm. 52 de 2 de marzo declaró inconstitucional el art. 34 de la ley 44/1978, 8 de septiembre que se refería al régimen de tributación conjunta de los esposos en el IRPF, por vulnerar entre otros, el derecho a la intimidad recogido en el art.18.1 CE. Así en el f.j. 9º señala las razones que llevan a tal conclusión y que a continuación recogemos: “*La primera de ellas reside, como es evidente, en su propia debilidad. Es cierto que en el régimen legal de gananciales, ambos cónyuges están obligados a informarse periódicamente sobre la situación y rendimientos de sus respectivas actividades económicas (art.1383 CCE) y que en él, como en los que con carácter legal existen en las diversas partes del territorio nacional [...] las ganancias de cada uno de los cónyuges se hacen comunes a los dos, pero ni éste es el régimen legal de toda España, en una parte sustancial de la cual el régimen legal es, por el contrario, el de separación, ni, sobre todo, es la base de nuestro sistema jurídico, que en lo que se refiere al régimen económico del matrimonio se basa en la libertad de capitulaciones (art.1315 CCE), que no puede dispensar a los esposos ciertamente del deber de socorro mutuo (art.68 CCE) no de contribuir a los gastos comunes en una u otra forma, pero que sí les autoriza, claro está, a mantener en su relación recíproca la reserva que juzguen conveniente sobre sus propias actividades económicas. El límite de tal reserva viene dado por las normas que determinan el régimen económico-matrimonial, no por la ley fiscal y, en consecuencia, no puede ésta imponer la necesidad de romperla frente al otro cónyuge ni arrojar sobre éste la carga de declarar, cuantificándolos, los ingresos percibidos por su esposo o esposa, en contra de la voluntad expresa de ésta o éste*”.

⁵⁵⁰ La LO 1/82 art. 9. 2 establece que: *La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:*

- a) *El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.*
- b) *Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.*
- c) *La indemnización de los daños y perjuicios causados.*
- d) *La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.*

Finalmente, cabe destacar que, por lo que se refiere al apartado 2º, consideramos ilegítima la utilización de los mismos aparatos mencionados en el apartado anterior, también ilegítima la utilización de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios. En lo que atañe a la utilidad de dicha alusión, como podría resultar redundante, ya que, en definitiva, puede entenderse englobado bajo el enunciado de “cualquier otro medio apto para el conocimiento de la vida íntima de las personas”, es preciso entenderla referida, para que tenga algún valor, a la utilización de esas manifestaciones o cartas sin aparatos; utilidad que no sólo se hace patente frente al párrafo 3º del art.7, en el que no se hace la salvedad de “no destinadas”, sino que, además, en el párrafo 2º lo que se considera ilegítima es la mera utilización, mientras que en el párrafo 3º se refiere a la “revelación” o “publicación”, de ahí que tenga sentido su previsión anterior, para poder considerar ilegítima la mera utilización.

B).- (7.3) La divulgación de hechos o documentos privados que carecen de interés general, siendo los mismos reales y lesivos del buen nombre y reputación; o reales y aunque no afecten el buen nombre de la persona, este sea de carácter íntimo. Debemos considerar siempre que el elemento de la veracidad es presupuesto necesario del derecho a la intimidad.

C).- La divulgación de hechos o documentos de interés general, pero obtenidos en un medio donde prima la protección de la intimidad.

La zona más íntima de la persona, la que DE CASTRO denomina confidencial o secreta, es asimismo objeto de protección en el apartado 7.3 LO1/82 a tenor del cual tendrá la consideración de intromisión ilegítima la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

Nos encontramos, en primer lugar, con que el requisito de la divulgación que resulta indispensable para que la intromisión se repute como ilegítima, en tal sentido la interpretación del mismo, realizada por nuestros tribunales, en relación al derecho al honor es perfectamente extrapolable. Consiguientemente el dejar constancia de algo con relación documentada o proyectada exclusivamente a las personas afectadas e interesadas, no se considera con entidad

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

suficiente para que se produzca el efecto de la divulgación, sino que ha de consistir en la propagación a terceros con publicidad rebosante de ese simple acto informativo.⁵⁵¹ No obstante, a pesar de lo que pudiera parecer, este requisito en ocasiones es interpretado con cierta laxitud, no siendo necesaria la constatación efectiva de esa divulgación, siendo suficiente la aptitud de la conducta para producir el efecto de la divulgación.⁵⁵²

En lo referente a la expresión “vida privada”, consideramos que ésta no debe entenderse simplemente como sinónimo de su existencia física, sino también que con ella se quiere hacer referencia al patrimonio moral de la persona que es extremadamente amplio, abarcando todo clase de referencias inmanentes a la persona como soporte físico de una realidad espiritual, por ejemplo: Las relativas a las creencias, profesión, estado civil, hábitos de vida, así como los relacionados a la salud. En este sentido, la expresión “vida privada” comprende todos los datos, biológicos y espirituales caracterológicos que componen el ser integral de la persona.⁵⁵³ Quizá lo más llamativo de este apartado sea la alusión por primera vez a la familia. Téngase en cuenta que la LO 1/82 al desarrollar el art.18.1 CE no sólo protege la intimidad personal, sino también la familiar. Para RUIZ MIGUEL, esta última vertiente ha tenido escaso juego en la jurisprudencia constitucional española, en comparación sobre todo con la jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos.⁵⁵⁴

A pesar de que la jurisprudencia en este punto no es muy prolija, sí existen en nuestro ordenamiento pronunciamientos concretos que abordan la cuestión. En este sentido, es ya famosa

⁵⁵¹ Vid. STS 5 mayo 1988, fj. 2°. No obstante, no es necesario que la publicidad se haga por medio de la prensa escrita o hablada aunque sea lo más frecuente; vid. STS de 23 de marzo de 1993, fj. 5°.

⁵⁵² Así, el envío de cartas intimidatorias a un moroso, en las que se exteriorice parte de su contenido mediante una alusión al efecto hecha en la parte externa del sobre, se entiende que cumple con dicho requisito. Es el caso de la STS del 30 de diciembre de 1995 relativa al envío de una carta en cuyo sobre se decía textualmente: “Insistimos en la necesidad de que se ponga en contacto con nosotros y pague lo que debe factura muebles La Areuyense de 487.948”. El tribunal consideró que la forma de manifestarse la empresa reclamante, no deja lugar a dudas, por mucho que sea el deber de silencio del cartero, sobre su intencionalidad de provocar eventualmente entre los convecinos -no se olvide que en la práctica suele ser el portero quien se encarga de distribuir la correspondencia por los buzones interiores-, el rumor sobre la morosidad del destinatario de la misiva, circunstancia que al margen de su certeza, el hecho mismo de que se produzca la divulgación tiene por fin atemorizar y coaccionar al deudor para que pague la cantidad que se reclama. Vid. los fundamentos jurídicos 3 y 4.

⁵⁵³ Vid. STC 73/82, de 2 de diciembre, donde expresa que habida cuenta que el derecho a la intimidad no es un derecho absoluto, es legítimo que se impongan limitaciones como consecuencia de deberes y relaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico regula y se permitan intromisiones, así por ejemplo el Tribunal Supremo ha declarado en sentencias de 1 de marzo fj. 3° y de 18 mayo de 1994 fj. 1° que la obligación o sometimiento a la prueba biológica de la paternidad no lesiona este derecho, ya que en los casos de filiación prevalece el interés social y el orden público, que subyace en las declaraciones de paternidad, en cuanto están en juego los derechos de alimentos y sucesión de los hijos que son objeto de especial protección por el art. 39.2 CE.

⁵⁵⁴ Cfr. RUIZ MIGUEL, CARLOS; *La protección de la vida privada en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Civitas, Madrid, 1994, p.34 y ss.

la STC 231/1988,⁵⁵⁵ relativa a la comercialización de un vídeo del admirado torero Paquirri que, al declarar la nulidad de la STS 28 octubre de 1986,⁵⁵⁶ reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar de la demandante, señalando al efecto que el derecho a la intimidad personal y familiar se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial relación o vínculo existente con ellos, que incidan en la propia esfera de la personalidad del individuo protegido por el art. 18 CE.⁵⁵⁷

Asimismo, a propósito de la literalidad de este apartado, concretamente en lo que respecta al requisito de la afectación de la “reputación y buen nombre”, podría pensarse que se trata de una azarosa redacción o de un capricho del legislador, porque si bien es cierto que en muchas ocasiones es difícil deslindar el derecho a la intimidad del derecho al honor, en esta ocasión, podría parecer que se busca deliberadamente afectar la familia, protección que responde a imperativos ligados al carácter “social” de nuestro estado (arts. 1.1 y 9.2 LO 1/82) y a la atención, por consiguiente, de la realidad efectiva de los modos de convivencia que en la sociedad se expresen.

Sin embargo, ello no es así, pues entendemos que realmente lo que se ha pretendido con esta previsión es limitar la protección de la intimidad a aquellos supuestos en los que se atente contra el derecho fundamental al honor, lo cual no impediría interpretar tal añadido como la instrumentalización de la protección de la intimidad dependiente de la lesión de otro bien o derecho fundamental, que podría no ser el honor. En cualquier caso, esto puede ser aprovechado para insistir en la importancia de delimitar con rigor el bien jurídico protegido en cada momento, pues la correcta subsunción de la conducta constitutiva de intromisión ilegítima es una cuestión de gran importancia, aunque con frecuencia sea infravalorada. Por ello no debemos olvidar, por ejemplo, que la excepción de la veracidad tiene distinta virtualidad según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad; es más, respecto de éste último, en principio, no es operativa

⁵⁵⁵Vid. STC 231/1988 de 22 de diciembre, fj. 4º.

⁵⁵⁶Vid. STS 28 de octubre de 1986 en su fj. 7º *in fine* concretamente el origen de esta sentencia está en el recurso interpuesto por la entidad demandada, el tribunal hizo lugar al recurso casando y anulando la sentencia de la audiencia y manteniendo la del Juzgado que había estimado parcialmente la demanda interpuesta por la viuda del famoso torero (Isabel Pantoja) en la que se declara que se le paguen 20 millones, aunque ella había pedido 40.

⁵⁵⁷ Sin duda, será necesario, en cada caso, examinar de qué acontecimientos se trata, y cuál es el vínculo que une a las personas en cuestión. Este razonamiento se repetirá en sucesivos pronunciamientos, por ejemplo en el fj. 3º de la STC 197/91 de 17 de octubre, BOE, núm. 274 de 15 de noviembre la que reconoce que el derecho a la intimidad se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación, aspectos que por esa relación o vínculo familiar inciden en la esfera de la personalidad del individuo. Más recientemente, se confirma en el fj. 2º de la STC 190/1996 de 25 de noviembre, BOE, núm. 3 de 3 de enero de 1997.

a los efectos de considerar una conducta como legítima. Finalmente, el último inciso de este apartado alude a la revelación o publicación de cartas, memorias u escritos de carácter análogo. En este sentido y por lo que se refiere a las cartas, tal y como se contempla en el apartado analizado, tanto el TS, como posteriormente el TC, han señalado que la publicación de las mismas, aunque sea por parte de su autor, constituye intromisión ilegítima en la medida en que su contenido penetra en el derecho a la intimidad de la persona destinataria.⁵⁵⁸

En esta línea encontramos lo desarrollado por el derecho italiano en el que, a pesar de que el reconocimiento del derecho a la *riservatezza* puede calificarse de fragmentario pues no existe un reconocimiento expreso del mismo, la ley de 22 de abril de 1941, de protección del derecho de autor y de otros derechos conexos, prevé un régimen que coordina los derechos de autor con el derecho a la intimidad de las personas que se vean involucradas. Por lo que en este contexto interesa, el art. 93 de la mencionada ley que exige el concurso del consentimiento del autor y del destinatario cuando por la misma naturaleza del escrito éste tenga carácter confidencial o se refiera a la intimidad, sin perjuicio de la existencia de una serie de excepciones que se contemplan en el art. 94, el cual establece que no es preceptivo dicho consentimiento cuando su conocimiento sea necesario en juicio, tanto civil como penal, o venga exigido para la defensa del honor o de la reputación personal o familiar.⁵⁵⁹

⁵⁵⁸ Vid. STS de 11 de octubre de 1991, principalmente los fundamentos jurídicos 3 y 4, los cuales hacen referencia a la publicación de un libro titulado “El amor universal”, de unas cartas de amor cuyo autor había destinado previamente a una farmacéutica de La Coruña. De la lectura del libro en cuestión se deduce la identidad de la destinataria, no sólo por el contexto sino también porque en una de sus páginas se cita su apellido. Interpuesta la demanda por la farmacéutica tanto el juzgado de la instancia, como posteriormente la audiencia provincial condenan al demandado por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la actora. Decisión que es recurrida en casación por el demandado pues considera que se trata de “una obra de ficción” realizada en forma epistolar, la que es confirmada por el TS. El pronunciamiento del TS es ratificado por el TC en el auto núm. 152/1993 de 24 mayo fj. 2º, expresando que “...la subsunción en el tipo previsto en el segundo inciso del art.7.3º de la LO 1/82, de protección civil del honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen, ningún reproche constitucional puede merecer, en cuanto está perfectamente basada en la jurisprudencia de este tribunal y en particular en la STC 20/1992, de 14 de febrero. Esta afirmación no puede ser en forma alguna desvirtuada por el hecho de que quien revela las cartas de contenido íntimo sea la propia persona que las escribió, puesto que tal dato no evita la vulneración de la intimidad de la destinataria, ya que este Tribunal, si bien ha declarado en la STC 144/1984 que el secreto de las comunicaciones no puede oponerse sin perturbar su sentido constitucional frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida, tal afirmación es inmediatamente matizada añadiendo a continuación « sin perjuicio de que esa misma conducta entre en la esfera íntima del interlocutor (fj. 7º), que es precisamente, de forma indiscutible, lo que ha sucedido en este caso”.

⁵⁵⁹ El tenor literal de los artículos mencionados es el siguiente: Art. 93 “*Le corrispondenze epistolari, gli epistolari, le memorie familiari e personali e gli altri scritti della medesima natura, allorché abbiano carattere confidenziale o si riferiscano alla intimità della vita privata, non possono essere pubblicati, riprodotti od in qualunque modo portati alla conoscenza del pubblico senza il consenso dell'autore e, trattandosi di corrispondenze epistolari e di epistolari, anche del destinatario. Dopo la morte dell'autore o del destinatario occorre il consenso del coniuge e dei figli, o, in loro mancanza, dei genitori; mancando il coniuge, i figli e i genitori, dei fratelli e delle sorelle, e, in loro mancanza, degli ascendenti e dei discendenti diretti fino al quarto grado. Quando le persone indicate nel comma precedente siano più e vi sia tra loro dissenso, decide la autorità giudiziaria, sentito il pubblico ministero. È rispettata, in ogni caso,*

D).- (7.4) La divulgación de hechos, datos o documentos realizados por un profesional, autoridad o funcionario, habiendo sido los mismos obtenidos en razón de su profesión, función o autoridad.

Por último y para concluir con el análisis de la configuración legislativa del derecho a la intimidad, a tenor de la LO 1/82, nos resta referirnos al párrafo 4º del art.7, a tenor del cual se considerará ilegítima “*la revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela*”.

A nuestro juicio recoge, en cierto modo, lo que en páginas anteriores hemos denominado contacto social, pero es que además nos encontramos ante un supuesto totalmente diferente a los que se contemplan en los otros apartados, pues estamos ante la revelación efectuada por un profesional. En atención a lo cual, es preciso hacer notar, por una parte, que lo que es ilegítima no es la divulgación o difusión, sino simplemente la revelación y, por otra parte, no es preciso que la revelación de tales datos afecte a la reputación o buen nombre.⁵⁶⁰

En lo que se refiere a la alusión a la actividad profesional u oficial, DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN consideran que se otorga una protección muy amplia, pues abarca una amplia gama de secretos profesionales, cuya revelación (y no sólo divulgación) está prohibida como regla general, y sin excepción de profesiones. El sentido de la prohibición es amplio, pues no se circunscribe a los datos conocidos por una relación profesional (cliente y abogado; paciente y médico), sino también por el mero ejercicio de la actividad profesional aunque no exista aquella relación (profesión que auxilia a otro en su estudio sobre la enfermedad de un paciente de este último), no requiere que la revelación perjudique ninguna reputación o buen nombre, o que implique desmerecimiento en la consideración”.⁵⁶¹ Inclusive, puede determinarse que la protección es extensa por cuanto no parece que sea necesario que los datos tengan la consideración de secretos.⁵⁶²

la volontà del defunto quando risulti da scritto”. Art. 94 “*Il consenso indicato dall'articolo precedente non è necessario quando la conoscenza dello scritto é richiesta ai fini di giudizio civile o penale o per esigenza di difesa dell'onore o della reputazione personale o familiare*”. Art. 95 “*Le disposizioni degli articoli precedenti si applicano anche alle corrispondenze epistolari che costituiscono opere tutelate dal diritto di autore ed anche se cadute in dominio pubblico. Non si applicano gli atti e corrispondenze ufficiali o gli atti e corrispondenze che presentano interesse di stato*”.

⁵⁶⁰ En este sentido, por ejemplo, cabe traer a colación la STS de 13 mayo de 1989 que declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante (recurrida) como consecuencia de la comunicación hecha por la recurrente a la agencia EFE mediante un teletipo en el que, refiriéndose a la demandante, conocida atleta española, afirmaba que ésta había sido sometida a determinados análisis en los que se detectó una alteración cromosómica de carácter congénito que había provocado su baja en el próximo encuentro atlético.

⁵⁶¹ DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema...*, cit., p. 360.

⁵⁶² En este punto compartimos la opinión de IGLESIAS CUBRÍA, MANUEL, *op. cit.*, p. 25, quien entiende que el secreto constituye una especie dentro del derecho a la intimidad (por lo tanto si bien lo comprende, la intimidad es más

En este sentido, compartimos la interpretación jurisprudencial del número 4 del art.7, que entiende que no es necesario, para que se aprecie la existencia de intromisión ilegítima, que los datos revelados tengan la consideración de secretos porque en la esfera privada se incluyen aquellas circunstancias que sin ser secretas, ni de carácter íntimo, merecen el respeto de todos, por ser necesarias para garantizar el normal desenvolvimiento y tranquilidad de los titulares; sin que en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la ley o las mismas circunstancias, se admitan intromisiones extrañas. El derecho que cada uno tiene a que se respete su esfera privada garantiza la inviolabilidad de su vida particular, y merece también la protección de la personalidad frente a la publicación indebida de hechos particulares o familiares, aunque no sean secretos, prescindiendo de su certeza o no.⁵⁶³

En conclusión, la amplitud de los términos en que se reconoce el derecho a la intimidad nos aproxima al concepto de *privacy* que se ha forjado en los últimos tiempos en el derecho americano,⁵⁶⁴ en virtud del cual se tutela el interés general.

HERRERO TEJEDOR, citando a PROSSER, expresa que son tres los argumentos judiciales donde podemos encontrar la pérdida parcial del derecho a la intimidad (intromisión legítima o carente de arbitrariedad) los que podemos resumir en:

- En razón de los propios actos (libre disposición o actividad)
- Por su actividad pública (función o finalidad)
- Interés público de la información, con independencia del sujeto (elemento objetivo).

Debemos dejar sentado que resulta irrelevante el debate en torno a la verdad o falsedad de la información difundida, cuando la lesión consiste en la invasión al ámbito reservado de la

amplia), así “*la diferencia no radica en el mayor rigor de la tutela jurídica [...] sino en que el derecho al secreto presupone una pretensión individualizada frente a una o varias personas y en hipótesis frente a todos, mientras que el derecho a la intimidad es siempre frente a todos*”; MASSIMO BIANCA, CESARE, *op. cit.*, pp.168 a 170. Considera que se protegen hechos distintos, mientras que la intimidad preservaría al sujeto frente a la curiosidad pública, el secreto lo protegería frente a la curiosidad individual. Por su parte ROJO AJURIA, LUIS: “La tutela civil del Derecho a la intimidad”, *ADC*, 1986, I, p.158, señala que la intimidad y el secreto son cuestiones diferentes que necesitan un tratamiento diferenciado.

⁵⁶³ Así se desprende de las STS de 20 de febrero de 1989.

⁵⁶⁴ Sobre la experiencia americana de este derecho su desarrollo y evolución jurisprudencial, *vid.* Voz: “Right of Privacy”, en *Corpus Juris Secundum. A contemporary statement of American Law as derived from reported cases and legislation*, t. 77, West Publishing Co., St Paul, Minn., 1994, pp. 481-583, especialmente pp. 481-488.

intimidad. Elemento que puede funcionar como causa de justificación o eximente de intromisión ilegítima,⁵⁶⁵ cuando hablamos del derecho al honor.

En el derecho argentino el derecho a la intimidad está regulado por la CNA en el art. 18, en el art. 19, en el 43 y el art. 75, inc. 22 CNA, el que establece que los tratados sobre derechos humanos allí enumerados tienen jerarquía constitucional.⁵⁶⁶ La protección efectiva de este derecho en materia civil estaba regida por el ex art. 1071 bis del CCA⁵⁶⁷. Actualmente está reflejado en el art. 1770 CCyCA,⁵⁶⁸ más allá de existir la normativa constitucional al efecto y varios anteproyectos de ley sobre derechos personalísimos, que nunca llegaron a ser promulgados.⁵⁶⁹ En este derecho la intromisión puede operar de distintas maneras: por mero conocimiento, por difusión o por conocimiento agravado por difusión (publicación de retratos⁵⁷⁰ o correspondencia, mortificación en las costumbres o los sentimientos), considerando que no posee como en otros ordenamientos jurídicos, una ley especial como la LO 1/82 española que regule estos derechos.

3.1.3 INTROMISIÓN ILEGÍTIMA AL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

La LO 1/82 regula las formas de intromisión a la propia imagen en su art. 7 punto 5 y 6, sin perjuicio de las nomenclaturas que pudieren surgir del articulado y de la realidad jurídica.

⁵⁶⁵ Existe una gran diferencia entre estos dos conceptos pues el primero excluye la antijuridicidad de la acción, mientras que el segundo, elimina la imputabilidad. En el primero la intromisión no es ilegítima, mientras que cuando la causal funciona como eximente se elimina la imputabilidad.

⁵⁶⁶ Así el art. 12 DUDH. dispone que: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias a su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques”. Términos similares contienen el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

⁵⁶⁷ Ex art. 1070 CCA “El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuese un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado; y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación”.

⁵⁶⁸ Art. 1770 CCyCA. Protección de la vida privada. “El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”.

⁵⁶⁹ Resulta interesante el anteproyecto de régimen integral de derechos personalísimos de los doctores CIFUENTES Y RIVERA.

⁵⁷⁰ La publicación de fotografías, retratos o filmes puede resultar idóneo para lesionar la intimidad, sin perjuicio del derecho a la imagen que es autónomo independiente de este.

Siguiendo con un análisis sistemático de la LO 1/82,⁵⁷¹ nos encontramos con el art. 7 en su apartado 5 y 6, los cuales hacen referencia a las conductas generadoras de responsabilidad por vulneración del derecho a la propia imagen. El derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que lleva a establecer que la forma de atentar contra el derecho a la imagen por la actividad que despliegan los MMC, se puede producir a través de:

1.- La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos de excepción (fines científicos, didácticos y, en general, culturales, o cuando se relacione con hechos o acontecimientos de interés público o que se hayan desarrollado en público) por un tercero no autorizado.

2.- También es intromisión ilegal “la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”. GITRAMA había afirmado que tal derecho surge ante la posibilidad de una publicidad o difusión de la fotografía de una persona sin consentimiento, titular de aquel derecho, por los demás miembros de la sociedad.⁵⁷² Por tanto, en su acepción negativa, el derecho a la imagen, como la mayoría, si no todos, de los derechos de la personalidad, es un derecho impeditivo, de exclusión de la actividad ajena sin el consentimiento del titular. En la acepción positiva, en cambio, supone una especie de reserva exclusiva del control de la captación y reproducción, onerosa o gratuita, de la propia imagen.

Así, hay un concepto positivo y un concepto negativo del derecho a la propia imagen; en este sentido hay que entender la facultad exclusiva del interesado de difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción. El titular puede oponerse a las reproducciones, utilización o exhibición de sus imágenes sin su asentimiento, salvo que se trate de personas públicas dentro del carácter noticiable de la imagen. La situación es ciertamente compleja, pues el legislador y, en general, el juzgador en cada caso particular se encuentran frente hipótesis de difícil solución al tener que buscar el justo equilibrio entre tres intereses que se encuentran en plena interacción y conflicto.

⁵⁷¹ Sistematización que responde a la idea de agrupar los distintos apartados del art.7 LO 1/82 por derechos.

⁵⁷² GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL, Voz “imagen,...”, *cit.*, p. 319.

3.2 ELEMENTOS QUE LEGITIMAN LA INTROMISIÓN AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

En materia de responsabilidad civil dentro del esquema general, existen una serie de hechos que más allá de generar daños, se encuentran justificados por el derecho, por tanto carentes de responsabilidad. Esta afirmación general se puede perfectamente extrapolarla al ámbito de los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen aunque cambiando la palabra “daño” por “intromisión ilegítima”, puesto que la LO 1/82 establece un sistema de responsabilidad especial respecto a estos derechos de la personalidad.⁵⁷³

Es por ello que resulta necesario proceder al estudio de las causas que justifican tales intromisiones, estipuladas por la LO 1/82,⁵⁷⁴ haciendo que un hecho inicialmente ilícito sea considerado lícito, como consecuencia y efecto de las causas de justificación de la LO 1/82 sobre la antijuridicidad.

3.2.1 CAUSAS ESTABLECIDAS EN LA LO 1/82

Una vez establecidas las posibles conductas constitutivas de intromisión ilegítima generadoras de responsabilidad, el legislador establece una serie de supuestos en los que lo injusto que supone la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen encuentra una justificación. Concretamente, tales supuestos están contemplados específicamente en los arts. 2.2⁵⁷⁵ y 8.1 y 8.2, (aunque nosotros también incluimos el art. 2.1 como causa genérica) pudiendo

⁵⁷³ Nuestra postura sostiene que la LO 1/82 constituye un sistema especial de responsabilidad civil respecto al honor, la intimidad y la propia imagen. Ya lo establece el tenor literal del art. 9.3, cuando establece: “La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima”. Por lo que, y adelantándonos a nuestra tesis final, no sería de aplicación la culpa como sistema de cierre conforme lo establece el art. 1902 CCE, sino el carácter objetivo de los factores de atribución en este ámbito. Asimismo existe diferencia o rango legal entre leyes orgánicas y ley ordinaria, lo que corrobora nuestra tesis que las normas penales, administrativas o laborales solo protegen de manera indirecta los derechos de la personalidad. Cuando están en juego los directamente derechos fundamentales la ley debe ser orgánica.

⁵⁷⁴ Utilizamos el término causas de justificación siguiendo, por lo tanto la terminología de la doctrina penal mayoritaria como por ejemplo JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1965, v. III, p. 1034; PUIG PEÑA, FEDERICO: *Derecho penal. Parte general*, Edersa, Madrid, 1969, p. 333; CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982, p.65 y ss; COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR: *Derecho penal. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, p. 353; ROXIN, CLAU: “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 46, 1992, p.169 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *La Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del tribunal supremo*, Civitas, Madrid, 1976, p. 33. No obstante, existen diversas denominaciones como causas excluyentes (o de exclusión) de la antijuridicidad, pero que por exceder del cometido que nos hemos propuesto prescindiremos de su análisis.

⁵⁷⁵ Este precepto había sido modificado por la LO 1/1985, de 29 de mayo, BOE, núm. 129 de 30 de mayo, añadiéndose después de la previsión del consentimiento expreso lo siguiente: “...o, por imperativo del artículo 71 de la constitución, cuando se trate de opiniones manifestadas por diputados o senadores en el ejercicio de sus funciones. Iniciado un proceso civil en aplicación de la presente ley, no podrá seguirse contra un diputado o senador sin la

afirmarse, en principio, su aplicación respecto de los tres derechos objeto de protección, a excepción del art.8.2, relativo exclusivamente al derecho a la propia imagen.

En primer término como manifestamos precedentemente, más allá de las causas específicas establecidas en los arts. 2.2, 8.1 y 8.2, sostenemos como elemento o causa genérica de justificación lo establecido en el art. 2.1, que establece que la protección de estos derechos está delimitada por las leyes, usos sociales y por los propios actos. Entendemos que ésta constituye una causa genérica que condiciona la protección de estos derechos, establecidos como base, la norma y los usos sociales, constitutivos del sistema cultural en un determinado tiempo y lugar. Por lo que esta expresión constituye las conductas reiteradas y socialmente extendidas que no sean cumplimiento de una norma moral o jurídica.⁵⁷⁶ Por último, los propios actos que la LO1/82 expresa vienen a constituir la plasmación normativa de la teoría de los propios actos y los principios de buena fe, aplicado a este ámbito del derecho.

Las causas que legitiman las intromisiones ilegítimas establecidas por la LO1/82 están divididas según hagamos referencia al honor, la intimidad o la propia imagen. Conforme lo establecido en el articulado de excepción, el art.2.2 establece la excepción fundada “...cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”. Y el art. 8 funda la excepción “...cuando las actuaciones estuvieren autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, o cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público. La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten del anonimato de la persona que las ejerza”.

previa autorización del congreso de los diputados o del senado. La previa autorización será tramitada por el procedimiento previsto para los suplicatorios”. Posteriormente, esta adición fue declarada inconstitucional y por lo tanto suprimida en virtud de la STC 9/1990, de 18 de enero, BOE, núm. 40 de 15 febrero que a su vez es causa del fallo de la STC 243/1988 de 19 de diciembre, BOE, núm. 11 de enero 1989, en la que se acordó elevar la cuestión al pleno.

⁵⁷⁶ Puede verse acerca del concepto de uso social en ÁLVAREZ, NORBERTO: “Reflexiones en torno al concepto de usos social”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 63, 1981, pp. 65-80.

Las excepciones establecidas por la LO1/82 son:

- 1.- Autorizada por ley
- 2.- Consentimiento expreso.
- 3.- Autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley,
- 4.- Interés histórico, científico o cultural relevante.
- 5.- El derecho a la propia imagen no impedirá: a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio:
 - Personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.
 - Caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.
 - La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten del anonimato de la persona que las ejerza.

3.2.1.1 EL CONSENTIMIENTO

La LO 1/82, se refiere a la voluntad del legislador y al consentimiento como causas que eliminan la ilicitud de la intromisión

Entendemos que resulta fundamental una adecuada exégesis del consentimiento del titular, para ser entendida como causa de justificación. El consentimiento como causa de justificación no es libre de controversias por lo que una correcta interpretación debe partir de la interrelación del art. 2.2 con las previsiones contenidas en los Arts. 1.3⁵⁷⁷ y 2.3⁵⁷⁸ de la LO1/82.

ROVIRA SUEIRO⁵⁷⁹ afirma que lo que la ley denomina consentimiento, no es otra cosa que un negocio de autorización en sentido estricto, cuyo resultado es que la conducta que configura la

⁵⁷⁷ LO 1/82 art.1.3 establece que “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen es irrenunciable, inalienable e imprescriptible. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2º de esta ley”.

⁵⁷⁸ LO 1/82 art. 2.3 prescribe que: “El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas”.

⁵⁷⁹ ROVIRA SUEIRO, MARÍA E: *Responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cedecs, Barcelona, 1999, p. 200-230.

intromisión ilegítima no tenga este carácter.⁵⁸⁰ Razón por la cual, el “consentimiento” debería interpretarse como sinónimo de “autorización”, como manifestación de una voluntad en virtud de la cual, se permite actuar a un sujeto en determinado sentido sobre derechos ajenos, justificándose por *motus proprio* la intromisión en la esfera jurídica del concedente, dando carácter lícito a los actos jurídicos o materiales que, sin dicho consentimiento o autorización constituirían intromisión ilegítima.⁵⁸¹

CLAVERÍA GOSÁLBEZ observa que, a pesar de que la ley no contempla la posibilidad de disponer con finalidad económica de aspectos de estos derechos, ello es posible mediante la renuncia, eso sí, limitada en tiempo, personas, etc. con la facultad de revocar, pues considera que tal eventualidad no es subsumible en el segundo inciso del número 3º del art. 1 y por lo tanto no es nula. Concretamente afirma que el mero hecho de que se opte por la fórmula del contrato implica de por sí renuncia a la revocación, sin que sea necesario declarar textualmente esta renuncia. Sin embargo, se aconseja a los contratantes consignarla expresamente, dada la alusión expresa a la revocación contenida en la ley y atento que la denuncia unilateral no es compatible en principio con esa noción de contrato.⁵⁸²

CARRASCO afirma que *“tiene sentido que este consentimiento no constituya contrato vinculante, y sea revocable, cuando versa sobre una actuación ajena que tiene por objeto el honor o la intimidad. Pero no existe ninguna razón que prohíba ceder por contrato que, como tal, tiene*

⁵⁸⁰ La consideración del consentimiento como negocio de autorización en sentido estricto es compartida por numerosos autores, vgr. ROYO JARA, JOSÉ, *op. cit.*, p.101; CARRILLO, MARC: *Los límites de la libertad de prensa...*, *cit.*, p. 74. Este último concretamente afirma que el consentimiento *“más que una renuncia a la protección legal, parece lógico admitir que constituye una ausencia del carácter ilegítimo de la intromisión”*. Comparten esta opinión entre otros SARAZÁ JIMENA, RAFAEL: *Libertad de expresión e información frente a honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 153; DE CARRERAS SERRA, LLUIS: *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Ariel, Barcelona, 1996, pp. 108 y 110. Con planteamiento distinto, IGARTUA ARREGUI, FERNANDO: *“El derecho a la imagen...”*, *cit.*, p. 328, nota núm. 359, que es expresamente citado por CLAVERÍA, nos dice que la LO 1/82 *“...en rigor no contempla ninguna manera de disponer respecto a unos derechos que se pensaban indisponibles. De este modo, podría decirse que el consentimiento tan sólo supone justificar la intromisión y no poner en marcha los mecanismos de protección”*, y a continuación hace la siguiente afirmación *“...podría argumentarse, entonces, que el art. 2.3 no pensaba en los actos de disposición de los derechos de la personalidad y que, por tanto, la facultad de revocación no afecta a los mismos”*. Frente a ello consideramos que la ley no es que no pensase en los actos de disposición, es que los descartaba al afirmar en el art. 1.3 que tales derechos son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles.

⁵⁸¹ Esta interpretación, además se confirma si tenemos en cuenta que la facultad de revocar prevista en el artículo 2.3 LO1/82, a criterio de ROVIRA SUEIRO, es una auténtica revocación ad nutum, la cual es ontológicamente incompatible con la existencia de un vínculo jurídico de naturaleza análoga al que se constituye mediante una obligación, lo cual no impide la existencia de un contrato que tenga por objeto precisamente la autorización.

⁵⁸² CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO: *“Negocios jurídicos...”*, *cit.*, pp. 45 y 46. Ya con anterioridad, este autor se había manifestado en un sentido semejante en *“Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la ley orgánica, 1-1982, de 5 de mayo”*, ADC, 1983, nota14, p.1256,

*fuerza de ley entre las partes y no es revocable (art.1256) un derecho de imagen sobre su explotación comercial”.*⁵⁸³ Frente a ello cabe afirmar que, si la ley no establece distinción alguna en cuanto al régimen jurídico del consentimiento y la revocación, cuando podía haberlo hecho,⁵⁸⁴ parece claro que el consentimiento no constituye contrato vinculante y es, por consiguiente, revocable tanto respecto de los derechos al honor y a la intimidad, como respecto del derecho a la propia imagen. Ahora bien, puede plantearse la cuestión de que una persona pretenda ir más allá con ese consentimiento y además de tolerar la intromisión quiera hacer nacer una obligación. Si se tiene en cuenta lo afirmado por los autores citados, la respuesta, desde la perspectiva de la propia LO 1/82, ha de ser negativa, ya que el efecto que se contempla en la misma no es éste, es simplemente un permiso, un mero acto de tolerancia para la intromisión, -generador tan sólo del efecto disolvente de la ilicitud-, pero no el nacimiento de la obligación de soportar la intromisión, con el correlativo derecho a realizarla. De todas formas, cualquier atisbo de duda que pudiera dejar nuestra conclusión entendemos que se desvanece si tenemos en cuenta que la voluntad del sujeto encaminada a la creación de una obligación con cargo a cualesquiera de los tres derechos sería contraria a los límites establecidos para la autonomía privada en el art. 1255 del CCE.⁵⁸⁵ En primer lugar, sería contraria a la ley por contravenir el art.10.1 de la CE, toda vez que la obligación de soportar una intromisión en este tipo de derechos atentaría contra los valores que quiere proteger el art.10.1, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad. En segundo término el art. 1.3 de la propia ley LO 1/82, vulneraría el principio de irrenunciabilidad que en el mismo se establece. Se podría argumentar que el nacimiento de una obligación de tal naturaleza no equivale a renuncia, sin embargo, hemos de reconocer que en la práctica sí equivale a la renuncia, porque existe un vínculo jurídico cuyo cumplimiento conduce a ella, al igual que también está prohibida la renuncia a la protección otorgada por esta ley, la cual tampoco conduce directamente a la renuncia del derecho, en el orden teórico, porque en la práctica la dejación de la protección conduce a la negación del derecho.

En segundo lugar, nos encontramos con que una pretensión de ese tipo sería contraria a la moral, comprendida como un conjunto de convicciones, de orden ético y de valor del mismo tipo.⁵⁸⁶

⁵⁸³ CARRASCO PERERA, ÁNGEL: “Los derechos de la personalidad”, en *derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 93.

⁵⁸⁴ Como ocurre, por ejemplo, en el ámbito de las demás excepciones en las que se dota al derecho a la propia imagen de un régimen jurídico especial, establecido en el art. 8.2 de la ley.

⁵⁸⁵ El tenor literal del art.1255 CCE es el siguiente: “*Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por convenientes, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público*”.

⁵⁸⁶ Díez-PICAZO, LUIS: “Comentario del art.1255 del código civil”, en la obra colectiva *Comentario del Código Civil*, Secretaría General Técnica, centro de publicaciones, Madrid, 1991, t. II, p. 432. En la misma línea PECES-BARBA, GREGORIO: *Derechos fundamentales*, servicio de publicaciones Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1986, p. 114, expresa que “...se trata de un conjunto de reglas de comportamiento que una

Consideramos que el pacto que hiciera nacer esa obligación sería contraria a la dignidad humana,⁵⁸⁷ y al orden moral que la ley remite en el art.1255 CCE.

Por lo que se refiere al tercer límite del art. 1255 CCE, el orden público, el pacto por el que una persona haga nacer una obligación con cargo a su patrimonio moral, constituido en este contexto por el honor, la intimidad y la propia imagen, que como tal presupone el correlativo derecho de otra persona a realizar una intromisión en estos bienes, contraviene el límite del orden público cualquiera que sea su definición.⁵⁸⁸

Los autores interpretan el término “consentimiento” como sinónimo de “autorización” y como tal, no generadora de un vínculo obligatorio que fuerce al titular del derecho a soportar su lesión y haga nacer en la persona autorizada el derecho irrevocable de realizarla. Ahora bien, ello no debe suponer la negación de la realidad de la vida social, atento la existencia de una serie de situaciones en las que el hecho de soportar estas intromisiones constituye el contenido de una actividad profesional, como es el caso de los artistas, las modelos, etc.⁵⁸⁹ Razón por la cual entendemos que el cauce típico, sería un contrato en el que, a cambio de un precio, se concediese

sociedad reconoce y admite comúnmente como justas y obligatorias y que son independientes del reconocimiento del individuo concreto. Son el minimum ético que todo sistema jurídico debe realizar”.

⁵⁸⁷ En esta línea DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991, edición original 1971, p. 246, firma que: “...el estigma de causa opuesta a la moral, o de contraria a las buenas costumbres, será merecido cuando, por inmoral, el resultado práctico del negocio lo repugne la conciencia social y ello lo considere indigno de amparo jurídico.”

⁵⁸⁸ FERRARA, FRANCESCO: *Teoría del negozio illecito nel Diritto civile italiano*, Società Editrice Libreria, Milano, 1914, pp. 57-58. El autor afirma que: “Perché vi sia violazione dell'ordine pubblico (in senso specifico) occorre una legge imperativa, una legge che l'ordinamento giuridico ha sanzionato per far valere gli interessi della generalità di fronte agli interessi singoli, e proteggere fondamenti morali ed economici della vita comune. Questa norma imperativa é normale e predominante nel terreno del diritto pubblico, dove si tratta dell'ordinamento politico della società, sia nel suo organismo che nei suoi membri e nelle funzioni che sono loro assegnate, ma anche nel terreno del diritto privato speciali considerazioni morali ed economiche o politiche influiscono a far sanzionare in modo coattivo certe norme, la cui applicazione non può essere impedita per volontà privata”.

⁵⁸⁹ Es preciso advertir que en estas relaciones jurídicas existen unos elementos nuevos constituidos por unos intereses laborales, profesionales, personales y empresariales que introducen valores nuevos en la relación jurídica. Y que, asimismo, la delimitación de la esfera de la honorabilidad, privacidad e imagen protegible en las personas en las que concurren tales intereses es muy distinta a la de las demás. Todo lo cual hace que el juicio de reproche a estas obligaciones por parte del ordenamiento jurídico sea mucho menor, que cuando se trata de crear esta obligación con cargo a personas distintas. No estaríamos por lo tanto ante un bien de la personalidad en el sentido tradicional, en el sentido que venimos manejando, sino ante un derecho de contenido eminentemente patrimonial arbitrado para proteger el interés comercial de la identidad de los personajes públicos, quiénes eso sí, tendrían que probar que su nombre o cualquier otro rasgo identificador de su persona susceptible de ser utilizado tiene ese valor que ha sido injustamente apropiado por otra persona. Se configura como un derecho independiente de la intimidad (privacy), distinguiéndose de éste sobre todo por la clase de interés protegido. En este sentido, mientras que el primero atiende primariamente a intereses personales, el segundo supone la satisfacción sobre todo de intereses de orden patrimonial,⁵⁸⁹ circunstancia que permitiría su inclusión, sin traumas en el tráfico jurídico y la consiguiente aplicación de las normas relativas a los contratos, lográndose así una mayor seguridad y mayores garantías no sólo para el titular del derecho en cuestión, sino también para las terceras personas con las que éste se proponga contratar.

la autorización, puesto que el contrato en el que a cambio de un precio se asumiera una auténtica obligación sería atípico con respecto a esta ley.

Despejada la naturaleza jurídica de lo que en la LO1/82 se denomina consentimiento, el problema que se plantea es si éste, teniendo en cuenta sus efectos, puede interpretarse como una renuncia. En sintonía con la postura que venimos manteniendo, consideramos que la autorización no supone en absoluto renuncia o abdicación por parte del titular del derecho. Sin embargo, se hace preciso el planteamiento de esta cuestión toda vez que autores tan destacados como DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, entienden que en realidad la autorización es una renuncia a la protección legal, lo que no concuerda plenamente con las características generales que a estos derechos se asignan.⁵⁹⁰ De acuerdo con esta idea, habría que admitir que la LO1/82, al tiempo que declara la nulidad de la renuncia, admite también su validez, lo cual constituiría una evidente contradicción legal. Pero, como tal contradicción no es posible,⁵⁹¹ sobre todo tratándose de dos prescripciones que se hacen al mismo tiempo, por reducción al absurdo, nos vemos en la necesidad de buscar una interpretación armónica en la que estén en juego ambas proposiciones. La postura que establece que la renuncia a la protección es nula y la que establece que es posible la autorización para la intromisión. En este sentido, entendemos que la renuncia siempre es nula.⁵⁹² Por lo tanto, la validez de la autorización no puede suponer la validez de la renuncia; de otro modo, se estarían confundiendo dos instituciones que, aunque tengan zonas concomitantes, son distintas. Autorización y renuncia, por incidir ambas sobre la acción de protección pero de forma diversa, serían como dos círculos integrados pero distintos.

⁵⁹⁰ DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema...*, cit., p. 356. Asimismo BEL MALLEEN, JOSÉ IGNACIO: “El principio de excepcionalidad: Los derechos personales”, en *Derecho de la información. Los mensajes informativos*, Colex, Madrid, 1994, p. 155, señala que: “...con este consentimiento se establece una pseudo renuncia que en cierto modo, contradice el enfoque tan categórico expresado en líneas anteriores” (se está refiriendo al carácter irrenunciable e inalienable de los derechos consagrado en la propia LO 1/82).

⁵⁹¹ Asimismo, GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: “El derecho a la propia imagen hoy”, en libro homenaje a J.B. Goytisolo, Consejo General del Notariado, vol.VI, Madrid, 1988, p. 218, afirma que el consentimiento expreso no debe entenderse como renuncia “pues es un derecho (este autor se refiere a la propia imagen, y entendemos que no existen inconveniente en extrapolar dicha consideración a los otros dos derechos, el honor y la intimidad) irrenunciable, inalienable e imprescriptible, sencillamente por inherente a la persona art.10 CE, art.1.3 L.0.1/1982. Incluso cabe decir que la renuncia a estos derechos, aunque no establecida por las normas recién aludidas, sería nula según el art.6.2 por contraria al orden público, el consentimiento [...] sólo implica renuncia a la calificación del acto o actividad ajena como constitutivo de intromisión ilegítima”, y más adelante (pp. 218-219) señala que “supone, pues una aplicación de la máxima *volenti non fit iniuria*, pero no en un plano de *ius disponendi* sino meramente en el *del ius fruendi*”. En un sentido semejante, LETE DEL RIO, JOSÉ MANUEL, *op.cit.*, pp. 206-207 entiende que no puede llegarse a tal conclusión y, en consecuencia afirma que “si se otorga el consentimiento expreso, considero que no habrá renuncia al derecho, que no es posible, y todo lo más podría hablarse de renuncia a la calificación de ese acto como perteneciente a la esfera íntima, o si se quiere renuncia a la protección legal”.

⁵⁹² A nuestro juicio no podría ser de otro modo. A tal efecto conviene recordar que tempranamente el TC se ha mostrado tajante cuando afirma que los derechos fundamentales son irrenunciables, vgr. STC 11/1981, de 8 de abril, fj. 15°, BOE, núm. 99 de 15 abril.

En un plano puramente conceptual, autorización y renuncia son dos ideas incompatibles entre sí, pues la autorización suprime la ilicitud; por el contrario, la renuncia, neutraliza la acción ya nacida como consecuencia de la ilicitud, pero todas las demás consecuencias jurídicas de la ilicitud se producirán, siendo posible por ello, frente a la intromisión, por ejemplo, la legítima defensa, la acción inhibitoria, el ejercicio de la acción penal, etc. Por otra parte, la autorización, al llevar la posibilidad de revocación, por la cual revive la ilicitud, permite hacer resurgir la acción,⁵⁹³ mientras que la renuncia implica la definitiva desaparición de esta. En definitiva, puede afirmarse que, mientras la autorización suprime la ilicitud, la renuncia no; mientras que la autorización es válida, la renuncia es nula.

En cuanto a la forma que debe manifestarse el consentimiento, la única prescripción que contiene es que éste sea expreso, no existiendo inconveniente alguno en que éste se otorgue antes, durante o posteriormente a la intromisión.⁵⁹⁴

Desde nuestra óptica entendemos que sostener esta postura respecto al carácter expreso como manifestación del consentimiento, resulta sustentar una teoría objetiva del consentimiento expreso y desconocer la validez o entidad del consentimiento tácito. CASAS VALLÉS participa igualmente de una interpretación amplia por cuanto entiende que la exigencia de consentimiento expreso no significa otra cosa que éste sea “inequívoco”,⁵⁹⁵ postura a la que adherimos, sumándonos no solo a los argumentos dados, sino que entendemos que, exigir un consentimiento⁵⁹⁶ o autorización expresa, no excluye la manifestación del consentimiento tácito; ya que constituye una de las formas de manifestación del consentimiento, que la ley da valor, conforme dicha manifestación tácita de la conducta de la persona, pues esta exterioriza el sentir interno del consentimiento, fundada en la teoría de los propios actos. No entenderlo así no solo resulta antieconómico desde un punto de vista del análisis económico del derecho, sino que puede dar

⁵⁹³ En este sentido, la salvedad que hace la ley se debe a que puede haber un momento de concomitancia, el mismo efecto cuando la autorización no se revoca.

⁵⁹⁴ En esta línea, GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL, “*El derecho a la...*”, *cit.*, p. 219, nos dice que el consentimiento ha de ser claro y explícito y lo justifica con el siguiente razonamiento “...siendo la voluntad del titular la que decide sobre el carácter lícito o ilícito del acto, ha de tratarse por todos los medios de evitar cualquier equívoco al respecto”. Asimismo, LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL, *op.cit.*, p. 207, interpreta el art. 2.2 exigiendo que el consentimiento sea expreso “*quiere decir que no ha de ser tácito o presunto*”. Comparte esta opinión HERCE DE LA PRADA, VICENTE, *op.cit.*, p. 143.

⁵⁹⁵ *Vid.* CASAS VALLÉS, RAMÓN: “Derecho a la imagen...”, *cit.*, p. 134.

⁵⁹⁶ El consentimiento o la manifestación del mismo está formado por dos elementos, uno interno y otro externo. En definitiva la sumatoria de ambos dan entidad al concepto. Más allá de lo que expresan las teorías objetivas o subjetivas respecto al consentimiento expreso o tácito.

lugar a abusos de derechos, por parte de quienes podrían haber autorizado de forma tácita y luego desconocer con ánimo defraudatorio.⁵⁹⁷

O'CALLAGHAN entiende que pese a la dicción textual de la ley, puede darse un consentimiento tácito, que se asimila al expreso, aunque también puede declinarse en el caso de exclusión del ámbito de la intimidad por los propios actos que cada persona mantenga reservados para sí misma o su familia, a que se refiere el mismo art. 2.1 puede ser el caso que el sujeto, no consienta expresamente la intromisión en su intimidad, pero sí tolera que periodistas o fotógrafos penetren o permanezcan en su círculo íntimo.⁵⁹⁸

Asimismo, ROYO JARA, respecto al derecho a la propia imagen, afirma que “sólo en la medida en que las circunstancias no permitan la aportación de la prueba del carácter cierto del consentimiento tácito, considera que la captación y reproducción de tales imágenes puede considerarse ilícita. Así, el simple permiso implícito, priva a la reproducción de su carácter ilícito”⁵⁹⁹ No compartimos dicha opinión, pues respecto al derecho a la propia imagen, la misma ley al diferenciar en el art.7.5 entre captación, reproducción y publicación no deja lugar a dudas que el consentimiento para la captación se agota en ese mismo acto, siendo necesaria la prestación del consentimiento para la reproducción y la publicación.⁶⁰⁰ Sin perjuicio, claro está, de que el

⁵⁹⁷ LÓPEZ DE ZAVALIA, FERNANDO: *Teoría de los contratos*, T. I, Zavalia, 2006, p. 172 y ss. El autor describe las distintas formas de manifestación del consentimiento estableciendo una distinción doctrinaria entre las expresas y las tácitas. “A).-Para la tesis objetiva, es expresa la declaración hecha con medios cuyo sentido ha sido fijado de manera general, sea por los usos, sea por la ley, o aun por la convención de las partes”, y tácita la que consiste en un comportamiento que no tiene sentido preciso sino vinculado con otras circunstancias de la causa. B).- Para la tesis subjetivista, es expresa la declaración que tiene por fin directo e inmediato hacer conocer la voluntad, y tácita la que persiguiendo otro fin inmediato, accesoriamente la hace conocer. De allí que, reemplazando la terminología clásica, se hable en estos casos también de declaraciones inmediatas o directas y mediatas o indirectas. C).- Nosotros tomamos una tesis intermedia. Para que haya una declaración expresa es necesario que concurren dos requisitos: El primero, lo tomamos de la tesis objetiva. Es preciso que se emplee el lenguaje, entendida esta palabra en un sentido muy amplio y comprensivo por ende; del hablado, escrito, mímico. Cuando hay un lenguaje, y cuando un simple ruido, garabato, o nada más que un simple movimiento, lo determina el convencionalismo social, pero también puede ser fijado por acuerdo previo de ambas partes...El segundo lo tomamos de la tesis subjetivista. Es necesario que además de utilizar el lenguaje, la declaración tenga por finalidad directa expresión de voluntad”.

⁵⁹⁸ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: “El derecho a la intimidad”, en la obra colectiva *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. 1º, Bosch, Barcelona, 1992, p. 661. El carácter tácito es igualmente admitido por MARTÍN MORALES, RICARDO: *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Universidad de Granada, Granada, 1994, p. 50, y en *ADC*, 1995, pp. 1290-1294, afirma que “en realidad lo que quiere decir el art. 2.2 LO 1/82 no es que el consentimiento no pueda ser tácito, sino que el consentimiento no puede ser presunto [...]. Ahora bien, a pesar de que formas tácitas de consentimiento también sean válidas, esta modalidad ha de interpretarse muy restrictivamente”.

⁵⁹⁹ ROYO JARA, JOSÉ, *op.cit.*, p. 98. Por lo que se refiere a la afirmación hecha por este autor, debemos señalar que esta nos parece difícilmente conciliable con lo que señala más adelante, p. 102, respecto del consentimiento en el que hay contrato, pues sostiene que el consentimiento ha de interpretarse restrictivamente.

⁶⁰⁰ Por este camino parece inclinarse la jurisprudencia, así por ejemplo, en el fj. 1º de la STS de 11 de diciembre de 1995 (Ar.9477) se nos dice que no cabe entender que existe consentimiento para la publicación por el hecho de que

consentimiento para la publicación lleve implícito el de los actos anteriores que tengan inequívocamente la consideración de inexcusables.

Con respecto a la revocación de la autorización, puede afirmarse que las consecuencias de la autorización se extinguen en el supuesto de que el titular del derecho haga uso de la facultad de revocar y, en consecuencia, la conducta autorizada tendrá la consideración de intromisión ilegítima si se produce en lo sucesivo, dado el carácter irretroactivo de la revocación.⁶⁰¹ Asimismo, es preciso poner de manifiesto el sentido amplio de la eficacia revocatoria, puesto que, como establece la STC 117/1994, tratándose el ejercicio de una facultad derivada de un derecho constitucional de la personalidad, la posibilidad de revocación⁶⁰² no se agota con su ejercicio frente a quien originariamente resultó beneficiario de la licencia, sino que se extiende a todos los que sucesivamente hayan podido ir adquiriendo la titularidad de lo transmitido.⁶⁰³

3.2.1.2 ESTABLECIDAS O AUTORIZADAS POR LEY

La LO 1/82 en el art. 2.2 establece literalmente que *“no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley”*.

la fotografía estuviere en el archivo del fotógrafo, que a su vez, había sido heredado por la persona que propició dicha publicación.

⁶⁰¹ Vid. fj. 7, de la STS 117/1994. Nos merece un juicio negativo la interpretación que del carácter irretroactivo realizó la mencionada sentencia, por cuanto consideró como pasado un hecho a pesar de que faltaban 20 días para su real y efectiva producción por entender el tribunal que tratándose de la inserción de un reportaje fotográfico, los 20 días no eran suficientes al estar la edición muy avanzada.

⁶⁰² En un plano más concreto, la virtualidad de la revocación impone la necesidad de cuestionarse los siguientes extremos: 1) La naturaleza causal o ad nutum, 2) La necesidad de plazo, 3) La forma, y 4) La capacidad para su ejercicio. Primeramente por lo que se refiere a la naturaleza causal o ad nutum de la facultad de revocar, si tenemos en cuenta que su fundamento es el de facilitar al máximo la desaparición de las intromisiones ilegítimas, debe concluirse que la causa última es la mera voluntad del titular del derecho, puesto que no se exige ninguna causa ulterior justificativa de la misma, con lo que puede afirmarse que nos encontramos ante una auténtica revocación ad nutum. En segundo lugar, en lo que atañe a la existencia o no de un plazo para el ejercicio de la facultad revocatoria, consideramos que la utilización del legislador de la expresión “en cualquier momento” es más que elocuente, en el sentido de la no exigencia de un plazo; lo cual, por otra parte, está en perfecta sintonía con el carácter imprescriptible de los derechos de la personalidad. En tercer lugar, debe concluirse que no se exige ninguna forma para el ejercicio de la facultad que estamos analizando, circunstancia ésta que además de coincidir con el principio de libertad de forma ex art.1278 CCE, está plenamente justificada por el principio que inspira la interpretación de esta materia, esto es, el evitar al máximo las intromisiones ilegítimas. Ahora bien, la libertad de forma como principio, no empecé la exigencia de su carácter indubitado y recepticio, en este sentido, el fj. 6º de la STC 117/1994 establece que la revocación debe satisfacer “el indubitado e íntegro conocimiento por la persona o personas a quienes se dirige”. Esta circunstancia, por lo demás, no impide que se entienda cumplido dicho requisito en el supuesto de que la persona a quien va dirigida la desconozca por no emplear la diligencia normal exigible para su conocimiento. Por último, por lo que respecta a la capacidad y a la legitimación nos remitimos a lo expuesto a propósito del consentimiento. Además de los presupuestos analizados, el tenor literal del art.2.3 en punto a la expresión “habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados,-incluyendo en ellos las expectativas justificadas”, nos lleva a plantearnos dos cuestiones: Por un lado, si dicha indemnización es una consecuencia de la revocación o, si por el contrario se trata de una condición de la misma y, por otro lado, cuál es la naturaleza jurídica de esa indemnización.

⁶⁰³ Vid. fj.5º de la STS 117/1994.

A nuestro juicio, el fundamento de una remisión tan genérica implica que la ley especial deroga la general; ley especial que, de acuerdo con lo afirmado en el *ut supra* tendrá que ser orgánica. En segundo lugar, tal remisión es perfectamente coherente con la configuración legal de los derechos objeto de protección, para lo cual la LO 1/82 se erige en el primer criterio delimitador de su ámbito.

⁶⁰⁴ Además, esa “genérica” remisión es sin duda objeto de concreción cuando se exige que sea “expresamente autorizada”.

En las intromisiones expresamente autorizadas por ley, entendemos que es subsumible lo dispuesto en el art. 8.2 de la LO 1/82, de ahí la idoneidad de proceder a su estudio en este contexto. Desde nuestro punto de vista, de una primera aproximación, puede afirmarse que este precepto se articula, en razón de la proyección pública, sobre dos supuestos básicos: 1) Personas carentes de esa proyección, en cuyo caso la utilización de la imagen es ilegítima, salvo el supuesto del apartado c) y 2) Personas con proyección pública, respecto de las cuales la legitimidad de la utilización de la imagen viene determinada no sólo por el requisito subjetivo de la proyección, el cual a tenor del artículo sería consecuencia del desempeño de “un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública”, sino también por unos requisitos objetivos de carácter material, “acto público”, y de carácter locativo, “lugares abiertos al público”, respetando -siempre, por supuesto; los límites derivados de la necesidad del anonimato, que se recogen en el último inciso.

En este sentido se pueden seguir diversos posicionamientos, pero fundamentalmente dos son los que nos interesa a la investigación, una interpretación de carácter restrictivo y otra de carácter extensivo. Analizando el tenor literal del art. 8.2 y por lo que respecta al primer supuesto, al que nos hemos referido, no coincide con el primer supuesto legal (el de las personas sin proyección pública) la licitud de la conducta intromisiva en su derecho a la propia imagen cuando se refiere a la información gráfica de un suceso público, o cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria. Como puede observarse, se trata de un apartado que a pesar de su carácter excepcional, es concebido en términos abarcativos. Amplitud, a la que a nuestro juicio, no ha podido sustraerse el legislador, fundamentalmente por dos razones: Por un lado, la variedad de sucesos que encierra la realidad social, por lo que necesita irremediabilmente de fórmulas genéricas para ser plasmado positivamente y, por otro, la imposibilidad material de recabar la autorización de todas las personas que, accesoria y accidentalmente, aparecen en las

⁶⁰⁴ En este sentido, baste recordar el tenor literal del art. 2.1 que establece que “*la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes,...*”.

imágenes que sostienen la información gráfica de un suceso. Por tanto, a la luz de lo dispuesto en este apartado, únicamente carecerá de la consideración de intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona cuando ésta sea meramente accesorio, es decir, dependiente de la principal o unida a ella por accidente. Pero, además, se puede advertir la intención del legislador de vetar cualquier intento de individualización de dicha imagen mediante círculos, aumento, o cualquier otro medio que provoque la transformación de algo accesorio en destacado o principal.

Respecto a las personas que ejerzan “un cargo público o profesión de notoriedad o proyección pública”, entendemos que tal expresión legal puede reconducirse a personas con “proyección pública”. La reconducción de las distintas posibilidades contempladas en la categoría de la “proyección pública”, permite englobar dentro del supuesto de hecho de la norma lo que GITRAMA denomina persona noticia, que es la persona conocida por la mayoría de los individuos en un determinado ambiente.⁶⁰⁵ Y que a nuestro juicio, puede abarcar también a aquellas personas privadas que se ven involucradas, voluntariamente o no, en lo que se considera un hecho noticioso. O’CALLAGHAN, desde una perspectiva todavía más extensa, entiende que la enumeración de la ley es meramente enunciativa, no cerrada y, por lo tanto, sufrirán el límite que contiene esta norma, aquellas personas que tengan notoriedad o proyección pública pero no por su cargo ni por su profesión, sino por sus relaciones amorosas, por su belleza, por su matrimonio o por su título nobiliario.⁶⁰⁶ Además, si bien la proyección pública de la persona es necesaria, no resulta suficiente siendo preciso que la captación de la imagen se realice durante un acto público o en lugares abiertos al público. Esta exigencia es, quizá, uno de los aspectos más espinosos de este artículo, sobre todo por lo que se refiere a “lugares abiertos al público”. La referencia a acto público engloba tanto el lugar privado como el lugar público, Sin embargo, la referencia a lugares públicos ¿comprende los actos privados o se limita a los actos públicos? Sin duda, se trata de una cuestión importante hasta el punto de condicionar la propia calificación de la conducta como ilegítima o legítima.

Aquéllos que llevan a cabo una interpretación restrictiva, entienden que una persona que sea tenida por popular cuando se encuentre en un “momento de su vida privada”, tiene derecho a la propia imagen, aunque se halle en un lugar público. La razón última estaría en que el art.8, desarrollo del art. 2.2º de la ley, constituye una excepción *ex lege* a la regla general de exigir el

⁶⁰⁵ Vid. GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL, Voz “imagen...”, *cit.*, p. 351.

⁶⁰⁶ Vid. O’CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Libertad de expresión...*, *cit.*, p. 149.

consentimiento del titular, y, por ende, es una norma de *ius singulare* a la que repugna toda interpretación extensiva.⁶⁰⁷

Frente a ello, nos encontramos con la interpretación dada a este punto por O'CALLAGHAN, la cual produce la inmediata consecuencia de considerar el comportamiento descrito en el ejemplo como una actuación plenamente lícita, por considerar que el personaje público tiene limitado su derecho a la imagen en todo acto o lugar público y sólo se le mantiene en su círculo privado y en lugar privado (no puede fotografiársele en una comida en su casa; sí en una comida en un restaurante); así, si el acto o lugar público son por razón de su vida privada (un festejo familiar en un restaurante, por ejemplo) están en el límite y no alcanza su derecho a la imagen.⁶⁰⁸

Nosotros participamos de la primera postura, pero modulada, haciendo entrar el criterio de los propios actos. En este sentido, consideramos legítima la captación de la imagen de una persona pública aun “en momentos de su vida privada” si éstos acontecen en lugar público, cuando con anterioridad se ha aprovechado de circunstancias semejantes, bien para mantener su popularidad, o bien para obtener con ellos algún beneficio, generalmente económico. Lo que se traduciría, en el ejemplo que venimos empleando en que para poder considerar la conducta descrita como constitutiva de intromisión ilegítima, habría que analizar la conducta personal del efigiado conforme lo establece la LO1/82.

Con respecto a la caricatura, ha de tratarse de personajes públicos, pues el ámbito subjetivo del apartado b) coincide con el del apartado a). Pero además, la excepción permite utilizar la imagen de un político u otra figura pública siempre que la misma tenga la *condición de caricatura*.⁶⁰⁹ La caricatura del famoso debe estar adecuada al uso social, a los efectos de impedir

⁶⁰⁷ Para mayor abundamiento se podría fundamentar tal decisión en el respeto al principio de igualdad ante la ley que hace que también las personas populares puedan gozar íntimamente de los bienes públicos y que, aún sin recluirse en su propio domicilio, puedan preservar su imagen más allá de la parcela de su vida proyectada a la consideración del público. Según esta interpretación, el fotografiar a una persona famosa el día de la celebración de su cumpleaños en un restaurante, por ejemplo, sería constitutivo de intromisión ilegítima.

⁶⁰⁸ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Libertad de expresión...*, cit., p. 150.

⁶⁰⁹ Por ejemplo, una reproducción de tipo *cómic* de la imagen de un personaje público sin su consentimiento sería una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, pero en cambio, si la representación gráfica lo es de una “figura ridícula en que se deforman o exageran las facciones y el aspecto de alguna persona” la situación entraría en el ámbito de la excepción. Así, la STS 7 marzo 2006 trató de unos hechos bastante expresivos: en aquel semanario aparecía la fotografía de la actriz D^a Isabel Iglesias P. con el texto “La doble de Chabeli se desnuda”, debajo aparecía una composición fotográfica que conjugaba perfectamente la cabeza de la actriz, Sra. I., y el cuerpo desnudo de una mujer hasta la parte superior de los muslos, cubierta con sólo un taparrabos y exhibiendo unos pechos protuberantes. Debajo de esta fotografía había otro recuadro en forma de cupón recortable, con la leyenda: “Usted decide: Ponga una X donde considere: Creo que los pechos de la auténtica Chabeli no pueden ser tan bonitos como los de su doble, María S.-Creo que los pechos de Chabeli deben ser más bonitos que los de su doble”. La sentencia decidió que aquello no

la consideración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, pero lo que es intromisión legítima en este derecho puede ser en cambio intromisión ilegítima en el derecho al honor.⁶¹⁰

El otro requisito es que el uso de la caricatura se haga “de acuerdo con el uso social”.⁶¹¹ Aquí ya no se trata de comprobar la naturaleza del retrato como caricatura, sino el uso que se le da a la misma. Pero sobre todo, obsérvese bien que es la información gráfica (“captación, reproducción o publicación”) o la utilización de la caricatura de estas personas, lo que se autoriza o se excluye del carácter de intromisión ilegítima, en el derecho a la propia imagen, como una norma de derecho excepcional, y que por su mismo carácter excepcional, permite deducir que lo que es intromisión legítima en este derecho puede ser intromisión ilegítima en los demás derechos objeto de protección (honor e intimidad), según cómo sea el trato que el informador dispense a la noticia.

En cualquier caso, la caricatura que represente a la persona en un momento de su vida privada o en la que exista una deliberada intención de perjudicar al caricaturizado, deberá considerarse ilícita. Dicho en otras palabras, en la medida en que aparezca entremezclado con el honor o la intimidad de la persona en cuestión, esta causa de justificación no será aplicable y, consiguientemente, será una utilización ilícita, pues su previsión se refiere exclusivamente al derecho a la propia imagen.

Por último, en relación con lo que hemos denominado “personas con proyección pública”, es preciso subrayar la existencia de una especie de contra excepción en el inciso final del art. 8.2, lo cual supone claramente un límite a la posibilidad de utilización de la imagen de dichas personas, al prever que “la excepciones contempladas en los párrafos a y b no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el

era una caricatura sino un fotomontaje compuesto de dos fotografías con encaje perfecto, lo que impedía apreciar que se trataba de una cabeza perfectamente identificable pegada a distinto cuerpo.

⁶¹⁰ De lo contrario, bastaría solo con publicar una caricatura, en vez de un retrato para que fuera legítimo llamar a alguien “viejo nazi, borracho, ladrón, pederasta y cabrón”. No obstante ello, la utilización de expresiones difamatorias, por mucho que sean “expresiones del lenguaje hablado”, no son caricatura, y el género de la caricatura satírica, por consustancial que sean estas al personaje ilustrado, la ridiculización y el tono jocoso, “no puede quedar por completo al margen de la protección que merezca el personaje objeto de burla” (STS de 14 de abril de 2000).

⁶¹¹ La referencia al uso social contenida en el último inciso, implica la aceptación social del uso de la caricatura para ilustrar un comentario o hacer una parodia o broma y permite delimitar la forma, condiciones y circunstancias en las que es lícito el uso de la misma, sin embargo, su alusión resulta redundante pues el uso social ya es aplicable en virtud del art. 2.2. de la LO 1/82 que lo utiliza junto con la ley y los propios actos como criterio delimitador del ámbito de protección.

anonimato de la persona que las ejerza”. Entendemos, por tanto, que en beneficio del interés general o de su propia seguridad, estas personas conservan su derecho a la imagen, aun cuando concurren las circunstancias de lugar público o acto público. No obstante, debemos poner de manifiesto que hubiera sido deseable una mayor especificación porque una cláusula de reserva en términos tan genéricos, sin que se sepa a ciencia cierta quienes son esas personas, puede ocasionar problemas a los profesionales de la información gráfica, pues no puede dejarse siempre a la intuición o al instinto de prudencia de éstos un tema que la ley podría haber concretado mucho mejor.⁶¹²

En cualquier caso, siempre habrá que tener presente la finalidad con la que se concibieron estas excepciones, que no es otra, que la de satisfacer el interés general mediante el ejercicio, fundamentalmente, del derecho a la libertad de información. Asimismo, es preciso reiterar que la virtualidad de las excepciones del art.8.2 dependerá, en toda su extensión, como consecuencia del contenido del art.7.6°, de la ausencia de fines comerciales, publicitarios o de naturaleza análoga.⁶¹³

3.2.1.3 ESTABLECIDAS O AUTORIZADAS POR AUTORIDAD

El tenor literal del art. 8.1 dispone que no se reputarán, con carácter general, de intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante.⁶¹⁴

El planteamiento de la primera cuestión pretende, simplemente, destacar que el art. 8.1 es aplicable a los tres derechos objeto de protección. Esta puntualización que en un principio puede resultar una obviedad se hace precisa considerando lo expresado en STS de 27 de febrero de 1990 que nos dice textualmente que *“la exégesis de este precepto -el art.8.1- ha sido objeto de una viva polémica doctrinal, pero justo es convenir que lo más acorde con su finalidad y esencia es aquella que viene entendiendo que tales actuaciones más parecen pensadas para los derechos a la*

⁶¹² CARRILLO, MARC: *Los límites de la libertad...*, cit., p. 83.

⁶¹³ Así se ha manifestado de forma clara en el fj. 2° de la STS de 3 de octubre de 1996, relativa a la utilización, en un calendario para la campaña navideña de 1984 de una conocida marca de cervezas, de la imagen de dos campeones olímpicos, don Luis Doreste Blanco y don Roberto Molina Carrasco en plena competición, con indicación en el mismo de sus nombres y de la obtención de una medalla de oro en la prueba de vela 470.

⁶¹⁴ De1 tenor literal de este precepto se desprende la previsión de dos hipótesis diferentes y claramente diferenciadas, como así lo han entendido también numerosos autores. En este sentido, vid. ESTRADA ALONSO, EDUARDO: *El derecho al honor en la ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, 2016, Pamplona, p. 112 y ss.; GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL, *“El derecho a la...”*, cit., p. 226 y ss.; HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO: *Honor, intimidad...*, cit., p. 201; O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Libertad de expresión...*, cit., pp. 67 y ss., 108 y ss., 147 y ss. Sin embargo, por lo que se refiere a este epígrafe, nos limitaremos a la primera de ellas.

intimidad y a la propia imagen que para el derecho al honor específicamente entendido, ya que no es factible imaginar una autorización que permita atacar el honor de una persona". Asimismo, la interpretación que aquí se propone, en nuestra opinión, no sólo se desprende del empleo de la expresión "con carácter general", sino también del hecho de que de no ser así, resultaría difícil explicar la razón por la cual el legislador se ha tomado la molestia de establecer un régimen adicional de excepciones en el párrafo 2º, relativo exclusivamente al derecho a la propia imagen.

Por lo que respecta al significado del término "autoridad competente", hemos de señalar que en el proyecto de ley orgánica se hacía referencia expresa a la autoridad judicial y se completaba diciendo "en investigaciones de los delitos o en interés de la administración de justicia". Particularmente sobre este tema algunos autores, como por ejemplo DE LA VÁLGOMA, afirman que hubiera sido mejor mantener tal referencia para evitar cualquier tentativa de interpretación en otro sentido.⁶¹⁵ Por nuestra parte, no vemos por qué habría de mantenerse la referencia a la autoridad judicial, máxime cuando el hecho de haberse suprimido no impide que en múltiples ocasiones sea ésta, precisamente, la única competente. Al mismo tiempo, su supresión posibilita la subsunción en dicha norma de aquellos otros supuestos en los que el ordenamiento jurídico confiere competencias a otras autoridades, supuestos por lo demás nada desdeñables y frecuentes.⁶¹⁶

En cuanto al alcance que debe dársele a la expresión legislativa "actuaciones que sean autorizadas o acordadas [...] de acuerdo con la ley", entendemos que tal previsión supone, ante todo, que la actuación sea ajustada a derecho y que se contenga dentro de los límites permitidos por el ordenamiento jurídico; límites que tendrán que venir configurados necesariamente por ley orgánica al incidir sobre derechos cuya naturaleza fundamental exige que la ley que los delimite sea precisamente de este rango, lo cual no obstaculiza que la juridicidad del acto implique actuar de la forma prevista por todas las leyes, reglamentos y circulares que regulen la actividad de estas autoridades.⁶¹⁷

⁶¹⁵ Vid. DE LA VÁLGOMA, MARÍA, *op.cit.*, p. 667.

⁶¹⁶ Por su parte, la ley general tributaria, concretamente, en el último inciso del apartado 5º del art. establece que a efectos del artículo 8, apartado 1, de la LO 1/82 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, se considerará autoridad competente al ministro de economía y hacienda, a los directores de departamento de la agencia sospechas que nunca, por sí mismas, bastarían para configurar una situación de flagrancia. Las expresiones ambiguas e indeterminadas que contiene el art. 21.2 confieren al precepto un alcance que la Constitución no admite.

⁶¹⁷ La práctica forense demuestra la gran variedad de posibilidades que encuentran su amparo en el art. 8.1. Por ejemplo, la STS de 27 de enero de 1993 que tiene su origen en la publicación en un Diario Oficial de la sanción impuesta a un corredor de comercio (sanción que con posterioridad fue invalidada), el tribunal ante la posible vulneración del derecho al honor alegada por el sancionado, considera que ésta no existe al encajar la conducta descrita

3.2.1.4 PREDOMINIO DE UN INTERÉS RELEVANTE

El último inciso del art. 8. 1 de la LO 1/82 establece que no se reputarán con carácter general intromisiones ilegítimas “*cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante*”.

En términos generales, se puede afirmar que nos encontramos ante una previsión específica de una causa de justificación, en términos de la ley. En este sentido, la propia exposición de motivos de la LO 1/82, tras referirse a las intromisiones ilegítimas declara que “*existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público*⁶⁶⁵ que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el art. 8 de la ley”.⁶¹⁸ Es más, la exigencia del carácter prevalente del interés responde, como se

en el apartado 1º del art.8 ya que “*una vez recaído el acuerdo sancionatorio, que por razones de garantía procedimental ostenta la cualidad de público, puede ser difundido por cuantos ejerciten el derecho a informar pero sobre todo porque gozando tal acuerdo de la cualidad de ejecutivo, pese a no haber devenido firme, otorga al órgano sancionador la potestad de proceder a una inmediata ejecución, que es lo que ha sucedido en el supuesto que se enjuicia*”. Más recientemente la sentencia 27 mayo de 1995 considera que los hechos que dieron lugar a la misma también son incardinables en el apartado 1º del mencionado art.8. En este caso se trataba de la petición del ministerio fiscal de ventilar, con anterioridad al juicio que se seguía, la posible incapacitación para el ejercicio profesional del abogado recurrente como consecuencia de una sanción que le había sido impuesta por el colegio de abogados. Sobre este punto en concreto se pronuncia el fj. 9º, en el cual el TS declara que “*en el caso ninguna duda cabe sobre la legitimidad de la actuación del Ministerio Fiscal. Como expresa la contestación a la demanda el “menoscabo” que el demandante alega haber sufrido en su honor persona y profesional, nunca puede derivarse de una estricta actuación profesional ajustada a derecho y razonablemente fundada de quien tenía la representación del ministerio fiscal en determinado juicio oral tan fundada que, según certificación expedida por la Secretaría de la Junta de Gobierno del Ilustre Colegio de Abogados del señorío de Vizcaya, en fecha 18 de octubre de 1994, que da cuenta de las causas de suspensión del cumplimiento de la sanción, el Colegio de Abogados en Resolución de 23 de noviembre de 1992, acordó considerar cumplida la sanción que pudiera quedar pendiente*”. La actividad por tanto de los fiscales demandados, se adecua, en todo, a la misión constitucional que tienen encomendada de “*promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley*” (art. 124.1 CE). No puede, en consecuencia, reputarse “*intromisión ilegítima*” la petición de comprobación de los extremos relativos a la sanción impuesta al colegiado y de su extensión a otros ámbitos, así como de los aspectos relativos al cumplimiento de la referida sanción. Estamos, en definitiva, en presencia de “*actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley*”, y ello con independencia de que el Tribunal no las considere necesarias. Por consiguiente, concluye que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 8.1 de la LO 1/82.

⁶¹⁸ El contenido de la exposición de motivos es recogido casi literalmente en varias sentencias, vgr. STS 30 de diciembre de 1989, fj. 2º (Ar. 8880) de 9 de enero de 1991, fj. 1º (Ar.292) y 20 de febrero de 1993, fj. 3º, (Ar.1001) en las que a propósito del interés público se señala que “*...los derechos protegidos por la ley de 5 de mayo de 1982 no pueden considerarse absolutamente ilimitados, pues imperativos del interés público pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas, y si el art.7 define las intromisiones que tienen este último carácter, no obstante existen casos en los que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales como son los indicados en el art.8 de la propia ley*”. Es curioso comprobar, antes de la elaboración de la LO 1/82, como las distintas posibilidades contempladas en el art.8 de la misma coinciden en gran medida con los supuestos de interés público “acusado”, señalados por GITRAMA. Concretamente este autor en Voz “*imagen...*”, cit., p. 350, afirma literalmente que: “*...un ejemplo de interés acusado existe, por ejemplo, en los casos de reproducción de imágenes a fines científicos o didácticos: en las necesidades de publicación de fotografías para la mejor administración de justicia; cuando la difusión de la imagen aparezca justificada por la popularidad de la persona en cualquiera de los campos de la actividad humana (ciencia, arte, política, deporte...) o por el hecho de que desempeñen un cargo público de cierta importancia que igualmente la dote de notoriedad; o cuando, en fin, la publicación misma se relacione con hechos, acontecimientos o ceremonias de*

desprende de la doctrina del TC resultante de la resolución de los concretos conflictos que se le han ido planteando, a la idea de satisfacción de ese interés público o general.⁶¹⁹

Nos encontramos una vez más ante conceptos indeterminados a los que se recurre con frecuencia en el ámbito de estos derechos,⁶²⁰ los cuales a pesar de dificultar ostensiblemente la determinación apriorística de su auténtico significado y alcance, nos merecen una valoración favorable, habida cuenta de su función positiva. Entendemos que no se crea un vacío normativo, dentro de cuyos límites cualquier decisión sea válida; al contrario, se dota a la norma en cuestión de la holgura necesaria para que, siendo más adaptable a la realidad, el resultado de su aplicación pueda ajustarse con mayor exactitud a la solución que la norma preconiza y al espíritu y finalidad de la misma.⁶²¹

La exigencia expresa del art. 8.1 respecto de que los intereses “predominen” y sean “relevantes”, permite identificar y valorar su presencia en el caso concreto. En este sentido por lo que se refiere al requisito de que “predominen”, consideramos que la valoración de la prevalencia implica: a) Un valor comparativo, que supone un interés en equilibrio, valorado por el ordenamiento jurídico como superior para el caso concreto, y b) Un valor intrínseco, es decir, no basta con el predominio, sino es necesaria la entidad intrínseca de ese interés para el ordenamiento jurídico.

El carácter relevante como causa limitativa de los derechos protegidos en la LO 1/82 es interpretado, a nuestro juicio con acierto, como sinónimo de imprescindibilidad de su uso. Concretamente la STS de 7 de octubre de 1996, en su fj. 3º, señala que "el acento efectivamente de la relevancia como causa limitativa del derecho, debe situarse en la imprescindibilidad del uso

interés público o desarrolladas en público. Las víctimas de una catástrofe o de un delito, los firmantes de un acuerdo de interés social, etcétera, no podrán oponerse a su publicación”.

⁶¹⁹ En este sentido, *vid.* fj. 8º de la STS 110/1984 de 26 de noviembre, BOE, núm. 305 de 21 de diciembre. Esta doctrina es recogida recientemente en la STS de 29 de marzo de 1996, fj. 2º (Ar.2371) y de 3 de octubre de 1996, fj. 2º.

⁶²⁰ Así la necesidad de atender a estos intereses es reiteradamente recogida por la jurisprudencia francesa. Sobre la misma, *vid.* TALLON, DENIS: “Personalité (Droits de la)”, *Encyclopédie Dalloz*, Paris, 1991, t. VI, p. 8. Igualmente en Italia se contemplan estos intereses en el art. 97 de la ley 22-4-1941, a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad, por ello no es de extrañar que la doctrina se haga eco de los mismos. Por todos *vid.* DE CUPIS, Adriano: “I diritti della personalità”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1959, p. 274. Sin embargo DE MARTINO, VITTORIO: *Commentario teorico-pratico al Codice Civile*, Libro I, Pem, Roma, 1971, p. 155, excluye los fines artísticos.

⁶²¹ Abunda sobre esta idea y, en general, sobre la forma de operar con los conceptos jurídicos indeterminados, siempre partiendo de la concepción del lenguaje jurídico como lenguaje no formalizado. *Vid.* SAINZ MORENO FERNANDO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, pp.192-322 y ss.

de la imagen en atención a sus fines, lo afirmado con relación a la imagen, es a nuestro juicio extrapolable a los otros dos derechos, el honor y la intimidad.

Con relación al interés histórico, parece que su presencia posibilita el conocimiento legítimo, por un lado, de los grandes acontecimientos de la historia, que marcan la evolución de la sociedad y que presentan un interés nacional o internacional, para los que es evidente que debe primar el interés colectivo público como corolario del derecho a la información y, por otro lado, de aquellos otros diversos acontecimientos de la crónica cotidiana, si bien estos últimos pueden presentar más dudas.^{622 623}

Por lo que respecta al interés científico, partiendo del concepto de ciencia como “conocimiento cierto de las cosas por sus principios y sus causas”, consideramos que su inclusión permite atender a cualquier interés, siempre que sea prevalente y relevante, que favorezca tal conocimiento.⁶²⁴ Ciertamente, la idiosincrasia del derecho a la propia imagen parece propiciar más las injerencias de este tipo, sin embargo, y en línea de principio, los derechos al honor y a la intimidad también pueden resultar afectados por razón de este tipo de interés.⁶²⁵

Por último, el art. 8 se refiere al interés cultural. En nuestra opinión, su incorporación permite acoger en el supuesto de hecho de la norma dos órdenes de cosas: Por un lado, se está haciendo referencia a intereses de índole espiritual, en contraposición a lo que son intereses meramente económicos y, por otro lado, evoca el conjunto de manifestaciones en que se expresa

⁶²² Vid. RAVANAS, JACQUES: *La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur image*, Bibliothèque de Droit Privée, París, 1978, pp. 246-127.

⁶²³ STS 24 de mayo de 1990, dictada con ocasión del recurso de casación interpuesto por doña Gunilla O. contra Don Santiago A.F. y Don Julián L.S.J. y ediciones tiempo S.A. por la divulgación de la ideología política del padre de la demandante. En este caso, el Supremo declaró no haber lugar al recurso y en su Fundamento de Derecho único pfo.4º afirmó, entre otras cosas, que “nada vejatorio hay en la divulgación de la ideología política del padre por cuanto se trata del predominio de un interés histórico que salvaguarda el art.8.1º de la LO 1/82”.

⁶²⁴ Cfr. GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL, “*El derecho a la...*”, *cit.*, p. 228. No es extraño por lo tanto que la máxima incidencia se encuentre en el derecho a la propia imagen, en este sentido fotografías de pacientes típicos o especialmente atípicos, insertas en libros o revistas proyectadas en aulas, Congresos etc., no comportarán ilícito alguno si el fin es realmente científico y no es posible eliminar la reconocibilidad del efigiado ocultando -como delicadamente suele hacerse-su rostro o al menos sus ojos, no obstante en tales casos, sería bueno recabar el consentimiento para su publicación, de este modo sería lícita la publicación de imágenes relacionadas con estas ciencias siempre que no fuera posible eliminar la reconocibilidad del efigiado.

⁶²⁵ Pensemos, por ejemplo, en la elaboración de estudios epidemiológicos, posibilidad prevista en el art. 8.1. de la ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad, la cual se enmarca dentro de la función preventiva que modernamente preside las políticas sanitarias y se recoge asimismo en el art.6.1 y 3 de la citada ley que dispone que las actuaciones de las administraciones sanitarias estarán orientadas a la promoción de la salud y a garantizar que cuantas acciones sanitarias se desarrollen estén dirigidas no sólo a la prevención de las enfermedades sino también a la curación de las mismas.

la vida tradicional del pueblo de conocimientos científicos, literarios y artísticos de una persona, pueblo o época, o al conjunto de creaciones del hombre en general o de una sociedad determinada.

Se trata quizá del interés más ambiguo, el cual, en la medida en que se contempla en la LO 1/82, abre un amplio margen de maniobrabilidad a los tribunales, que serán los que dibujen en definitiva los límites del mismo, mediante la difícil tarea de aprehender de la realidad social del momento y qué se entiende por cultura. En tal sentido no resulta extraño que sea criticado por alguna doctrina por adolecer de claridad, por su amplitud y falta de especificación,⁶²⁶ como afirma GITRAMA, no sólo por redundante puesto que el adjetivo cultural ya incluye a histórico y científico, con lo que haría a éstos innecesarios, sino que además llevado a sus últimas consecuencias implicaría prácticamente la negación de la exclusiva que integra el derecho a la propia imagen toda vez que el autor de las imágenes, el fotógrafo, podría invocar lo artístico de su obra con la consiguiente publicación y libre comercialización.⁶²⁷

Desde nuestra perspectiva, coincidimos con aquéllos que afirman que se trata de un concepto de gran amplitud y difícil aprehensión, pero ello no merece un juicio negativo ⁶²⁸ sobre todo si tenemos en cuenta que no basta con que ese interés exista, sino que ha de ser relevante y predominante en relación con los concretos intereses que se satisfacen con la protección del honor, la intimidad y la propia imagen.⁶²⁹

3.2.1.5 ESPECIAL REFERENCIA A LOS USOS SOCIALES Y LOS ACTOS PROPIOS

Como se recordará, el art. 2.1 de la LO 1/82 establece que “*La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por la leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*”, consiguientemente, la ley se ve auxiliada por otros parámetros jurídicos para la delimitación del ámbito de protección civil de estos derechos.

⁶²⁶ En este sentido, *vid.* ROYO JARA, JOSÉ, *op.cit.*, p.162.

⁶²⁷ GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: “El derecho a la...”, *cit.*, p. 227 y “Voz: Imagen...”, *cit.*, p. 354.

⁶²⁸ En este sentido, *vid.* ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *op.cit.*, pp.116 y 117.

⁶²⁹ Asimismo, nos merece una opinión negativa la alusión al interés cultural relevante recogida en la Sentencia de 19 octubre de 1992 relativa a la publicación, en un artículo sobre sanidad infantil (en la Revista Canarias Educación), de la fotografía de un menor recibiendo tratamiento de diálisis. El Tribunal Supremo en este supuesto, a fin de justificar la inexistencia de ese interés cultural, argumenta que la imagen no tenía ninguna relación con la experiencia que se relataba en el artículo, pues fue obtenida en un centro hospitalario ajeno al colegio público y carecía de interés cultural relevante para justificar la intromisión en el derecho fundamental del hijo de la actora.

La remisión a los usos no es algo ajeno o extraño a nuestro derecho positivo,⁶³⁰ sin embargo, su utilización como criterio delimitador de las conductas constitutivas de intromisión ilegítima ha provocado comentarios de signo muy diverso. DE LA VÁLGOMA considera que no puede adolecer de mayor imprecisión y vaguedad, cuando afirma que: “*es curioso que en las leyes de nueva creación, que podrían incluso calificarse de progresivas, se remita a los usos sociales. Es como si el legislador temiera ir demasiado lejos y diera, con la vuelta al uso, una marcha atrás*”. En su opinión tal remisión podría resultar incluso inconstitucional, sobre todo en lo referente a la igualdad de las personas, por lo que propone como criterio más adecuado acudir al término “realidad social” que establece el art. 3.1 del CCE.⁶³¹ Por su parte, GITRAMA considera grave, peligrosa y arriesgada una delimitación por los usos sociales siempre cambiantes e imprecisos; referencia que introduce un factor de inseguridad jurídica.⁶³² En esta misma línea se pregunta si no habría sido suficiente acudir al criterio interpretativo de toda norma jurídica en relación con la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, como reza el art. 3.1 CCE.⁶³³ En un sentido semejante se manifiesta CLAVERÍA GOSÁLVEZ, puesto que entiende que una interpretación literal del término “uso social” como criterio delimitador del ámbito de protección, implicaría una distinta tutela para cada tipo de persona.⁶³⁴ No obstante, este mismo autor, quizá animado por encontrar una solución que salve tal contradicción, propone la siguiente interpretación: “los usos sociales” aludidos no pueden implicar efectos contrarios a los fines del ordenamiento, así podría decirse que una determinada intromisión es ilegítima en un momento determinado y que no lo es en otro, pero no podrán reputar ilegítima una determinada intromisión respecto de unas personas y no respecto de otras, pues la adecuación a las diferencias sociales, económicas o ambientales que inevitablemente se den no deben hacer olvidar la irrenunciable misión del ordenamiento consistente en obtener una igualdad real y efectiva entre los ciudadanos.⁶³⁵

⁶³⁰ Así, por ejemplo, el art.1.3 del CCE en su último inciso dispone que “*Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre*”. Otros ejemplos distintos se encuentran en el art. 1555.2º CCE que establece que el arrendatario está obligado: 2º “*A usar de la cosa arrendada como un diligente padre de familia, destinándola al uso pactado; y, en defecto de pacto, al que se infiera de la naturaleza de la cosa arrendada según la costumbre de la tierra.*” En el último inciso del art.1894 CCE “*Los gastos funerarios proporcionados a la calidad de la persona y a los usos de la localidad deberán ser satisfechos, aunque el difunto no hubiese dejado bienes, por aquellos que en vida habrían tenido la obligación de alimentarle*”, etc.

⁶³¹ DE LA VÁLGOMA, MARÍA, *op. cit.*, pp. 662-663. También SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ, “Libertad de expresión y derecho a la intimidad...”, *cit.*, p. 65, nos dice que “*Vivimos en una sociedad plural con multitud de sectores con sus propios valores y referencias, lejos de una sociedad uniformizada y sometida al mismo código ético. Es lógico que la comprensión del alcance de la esfera reservada a la intimidad se realice atendiendo a la "realidad social" del tiempo y al "contexto" (art. 3 del Código Civil) en que han de aplicarse las normas, aunque en este supuesto, también ha de exigirse la intangibilidad, por mandato constitucional, del reducto esencial de la intimidad*”.

⁶³² GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL, “*El derecho a la...*”, *cit.*, pp. 212 y 213.

⁶³³ *Ibidem* p. 213.

⁶³⁴ *Vid.* CLAVERÍA GOSÁLVEZ, LUIS HUMBERTO, “*Reflexiones sobre...*”, *cit.*, pp. 1249-1250.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 1250.

Desde una óptica radicalmente opuesta, LÓPEZ JACOÍSTE afirma que “los derechos de la personalidad condensan criterios y señales indicativas de la posición jurídica de la persona; de suerte dejan abiertas posibles determinaciones con arreglo a las ideas que se produzcan en la vida social”.⁶³⁶ Si esto es así, vemos claramente una identificación del uso social con las ideas, siguiendo muy de cerca el tenor literal de la exposición de motivos por cuanto ésta parece identificar el uso social con las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad.⁶³⁷

Producto de estas afirmaciones, creemos oportuno dada nuestra perspectiva poner de manifiesto nuestra discrepancia, la cual fundamentalmente, pretende rebatir los siguientes extremos: 1) Involución de la remisión, 2) La desigualdad, 3) La consideración de costumbre como fuente del derecho y, 4) La inseguridad.

Frente a la aseveración de que la remisión a los usos sociales supone una involución, no podemos compartir dicha conclusión puesto que entendemos, por un lado, que tal remisión no puede interpretarse como un llamamiento al derecho consuetudinario, porque esos usos, -como luego explicaremos-, no son fuente del derecho, sino que se trata de una remisión, por lo demás frecuente en nuestro ordenamiento jurídico, hecha por las propias normas para la delimitación, tanto de sus supuestos, como de sus efectos. Se trata, por lo tanto, de una remisión subordinada, en cualquier caso, a los mandatos legales. Por otro lado, no podemos participar de la opinión de quienes consideran el uso social como antónimo de progreso; al contrario, se trata de un sutil vínculo que permite poner en relación, sin necesidad de ulteriores modificaciones legislativas, lo abstracto, característico de la ley, con lo concreto y cotidiano, esto es, las nuevas necesidades sociales, fruto, entre otros factores, de los avances tecnológicos.⁶³⁸

En segundo lugar, no podemos compartir el parecer de aquellos autores que concluyen en que este criterio se erige en una importante fuente de desigualdades. En este sentido, debemos admitir que la valoración de los usos sociales puede, y de hecho así ocurre con frecuencia, entrañar

⁶³⁶ LÓPEZ JACOÍSTE, JOSÉ JAVIER, “Una aproximación...”, *cit.*, p. 1087. En términos semejantes se manifiesta HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO, *Honor, intimidad...*, *cit.*, p. 154; afirma que la alusión a los usos sociales es correcta en tanto no contradice el principio de igualdad consagrado positivamente en el art.14 de la constitución de 1978.

⁶³⁷ Literalmente la exposición de motivos afirma que: “Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y el uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus propios actos mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento”.

⁶³⁸ En un sentido semejante, la STS de 17 de noviembre, fj. 3º (Ar.9233), al referirse a los usos sociales nos dice que éstos “actúan como verdaderas pautas normativas que llenan de sentido los mandatos abstractos”.

en la práctica diferencias. Sin embargo, no debería entenderse que tales diferencias vulneran el principio de igualdad, porque éste, tal y como es interpretado por el TC, se refiere a la igualdad equitativa, es decir, no prohíbe dar un tratamiento distinto a situaciones razonablemente desiguales.⁶³⁹

En tercer lugar, en lo que atañe a la afirmación, de que lo que ha querido introducir el legislador con la alusión a los usos sociales es, ni más ni menos, que la costumbre como fuente formal del derecho, tampoco podemos aceptarla.⁶⁴⁰ A fin de fundamentar lo que acaba de afirmarse, parece necesario partir de la consideración de que todos los usos son sociales⁶⁴¹ En este entendimiento, consideramos que dentro de los usos sociales *latu sensu* se encuentran los usos sociales *strictu sensu*, vgr. normas de cortesía, y los usos jurídicos *latu sensu*, los cuales, a su vez, pueden tener relevancia jurídica creadora de normas: la costumbre *strictu sensu*, o no tener esa función creadora: usos jurídicos *stricto sensu*, dentro de los cuales no sólo estarían los usos interpretativos de una declaración de voluntad, sino también los usos integradores de normas jurídicas, siendo precisamente, estos últimos los que pueden tener la consideración de costumbre, pero en los términos que a continuación se exponen.

⁶³⁹ Vgr. STC 33/1983 de 4 de mayo, fj. 5º, BOE, núm. 120 de 20 mayo de 1983; 49/1983 de 1 de junio, fj. 4º, BOE, núm. 144 de 17 de junio; 65/1983 de 21 de julio, fj. 3º, BOE, núm. 189 de 9 de agosto; 75/1983 de 3 de agosto, fj. 2º, BOE, núm. 197 de 18 de agosto; 103/1983 de 22 de noviembre, fj. 5º, BOE, núm.298 de 14 de diciembre; 6/1984, de 24 de enero, fj. 2º, BOE, núm. 42 de 18 de febrero; 180/1985 de 19 de diciembre, fj. 2º, BOE, núm.13 de 15 de enero 1986; 166/1986 de 19 de diciembre, fj. 11º A, BOE, núm.3 de 3 de enero 1987; 108/1989 de 8 de junio, fj. 1º, BOE, núm. 158 de 4 de julio; 68/1991 de 8 de abril, fj. 3º, BOE, núm. 115 de 14 de mayo; 88/1991 de 25 de abril, fj. 2º, BOE, núm.128 de 29 mayo; STC 114/1995 de 6 de julio, fj. 2º, BOE, núm.184 de 3 de agosto, fj. 2º.

⁶⁴⁰ Existen, otras muchas calificaciones, así, por ejemplo, desde el punto de vista filosófico-jurídico GONZÁLEZ VICENTE, FELIPE: “Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Ministerio de Justicia, t. VIII, Madrid, 1991, p. 485, afirma que: “...la diferencia entre costumbre y usos sociales se nos aclara en cuanto nos percatamos de que no tenemos ante nosotros dos fenómeno homólogos, sino, muy al contrario, esencialmente diversos: un fenómeno psicológico y un fenómeno normativo. La costumbre es la inclinación natural del hombre a obrar en determinadas circunstancias de la misma manera a como ha venido actuando repetidamente en el pasado en iguales circunstancias. Los usos sociales, en cambio, son un conjunto de normas que nos prescriben un determinado comportamiento en ciertas situaciones, y a los que pueden responderse con el cumplimiento o con el incumplimiento como frente a toda norma y a todo deber ser”. Más adelante señala (p. 492) que los usos sociales tratan de ser una manifestación externa de un supuesto mundo interior de afección u afabilidad; en tal sentido los sitúa entre la moral, que es mundo de la sinceridad, y el derecho, que es el mundo de la mera exterioridad.

⁶⁴¹ Desde esta perspectiva Díez-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Instituciones...*, cit., v. I, p. 99, señalan que: “Los usos son siempre sociales y como tales usos existen o no. Desde el punto de vista del Derecho, lo único que hay son funciones diferentes que se pueden asignar a un mismo uso: Quiere decirse que un mismo uso podrá en ocasiones ser meramente interpretativo o en otras se normativo. Por ello, hablar de usos interpretativos o no interpretativos no es exacto. Lo decisivo no son los tipos de usos, ya que la tipología no se puede establecer, sino las funciones que desempeñan o que se les encomiendan”.

Atendida tal clasificación, desde nuestro punto de vista, los usos sociales a los que se refiere el art. 2.1 LO 1/82, son usos normativos,⁶⁴² usos sociales con trascendencia jurídica que contribuyen a la delimitación de los derechos que la mencionada norma tutela. De ahí que concluyamos que los usos sociales del art. 2 son usos jurídicos integradores de normas jurídicas, los cuales, si bien no son costumbre *stricto sensu*, pues no encierran la voluntad general de regular jurídicamente una situación dada,⁶⁴³ sí tienen la consideración de costumbre. Ahora bien, ¿qué se quiere decir cuando se afirma que tienen la consideración de costumbre? En primer lugar, significa que son un instrumento cooperador con la ley, con lo que no se puede admitir un uso *contra legem*. En segundo lugar, tal aserto apunta a la necesidad de que estos usos cumplan todos los requisitos de la costumbre. Así las cosas, los usos sociales del art. 2.1 deberán ser reiterados, constantes, uniformes y, además, siguiendo a PEÑA LÓPEZ, les será exigible el requisito de la propiedad, esto es, que ese comportamiento pertenezca al grupo social destinatario de los mismos.⁶⁴⁴ Igualmente les serán de aplicación los requisitos negativos de la costumbre: su no contradicción con la moral, el orden público y la ley. Por consiguiente el criterio de los usos sociales al que ha apelado el legislador del 82 es un uso normativo y en este sentido, no es tenido en cuenta para fijar el contenido de una declaración de voluntad,⁶⁴⁵ ni tampoco es generador de una norma jurídica, sino

⁶⁴² La afirmación del valor normativo de los usos que se aluden en la LO 1/82 no es, en absoluto, algo aislado. Así, para PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Derechos humanos...*, cit., p. 334. Se trata de una de las remisiones al valor normativo de los usos más significativos de nuestro ordenamiento jurídico. Su razón de ser hay que buscarla en la dificultad que entraña el intento de establecer reglas apriorísticas o abstractas, susceptibles de definir, de una vez por todas, los imprecisos y variables límites del contenido de cada uno de estos conceptos.

⁶⁴³ Esto es lo que muchos autores denominan *opinio iuris vid.*, ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho civil...*, cit., p. 95. Con relación a la *opinio iuris* así concebida, discrepa Díez-PICAZO, LUIS: “Comentario del art. 1.3 del Código civil”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*. El nuevo Título Preliminar del Código, la ley de 2 de mayo de 1975, Tecnos, Madrid, 1987, vol. 1º, pp. 66-67, y en este sentido literalmente afirma que: “La constitución del hábito en modelo y por consiguiente su conversión en uso, y esa regla incorporada que ordena ajustarse a él, me parece que es lo que los clásicos designaban como *opinio*. Esto es: la convicción u *opinio* de que el uso obliga o se impone. Más en lo dicho está implícita la idea de que la *opinio* no tiene por qué ser jurídica. Me ajusto al modelo porque considero que hay en él una regla social que tiene que observarse, con independencia de su carácter jurídico”. Como ha puesto de relieve BONET RAMÓN, FRANCISCO: “Compendio de Derecho Civil”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1959, t. I, p. 143. Los llamados usos sociales son prácticas de la vida, morales, religiosas, económicas, sociales, etc., extrañas al orden jurídico, pero que, muchas veces el derecho, que debe tener su fundamento en la naturaleza real de las relaciones sociales, no puede hacer abstracción completa y debe tenerlos en cuenta. Entonces aquellos usos producen efectos jurídicos, pero no constituyen fuente del derecho, no llegan a ser costumbre, porque la ley los tiene en cuenta como uno de tantos elementos de hecho para establecer la norma jurídica, y no como si fueran ellos mismos fuentes de normas. En este sentido, *vid.* DE DIEGO, FELIPE Clemente: “El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el código civil”, *RDP*, 1918, p. 323, discurso leído por D. Felipe Clemente de Diego, en el acto de su recepción en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas el día 13 de octubre de 1918; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Parte general del derecho civil*, t. I, v. 1, Bosch, Barcelona, 1988, p. 195, afirma que los usos sociales son el soporte fáctico de la costumbre, pero carecen de trascendencia jurídica pues su incumplimiento “no acarrea responsabilidad jurídica alguna, sino, a lo sumo, cierta reprobación social”.

⁶⁴⁴ Vid. PEÑA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.

⁶⁴⁵ A no ser que se entendiese el comportamiento del grupo social como la materialización de una declaración de voluntad del mismo, entendida ésta en un sentido totalmente impropio desde la óptica de la técnica jurídica.

que se trata, simplemente, de integrar el contenido de una norma jurídica, delimitando el alcance de unos derechos.⁶⁴⁶

Finalmente, en cuarto lugar, en lo referido a la inseguridad que puede provocar este criterio delimitador, que ha llevado a algunos autores a preferir la aplicación del canon hermenéutico de la realidad social, debemos señalar que si se considera inseguro el criterio de los usos, mayor inseguridad reportaría el de la realidad social puesto que es todavía más amplio, en cualquier caso, debemos apresurarnos a señalar que no creemos que sea ése el efecto que produzca, sino al contrario.

Desde nuestra óptica, el parámetro jurídico de los usos sociales no descarta la aplicación de otros criterios como, por ejemplo, el canon hermenéutico de la “realidad social” recogido en el art. 3.1 CCE,⁶⁴⁷ pues su utilización puede ser de provecho en la ponderación de las circunstancias que concurran en los concretos conflictos que surjan en el ejercicio de estos derechos y, además, no existen razones que excluyan su ponderación como norma de derecho común, en virtud del art. 4.3 CCE. A nuestro juicio, si el legislador ha apelado a los usos sociales lo ha hecho en aras a delimitar de una manera más precisa la parcela de realidad social que ha de tenerse en cuenta, pues, en definitiva, los usos sociales sólo tienen sentido en el contexto más amplio de la realidad social.⁶⁴⁸

Pero es que además, si atendemos a la entidad de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, es la relatividad de su contenido, y sus circunstancias de lugar, tiempo y personas la que le dan su plena integración conceptual. Resulta indiscutible la procedencia y utilidad del canon hermenéutico de la realidad social. En conclusión, los usos sociales permiten valorar una concreta parcela de la realidad social, la más tangible, esto es, la relativa a las conductas o comportamientos del grupo social al que se destina la norma, junto a otros aspectos de esa misma realidad que se sitúan en un plano más elevado como son, la escala de valores del individuo, la ideología, o las creencias personales. Nos merece una valoración positiva la introducción de los usos sociales como criterio que auxilia a la ley a la hora de delimitar su ámbito de protección,

⁶⁴⁶ En otras ocasiones tales usos se utilizan para delimitar el alcance de una obligación, vgr. arts.1555 y 1894 CCE.

⁶⁴⁷ Así puede inferirse de lo afirmado por PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL: *Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del Artículo 3.1 del Código Civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994, p. 69, explica que el canon hermenéutico de la realidad social al igual que los otros cánones, recogidos en el art. 3.1 CCE, no excluyen la aplicación otros elementos interpretativos.

⁶⁴⁸ Es más, en algunas Sentencias, el adjetivo “sociales” se refiere conjuntamente a la realidad y a los usos, vgr. la STS de 25 marzo 1993 esto (art. 2237), fj. 4º señala que la conducta enjuiciada se ajusta perfectamente a “la realidad y a los usos sociales”.

puesto que su ponderación permite alcanzar soluciones más acordes con la tutela demandada por esta categoría de derechos.

Con respecto a los actos propios, debemos expresar que no existe un concepto *prima facie* de lo que ha de entenderse por los propios actos del sujeto titular del derecho. En tal sentido, conviene poner en relación el art. 2.1 de la LO 1/82, con el texto de la exposición de motivos en el que se nos dice que, además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, “resulta razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y el uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la Sociedad y por el propio concepto que cada persona, según sus actos propios, mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento”.

A tenor de lo expuesto, todo parece apuntar a que la cuestión del ámbito de protección de estos derechos es resuelta en la LO 1/82 en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de circunstancias variables según el tiempo y las personas.⁶⁴⁹ En tal sentido cabe, en primer lugar, cuestionarse la adecuación o no de tal remisión dentro del contexto de la propia LO 1/82 y, en segundo lugar, se hace necesario delimitar su alcance, para saber, en definitiva, cuál es el significado de la expresión “actos propios”.

Por lo que respecta a la primera cuestión planteada, hemos de reconocer que, desde una perspectiva de justicia material, aun a pesar de su aparente falta de concreción, nos parece adecuada su inclusión, que evidencia el reconocimiento del legislador de las limitaciones y dificultades que entraña la relatividad del contenido de los derechos de la personalidad, puesto que su ponderación, junto con los usos sociales, permite llegar a soluciones más satisfactorias para la protección demandada por esta categoría de derechos, al tiempo que posibilita la obtención de resultados más acordes con las expectativas creadas por las personas cuyos derechos resulten efectivamente lesionados, y la consecución de la ansiada armonía entre las necesidades sociales y las soluciones brindadas por el ordenamiento jurídico, más allá del transcurso del tiempo.

Por otro lado una adecuada interpretación de este criterio ha de pasar necesariamente por el respeto de un valor esencial como es la seguridad jurídica, que impone la protección de la

⁶⁴⁹ Precisamente por este motivo, a simple título ilustrativo, se recogen al final de la exposición algunos pronunciamientos en los que ha sido de aplicación este criterio.

aparición creada, en este caso, por la conducta del titular del derecho. En tal sentido, consideramos que el significado configurativo del comportamiento no puede referirse a la voluntad exclusiva del agente, sino que deberá procederse de la forma más objetiva posible y, en consecuencia, valorar si ese comportamiento ha podido razonablemente crear la confianza en los terceros de un determinado ámbito de exclusión. En cualquier caso, debemos precisar que no se trata de analizar aquí si la conducta encierra o no un consentimiento presunto a las intromisiones,⁶⁵⁰ sino de delimitar cuál es el concreto ámbito susceptible de protección.

Todo ello sin perjuicio, claro está, de que el círculo protegible, resultante de la aplicación de tal criterio, pueda ser ampliado o restringido como consecuencia de la adopción de una nueva conducta, puesto que la protección de la confianza a los terceros, esto es, la seguridad jurídica a la que hemos hecho alusión, sólo impide la relevancia frente a dichas personas de los cambios bruscos de comportamiento.⁶⁵¹ Así la valoración positiva de este parámetro jurídico depende, en cierto modo, de una interpretación objetiva.

No obstante, nuestra opinión difiere de muchos autores que han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. Así, DE LA VÁLGOMA sostiene que aun siendo partidaria de

⁶⁵⁰ Consentimiento presunto, que dicho sea de paso, no es posible teniendo en cuenta las prescripciones legislativas de la LO 1/82, y sí es posible al amparo de la LO 5/1992.

⁶⁵¹ En este sentido, DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, *Sistema...*, cit., p. 357. Afirman que “puede resultar discutible la acogida del criterio de la conducta de la persona para fijar el ámbito de protección legal. Por ejemplo, el hecho de que un personaje popular revele en determinados medios de difusión su vida íntima no tiene que legitimar necesariamente la posterior publicación por otros periodistas de detalles diferentes o autorizar la captación de imágenes y su reproducción posterior. No puede significar que tal persona, por mucha popularidad que tenga, se convierta en pasto necesario de la curiosidad pública, en objeto de ésta. Sin embargo, frente a esta opinión cabe sostener que es más justo el argumento de la necesaria protección de la confianza suscitada en los terceros. Como dijo el Ministro de Justicia D. Pío Cabanillas al presentar en el Congreso para su aprobación la ley que estamos estudiando, quien tolera actos de intromisión en su vida privada, por ejemplo, de forma habitual, suscitando en los terceros la confianza razonable en una determinada configuración personal de su esfera íntima, no puede después sorprendernos exigiendo un respeto como si tal esfera fuera distinta. Esta idea no obstante debe entenderse con las necesarias matizaciones. El principio de protección y de no defraudación de la confianza tiende a evitar el perjuicio de terceros ante cambios bruscos en la configuración personal de la intimidad, pero no impide que la persona dibuje a partir de determinado momento un perfil distinto de su esfera privada ni que las intromisiones queden legitimadas para siempre”. Asimismo, GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL, “El derecho a la ...”, cit., p. 221 señala que “llegue un momento en que tal persona rectifique, vuelva atrás de su exhibicionismo y ansia de popularidad y, haciendo uso de una suerte de facultad de arrepentimiento decida hacer valer su d.p.i. que nunca abandonó -por ser irrenunciable- por más que lo tuviese relegado al ostracismo”, en ese supuesto, sigue diciendo este autor, “lo que probablemente ocurrirá es que aquellos antecedentes permisivos y aún quizá -como hemos dicho- estimulantes de las intromisiones pasadas, quizá operen, eso sí, a manera de circunstancias atenuantes en el ánimo del juzgador, al menos en una primera fase temporal tras el cambio de actitud del efigiado, si dicho cambio resulta firme”. Por su parte, SOLOZÁBAL ECHAVARRIA, JUAN JOSÉ, “Libertad de expresión y derecho a la intimidad...”, cit., p. 65, reitera la necesidad de evitar el perjuicio de terceros ante cambios bruscos de comportamiento. En términos semejantes se pronuncia la declaración del Consejo de Europa de 23 de enero de 1970, que establece que no pueden prevalecer del derecho a la protección de la vida privada, las personas que por sus propias actitudes han provocado la indiscreción de las que ellas vendrían a quejarse ulteriormente.

potenciar la autonomía de la voluntad, “el grado de subjetivismo al que llega este artículo es inadmisibles, sobre todo por la inseguridad jurídica que produce y por la arbitrariedad con que pueden estar teñidas estas decisiones”⁶⁵² y critica, asimismo, la falta de claridad, por cuanto no sabe “si es la voluntad o la conducta la que determina el ámbito, es decir si la decisión con respecto al ámbito-la tiene la persona o la familia como tal”⁶⁵³ todo lo cual le lleva a concluir que “la protección no debe dejarse a criterios subjetivos y debe otorgarse cualesquiera que fueren los actos de las personas en su esfera privada ya que la ley debe proteger a todos por igual evitando así los distintos criterios y tratamientos jurídicos basados en diferentes consideraciones morales”.⁶⁵⁴

En consecuencia, con la alusión a los actos propios de cada persona, lo que se pretende desarrollar o justificar es el ejercicio de un derecho tan fundamental como es la libertad. Asimismo, argüir como crítica la potencial vulneración del principio de igualdad nos parece un argumento refutable, porque entendemos que este principio no se pone en peligro toda vez que la ecuación identidad de criterios/ igualdad en la protección no es unívoca, y toda desigualdad no implica necesariamente discriminación, tal como puso de relieve en su día el TC.⁶⁵⁵ Pero es que además, como ya apuntamos a propósito de los "usos sociales", el que sean los tribunales, mediante un análisis ponderado de las circunstancias, los que delimiten la esfera de protección no pone en peligro la efectividad de tales derechos, antes al contrario, se revela como el principal órgano tuitivo de los mismos.

Por lo que respecta al alcance del criterio de los propios actos, creemos oportuno analizarla desde dos perspectivas diferentes. La primera, es la relativa a su posible virtualidad respecto de todos y cada uno los derechos que se protegen en la LO 1/82, la segunda, se refiere a su relación con los demás criterios delimitadores. Desde el primer punto de vista, consideramos que el criterio relativo a la conducta del titular del derecho debe tenerse en cuenta con relación a cualquiera de los tres derechos que se protegen en la LO 1/82, si tenemos en cuenta que el tenor literal del art. 2.1 no permite hacer distinciones, pues lo configura sin ambages cómo elemento delimitador aplicable a todos los derechos objeto de su protección. Entendemos que el criterio de los propios

⁶⁵² DE LA VÁLGOMA, MARÍA, *op. cit.*, p. 663. En un sentido semejante, MONTES, VICENTE LUIS: “Los derechos fundamentales”, en *Derecho Civil. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995, p. 289, para quien tampoco resulta convincente el criterio de los propios actos.

⁶⁵³ *Ibidem.*

⁶⁵⁴ *Ibidem.*

⁶⁵⁵ Vgr. STC 22/81 de 5 de julio, fj. 3º, BOE, núm. 172 de 20. de julio; 49/1982 de 14 de julio, fj. 2º, BOE, núm. 185 de 4 de agosto. Con relación al principio de igualdad es interesante la crítica hecha por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: “Comentario a la STC 144/1988”, en *CCJC*, núm. 17, 1988, pp. 707-717, relativa al cambio de doctrina del Tribunal Constitucional debido a su carácter más restrictivo.

actos es útil, con carácter general, en orden a dilucidar por ejemplo, si el sujeto titular del derecho es un personaje público o, por el contrario, se trata de un simple particular, supliendo así la falta de concreción de la ley o vgr. si la intromisión es deshonrosa o no según que el sujeto suela exhibir o no el comportamiento que es objeto de una presunta lesión de su derecho al honor.⁶⁵⁶

Es por ello que, en esta cuestión, discrepamos de la opinión de GITRAMA GONZÁLEZ, para quien el criterio de la propia conducta del titular sólo es relevante respecto del derecho a la intimidad por considerarlo difícilmente conciliable “con el derecho inalienable e irrenunciable que tiene cada persona sobre su imagen”.⁶⁵⁷ En cuanto a la relación del criterio de los “propios actos” con los demás criterios legales delimitadores del ámbito de protección, consideramos que no están en situación, de igualdad, puesto que, como se desprende de la exposición de motivos⁶⁵⁸ los usos sociales y los propios actos tienen carácter subsidiario respecto de la ley y, a su vez, los propios actos están por encima de los usos sociales, como así lo demuestra también la experiencia a la hora de delimitar el ámbito de protección en un supuesto determinado.

Se infiere, por lo tanto, cómo los propios actos del titular de estos derechos suponen un límite del alcance del derecho mismo. Por cuanto mayor sea el grado de permisividad otorgado por su comportamiento, mayores serán las posibilidades de que las intromisiones sean consideradas legítimas.

⁶⁵⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Libertad de Expresión...*, cit., p. 265 y ss., manifiesta que tal criterio tiene importancia en cuanto una persona puede tener una vida de proyección pública o una vida más o menos retirada. En un sentido semejante se manifiesta PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos...*, t. II, v. 3, cit., p. 246, cuando afirma que “no hay duda que la referencia que la ley hace a los propios actos de cada persona, como delimitadores de lo que cada uno se reserva para su intimidad, permite diferenciar el total respeto que se debe a un particular anónimo o poco conocido y las posibilidades más amplias de publicidad que pueda considerarse admitida por los personajes públicos”.

⁶⁵⁷ GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL, “*El derecho a la...*”, cit., p. 221.

⁶⁵⁸ En esta línea CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO: “Reflexiones sobre...”, cit., p.1250 y ss. apuesta por una interpretación restrictiva operando como indica la exposición de motivos a modo de pauta orientativa, intentando evitar por esta vía que se renuncie al derecho al honor, o a la intimidad, renuncia totalmente prohibida por el art.1.3°.

CAPÍTULO IV

IMPUTACIÓN OBJETIVA: APARIENCIAS Y MITOS

SUMARIO. 4.1 INTRODUCCIÓN. 4.2. LOS FUNDAMENTOS SUBJETIVISTAS: ALGUNAS PROVOCACIONES. 4.2.1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y TELEOLÓGICOS. 4.2.1.1 LA CRISIS DE LA PRENSA LIBERAL Y EL AUGE DE LA PRENSA COMERCIAL. 4.2.1.2 MUTACIÓN DE LA FINALIDAD. 4.2.2 FUNDAMENTOS SOCIOLÓGICOS. EL PODER DE LOS MMC. 4.2.3 FUNDAMENTOS ECONÓMICOS. 4.2.3.1 EL RIESGO EMPRESARIAL. 4.2.3.2 EL CONSUMIDOR DE INFORMACIÓN. 4.2.4 FUNDAMENTO JURÍDICO. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN.

4.1 INTRODUCCIÓN

Las apariencias y mitos que han servido de argumentos para sustentar la aplicación de un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad, por sobre un criterio objetivo, han impedido una solución más ajustada a nuestra realidad social, fundados en un análisis profundo de los art. 18 y 20 CE y la LO 1/82.

Desde nuestra óptica entendemos, sin soberbia intelectual alguna, que la entidad de los fundamentos dados por los que sostienen una teoría subjetiva de atribución de responsabilidad, han generado espejismos, mitos y apariencias que han funcionado como obstáculos respecto las consecuencias verdaderas de la aplicación de un criterio objetivo, generando temor jurídico por las consecuencias económicamente negativas sobre la actividad. Actualmente los MMC son mega empresas con línea editoriales fundadas en interese económicos y políticos dejando de lado sus génesis de base altruista y formadora de la opinión pública.

Creemos que la interpretación que se pretende dar a la LO 1/82, resulta incompatible a nuestro sistema social y cultural, gestando relaciones asimétricas entre los individuos y los MMC, la que profundiza la vulnerabilidad entre los sujetos en conflicto y sus derechos. Lo paradójico es que se aplica un criterio subjetivo de imputación, cuando en la práctica los *elementos determinantes de atribución de responsabilidad*, funcionan como verdaderos rectores en la atribución de responsabilidad; y estos son externos a la conducta del profesional de la información. En este sentido, la conducta del profesional de la información no es determinante a la hora de la atribución de responsabilidad. **Los que defienden un criterio subjetivo de responsabilidad por la actividad que desarrollan los MMC, miran la conducta del profesional de la información, mientras que para los que sostenemos un criterio objetivo, lo fundamental es la persona, su dignidad y el daño mismo.**

Entendemos que la realidad de cada época perfecciona el espíritu remanente de las instituciones, y descubre aspectos no contemplados con anterioridad. Por ello vamos a procurar abordar el objeto de atribución de responsabilidad de los daños al honor, la intimidad y la propia imagen, considerando, como hipótesis de trabajo, la procedencia de un criterio objetivo determinante de atribución, en contraposición a lo que sostiene gran parte de la doctrina. Nuestra postura funda su hipótesis en un criterio objetivo y entendemos que sostener la aplicación de un criterio de base subjetivo, claramente más beneficioso para los MMC, constituye un negación flagrante a lo prescripto por la LO 1/82, entre otros argumentos.

Primeramente y como fundamentos de nuestra postura, expondremos algunas argumentaciones críticas a lo que denominamos provocaciones, a efectos de ir repensando algunas respuestas; ante una realidad social totalmente antagónica a la que vio nacer el derecho a la libertad de expresión e información, impregnado en la CE de 1978. Todo ello con el objeto de encontrar respuestas actuales imbuidas de pragmatismo y justicia material, ante los posibles daños que pueden surgir de la actividad y de la modalidad en como desarrollan su función actualmente los MMC.

4.2 LOS FUNDAMENTOS SUBJETIVISTAS: ALGUNAS PROVOCACIONES

Las respuestas innovadoras resultan necesarias en el proceso de evolución del derecho, como instrumento al servicio de la sociedad. Muchas veces esas respuestas se hacen esperar involuntariamente, aunque otras veces, el estancamiento es producto de la consciente voluntad del juzgador o simplemente producto del deslumbramiento artificial de espejismos jurídicos, los que a corta distancia no superarían ningún argumento de sustentación, provocando un estancamiento jurídico, inapropiado a una nueva realidad jurídica completamente dinámica y fluctuante.⁶⁵⁹

Como adelantamos en anteriormente, el criterio subjetivista como fundamento de la responsabilidad por daños al honor, la intimidad y la propia imagen en conflicto con la libertad de expresión e información, resultaría a todas luces carente de sustento no solo jurídico, sino también de todos aquellos elementos sobre lo que la doctrina y la jurisprudencia a lo largo del tiempo se ha servido a la hora de ponderar las virtudes de la aplicación de un criterio subjetivo, en contraposición a los aspectos negativos que resultarían de la aplicación de un criterio objetivo.

Los fundamentos que dan fundamento a un criterio subjetivo de responsabilidad encuentran sustento fundamentalmente en elementos externos y ajenos a los criterios básico de la responsabilidad, anestesiando la realidad, profundizando los criterios de asimetría entre partes y esencialmente lo que prescribe la CE y L LO 1/82.

4.2.1 FUNDAMENTOS HISTÓRICOS Y TELEOLÓGICOS

⁶⁵⁹ HOFER, PAUL ALFREDO: “Responsabilidad del estado en la registración de los nombres de dominios. Comisión por omisión”, Ponencia presentada en III Congreso Nacional de Derecho Público, 2000.

Es necesario hacer un poco de historia, a efectos de desentrañar los argumentos fácticos y jurídicos de sustentación, que impiden innovaciones en la materia, alimentando el mito con respecto a las consecuencias negativas de la aplicación de un criterio objetivo de atribución de responsabilidad.

Debemos entender que la hermenéutica, a la cual hacemos alusión, respecto de la protección a la actividad de informar por sobre otros derechos, tenía su razón de ser en el iusnaturalismo racional del siglo XIX. En aquellos tiempos, el negocio de la prensa era costoso y en algunos casos hasta ruinoso, considerando que solo tenía acceso a ello, la clase burguesa político intelectual, el resto de la población no tenía acceso a ella, debido al analfabetismo y al desinterés en los asuntos públicos. Por ello cabe notar que el factor económico era determinante en aquel histórico derecho, por tanto la amplitud y privilegios de este derecho, debían constituir un incentivo a una actividad floreciente. Esto se traducía en una serie de privilegios a una actividad incipiente y necesaria en aquel momento. Así, el sujeto activo de la información era determinante y casi nulo el receptor de la información. Con un sistema de reparación limitada del daño; lo que devenía en un deber de conducta más ética o deontológica que jurídica por parte del informador.⁶⁶⁰

Con el advenimiento de la II Guerra Mundial, y debido a la falta y tergiversación de la información, se produce un cambio en el elemento primario de la información. Se pasa de la primacía del sujeto activo, a la supremacía del sujeto pasivo o receptor de la información. Siendo en éste, donde reside el derecho a estar informado, y el emisor o profesional de la información se debe a ellos; considerando que la información que el sujeto obtenga, tanto individual como colectiva, dependerá el ejercicio de innumerables derechos y decisiones. Asimismo este derecho se encumbró como garantizador de un estado democrático, condición necesaria no solo como garantía individual sino también colectiva, constituyéndose como un pilar fundamental de control de los actos del estado.

En esta línea la faz histórico-económica de este derecho ha mutado considerablemente, transformando notablemente su fisionomía y los elementos que le dieron origen. Así la prensa de estar en manos de una elite política intelectual, que administraba un pequeño negocio familiar, se

⁶⁶⁰ PIZARRO, RAMÓN DANIEL: “Detrás de las noticias. Acerca de la prevención del daño derivado de la actividad de los medios masivos de comunicación”, en *Responsabilidad por daños* en homenaje a Jorge Bustamante Alsina, t II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 50.

transformó en grandes empresas o multimédios,⁶⁶¹ que en muchos casos llegan a monopolizar la actividad empresarial de la información con los inminentes peligros que ello acarrea en un estado de derecho. Se pasa de la prensa liberal a la prensa comercial.

Así entendemos que los argumentos que dieron origen a una protección superlativa han desaparecido. En este sentido los fundamentos teleológicos que fundaron su esencia y nacimiento, se han transformado pasando una actividad con transcendencia sectorial y clasista, a una actividad con repercusión masiva y de incidencia fundamental para el sistema social, político y económico dentro del estado democrático.⁶⁶²

4.2.1.1 LA CRISIS DE LA PRENSA LIBERAL Y EL AUGE DE LA PRENSA COMERCIAL

4.2.1.2 LA MUTACIÓN DE LA FINALIDAD

Creemos que el argumento filosófico, social, político y económico ha mutado de tal manera, que actualmente se mantiene como un argumento de museo y desfasado en el tiempo. Por ello creemos que al variar las condiciones sustanciales que dieron origen a una protección privilegiada de la prensa, resulta necesario adaptar la hermenéutica jurídica a la nueva realidad de este derecho fundamental. Por lo tanto entendemos que el criterio o concepción que debe primar en la actualidad, ya no es el racional-liberal, sino el ético-social, que es, donde la prensa en la actualidad encuentra su verdadero sentido. No negamos el valor y la función social de la prensa, en el desarrollo de la libertad de expresión-información, pero no podemos seguir fundando su primacía en argumentos parcialmente anacrónicos para la resolución de conflictos, debilitando

⁶⁶¹ Debemos apuntar que este proceso de incremento de beneficios sobre la actividad que desarrolla los MMC se vieron generados por el aumento de la alfabetización, el interés por las cuestiones públicas, la tecnología en la comunicación, el incremento y expansión del sufragio.

⁶⁶² Resulta indiscutible que en la sociedad mediática de nuestros días los medios de comunicación no tienen la misma influencia, ni tienen la misma regulación legal. Pues si bien es cierto que cuando nuestra CNA utiliza la palabra prensa y uno de sus más lúcidos exégetas -Joaquín V. González- nos aclara: Que la palabra prensa comprende todas las formas de exteriorizar y poner en conocimiento del público ideas, opiniones, consejos y hechos, ya se presenten en libros, periódicos, hojas sueltas, etc., no debe olvidarse que su clásico manual lo escribe en 1910, y es luego cuando se opera la formidable transformación cualitativa en la que tanto influyen los nuevos medios -cine, radio, televisión, computación y otros instrumentos audiovisuales-, no hay duda, pues, que ahora no se los puede equiparar. ¿Cómo puede negarse el peso social que hoy tiene, por ejemplo, la televisión? Tanta es su influencia, que uno de los más agudos politólogos contemporáneos, el profesor italiano GIOVANNI SARTORI, cree que ya estamos en la era de la tele política. Si esto es así, ¿tiene la misma repercusión un programa periodístico televisivo -con el poder de la imagen- que una audición de radio -que también penetra en los hogares y se difunde y se escucha masivamente- o que una nota de un diario? ¿Lo escrito en un libro -meditado, revisado y luego guardado en el anaquele de las bibliotecas- es lo mismo que lo difundido en los otros medios? ¿Las imágenes de una película, que igualmente, se conservan en las cinematecas, son acaso equiparables a todo lo anterior? En este sentido mientras cualquier habitante de la nación puede fundar un diario amparado taxativamente por la CNA -arts. 14 y 32-, nadie puede instalar una radio, ni una estación de televisión, sin antes haber ganado la licitación por las respectivas ondas, y una vez en el aire, estará sujeto a innumerables regulaciones legales. Estos son en realidad los medios de difusión legalmente reglamentados de que nos habla el Pacto de San José de Costa Rica, lo que no sucede, reiteramos con los diarios y revistas.

derechos, acentuando las relaciones asimétricas y omitiendo la responsabilidad en la reparación del daño, lo que se traduce en una tercerización injusta del mismo.

Al referirnos al argumento teleológico u objeto de la prensa, destacamos que esta estaba compuesta en un principio por la exposición de ideas y opiniones políticas y científicas. Con el transcurso del tiempo, transforma su contexto hacia una prensa de información, ya no sólo de las actuaciones del estado, sino absolutamente de todo, hasta de aquello que no tiene trascendencia pública o que no incide en cuestiones de estado. Por lo que su finalidad de tutela, contralor o limitadora de los actos y poderes del estado, formadora verdadera de la opinión pública, ha quedado menguada a un ámbito muy inferior, respecto de otros aspectos que nada tienen que ver con las cuestiones públicas. Transformando no sólo su finalidad ejecutiva o de acción, sino también su finalidad social por una económica o comercial, lo que ha transformado su esencia naciente de libertad de prensa por libertad de empresa.⁶⁶³

Así también el argumento político, de publicidad o de transparencia de los actos de gobierno, ha ido disminuyendo parcialmente en entidad con el tiempo, atento al cambio social de intereses. Pues hoy los sujetos están más interesados por cuestiones poco relevantes carentes de entidad pública como dijimos anteriormente. El sujeto receptor se ha convertido en el titular efectivo del derecho a estar informado, siendo esta una garantía infranqueable del sujeto. Por ello cualquier sujeto que vea afectado su derecho podría constituirse a efectos de peticionar por la tutela de su derecho, con legitimación activa efectiva.⁶⁶⁴

Por último, debemos considerar la transformación económica sustancial que han experimentado los medios de comunicación, pasando de pequeños negocios de clase burguesa, como manifestamos anteriormente, a grandes grupos económicos que monopolizan los medios en

⁶⁶³ Entendemos que si aplicáramos criterios idénticos para casos similares resultaría un atropello a la reparación, lo que genera un absurdo de tercerización de daños de forma inaudita. Así aplicando el criterio que utilizan los defensores de un criterio subjetivo de sobreprotección sobre los MMC, para otras situaciones, resultaría absurdo. Así, podría servir de ejemplo o paralelismo el caso de un accidente entre un vehículo particular y el vehículo del cuerpo de bomberos, pues estos estarían protegidos en su responsabilidad por la preeminencia del derecho a la vida, situación que resultaría a todas luces arbitraria y contraria a derecho.

⁶⁶⁴ Entendemos que en la actualidad una información falsa o errónea, no sólo puede causar daño al sujeto aludido, sino también genera un daño a toda la sociedad, que ve afectado su derecho a recibir información veraz, y esta situación genera consecuencias dañosas, respecto a la formación de una opinión pública formada y veraz. Más aún desde nuestro punto de vista, cuando dicha información carente de veracidad distorsiona la opinión pública, lo que implicaría en términos de competencia, genera una distorsión del mercado de ideas y de la opinión pública, con las consecuencias respecto a la toma de decisiones para una sociedad democrática y pluralista.

muchos casos⁶⁶⁵. Por ello el negocio de la prensa, como cualquier otra empresa busca la maximización de los recursos y las ganancias. Y para ello necesita un mayor número de lectores y publicar lo que a ese porcentaje de lectores les agrade o quiera comprar, dejando en segundo plano muchas veces la verdad, exactitud u objetividad de la información.

4.2.2 FUNDAMENTOS SOCIOLOGICOS. EL PODER DE LOS MMC

Es innegable el poder de los medios masivos de comunicación en la opinión pública,⁶⁶⁶ cuya influencia impacta de forma directa en la vida social. Nadie desconoce actualmente el poder social gravitante de los medios de comunicación, a tal punto que en vez de hablar del cuarto poder, BIDART CAMPOS alegó que deberíamos decir que es el primero, porque antecede a los otros tres clásicos de la estructura gubernamental.⁶⁶⁷ Es una realidad irrefutable la dimensión que revisten los medios, pues ha quedado en el recuerdo aquel periodismo otrora independiente y desinteresado, por la arrasadora magnitud de las empresas propietarias de multimedios que manejan intereses de todo tipo que orientan y forman opiniones en la sociedad.

Los medios “constituyen fundamentalmente una industria, cuya mercancía es precisamente la información por eso debe estar sujeta a las leyes de producción mercantil”.⁶⁶⁸ *Ello nos convence de que el objetivo de aquéllos, más que defender la libertad de prensa, es proteger la libertad de empresa, muchas veces con pase libre a la difamación, enmascarado en la libertad de expresión e información.*⁶⁶⁹

⁶⁶⁵ La situación de conglomerado económico de los MMC, en pocas o una mano, suscita un gran peligro no sólo por la libertad de prensa, sino porque los mismos constituyen una poderosa arma de persuasión y presión que puede ser utilizada en pos de un beneficio privado político o económico.

⁶⁶⁶ Entendemos por opinión pública siguiendo a NEWMAN ELIZABETH; *La espiral del silencio*, Paidós, Madrid 1995. dos aspectos. A).- Como racionalidad que contribuye a la formación y decisión de la opinión en un sistema de participación. B).- Como elemento de control, integración y garantizadora de un nivel de consenso suficiente, donde se asienten las acciones y decisiones. La autora destaca el poder y la importancia de la opinión pública en el accionar de los individuos inmerso en la sociedad. A través de un estudio de campo, expone los cambios que se producen en el individuo en su opinión y pensamiento (veraz y cierto) por la opinión de la mayoría (erróneo) sólo fundado en el temor al aislamiento o desaprobación del grupo a que pertenece. Lo que demuestra la influencia de la opinión de la mayoría, hasta el punto de anular el libre pensamiento. *Lo que se concreta en la mayoría de los casos de manera inconsciente, lo que es más peligroso aun (las cursivas son nuestras).*

⁶⁶⁷ BIDART CAMPOS, GERMÁN: “Medios de comunicación en la democracia: libertad de expresión, empresa, poder social, proyección institucional”, *Revista doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, año 1, núm. 1, enero de 2000, p. 6.

⁶⁶⁸ ZANNONI, EDUARDO Y BÍSCARO, BEATRIZ R: *Responsabilidad en los medios de prensa*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 34 y ss.

⁶⁶⁹ La cursiva es nuestra.

Por ello entendemos que ante tamaño poder, debe corresponder una mayor exigibilidad de controles, un mejoramiento de las garantías y una acentuación de las responsabilidades, es decir, “a más poder, más control, mejores garantías y mayor responsabilidad a mayor profesionalidad”.⁶⁷⁰

En esa inteligencia, y parafraseando a MERCADO LUNA,⁶⁷¹ podemos afirmar que los “medios de comunicación no son sujetos activos de la libertad de prensa, sino industrias comerciales cuya mercancía es la información, opiniones y comentarios, sujetos a las leyes de producción mercantil y criterios bases de responsabilidad.”

Actualmente cualquiera que tuviera la oportunidad de realizar un ejercicio diario y cotidiano, pero muy simple como es leer los periódicos nacionales más importantes de España tendrá la impresión que existen tres países diferentes o que los periódicos pertenecen a países diferentes. Esto resulta por una cuestión muy simple, la realidad está condicionada por la actividad de edición y está a la vez por los intereses económicos y políticos de posicionamiento, producto de una actividad empresarial muy lucrativa como es la que desarrollan los MMC. Ya expresaba JAMES MADISON *“La razón humana, es como el propio hombre, tímida y precavida cuando se la deja sola y adquiere fortaleza y confianza en proporción al número de personas con las que está asociada”*.⁶⁷² Por lo que entendemos que el poder de cohesión de la mayoría constituye un elemento de trascendental importancia en la dirección de la conducta y el pensamiento.⁶⁷³

La globalización económica e ideológica, la transición de la *sociedad de información* a la *sociedad del conocimiento*, la integración del mundo a través de la integración universal de los MMC, han desarrollado un crecimiento y poder incontenible en las últimas décadas, y esto abre el camino para un gran reto añadido en el siglo XXI para la resolución de los conflictos de la aplicación de las responsabilidades en materia de daños en este ámbito: *“las nuevas formas que cobran la libertad de expresión e información y su relación con otros derechos de idéntica*

⁶⁷⁰ VANOSSI, JORGE R: “El hábeas data: no puede ni debe contraerse a la libertad de los medios de prensa”, ED 159-948; Vid. BOTANA, NATALIO R: “El periodismo responsable”, diario La Nación del 9/6/2002, secc. 7, p. 4, expresa: “No hay peor tentación para el periodismo que funcionar en el vacío, sabiendo que no tiene límites y que la sanción legítima no lo amenaza”.

⁶⁷¹ MERCADO LUNA, RICARDO: “Los medios no son sujetos activos de la libertad de prensa”, JA 2004-I-810.

⁶⁷² ALEXANDER HAMILTON-JAMES MADISON-JOHN JAY: *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 1961, 341.

⁶⁷³ Ya manifestaba en sus frases célebres RAÚL SCALABRINI ORTIZ: “La prensa es actualmente el arma más eficaz de dominación. Es un arma traidora como el estilete que hiere sin dejar huella. Un libro permanece, está en su anaquel para que confrontemos y ratifiquemos o denunciemos sus afirmaciones. El diario pasa. Tiene una vida efímera. Pronto se transforma en mantel o envoltorio, pero el espíritu desprevenido del lector va dejando un sedimento cotidiano en que asientan, forzosamente, las opiniones. Las creencias que el diario difunde son irrefutables porque el testimonio desaparece”.

jerarquía”. Esta masificación de la información en la vida social, no solo trastoca, sino que desborda y altera los institutos jurídicos tradicionales, por lo que aparecen los que DIEZ PICAZO ha denominado “institutos jurídicos masificados” y constituyen las respuestas del ordenamiento jurídico frente a las nuevas realidades, tan dinámicas y variables, a las que el derecho debe dar la soluciones pragmáticas, y a las que el derecho de daños no ha permanecido ajeno. Por ello, muchas de las soluciones jurídicas deben escapar a las estructuras clásicas, armonizando intereses contrapuestos y elevando la dignidad de la persona.⁶⁷⁴

El poder de los medios, y la indefensión de los individuos ante el poder que detentan, ya no sólo por su entidad, sino también por la forma en que desarrollan su cometido; siendo la misma, pública, indirecta, unilateral y masiva a diferencia de la relación comunicacional básica entre individuos que es bilateral, privada y directa.

Es tal la intencionalidad que puede impregnarse a una información, que sólo basta con pensar en todos los puntos de vista que podríamos tener de un mismo objeto analizado por personas y formaciones diferentes. Por ello, los profesionales de la información, más allá de la buena fe en la recopilación y publicación de las noticias, resulta inescindible que este impregne en la misma su propia existencia cultural, imbuida de múltiples concepciones, determinando un proceso de selección y difusión de la información muchas veces caprichosa, lo que condiciona o distorsiona la información objetiva. Por ello disentimos con la protección supra sobre los MMC, cuando incumplen su labor social y/o empresarial de informar, confundiendo la libertad de expresión con la libertad de información, lo que lleva de manera deliberada, y en algunos casos con mala fe, a transmitir opiniones personales como si se tratara de informaciones objetivamente contrastadas. Por tanto, eximir de responsabilidad a los MMC, anesthesiando la verdadera atribución de responsabilidad en el mal ejercicio de la libertad expresión e información, y desprotegiendo a las víctimas constituye una violación flagrante a los derechos fundamentales de los individuos y un quiebre caprichoso del sistema de responsabilidad civil que debería imperar para estos casos.

Entendemos que el derecho muchas veces se sirve de ficciones para realizar sus objetivos. Pero estas ficciones, en algunos casos, más que ayudar provoca un estancamiento o un contrasentido en el establecimiento de un pretendido orden social que atenta contra los condicionamientos socioculturales, como elementos de desarrollo jurídico. Ello surge con claridad meridiana cuando profundizamos sobre la responsabilidad del profesional de la información y los

⁶⁷⁴ DIEZ PICAZO, LUIS: *Derecho y masificación*, Cuadernos Civitas, Madrid. 1979, p. 32.

MMC, respecto de los daños que de su actividad pudieren surgir en relación con el honor, la intimidad y la propia imagen.

De esta situación nos preguntamos: ¿Es lógico y lícito, otorgar superpoderes a un sector de la sociedad, justificado esto en una finalidad disfrazada? ¿Es lógica y lícita la indefensión sobre los derechos de las personas anestesiando o menoscabando sus derechos ante el poder que detentan los MMC?

Los interrogantes planteados no resultan de fácil respuesta; ésta la encontraremos a lo largo de esta investigación, pues entendemos que la sociedad, hoy, requiere una inteligente aplicación de los criterios de equilibrio de derechos y responsabilidad, con una identidad pragmática, para afrontar los daños producidos por la actividad que desarrollan los MMC considerando el valor actual de la información y el poder de estos, pero también la vulnerabilidad del honor, la intimidad y la propia imagen, producto de los conflictos de derechos; buscando por sobre todo la protección de la dignidad de las personas, en procura a reducir al máximo las condiciones asimétricas de las relaciones entre los MMC y los individuos. Por ello entendemos que la aplicación inadecuada de criterios subjetivos de atribución de responsabilidad, tendría una incidencia tanto económica como jurídica negativa sobre la sociedad, la que se traduciría en un menoscabo del individuo y el consiguiente traslado de dicha responsabilidad sobre las víctimas o terceros, lo que genera una distorsión en el mercado en el derecho de daños, producto de una distribución injusta en la reparación del mismo.

Las posibilidades que se abren a partir de esta omnipresencia de los MMC en la vida social son tantas, que una nueva ética jurídica reclama una protección más global e imaginativa sobre los derechos de los individuos.⁶⁷⁵ A lo largo de la historia del hombre, la “comunicación siempre ha significado poder”. En la actualidad, se reconocen a los MMC un ascendiente de gran magnitud

⁶⁷⁵ En la actualidad el poder de los MMC no tiene límites, lo que los ha llevado a convertirse en un mecanismo de control, desestabilización y sometimiento. Hoy el concepto de invasión y el de esclavitud no son los mismos. No es necesario invadir un país, ni tampoco poner grilletes en muñecas y tobillos a sus ciudadanos, si podemos reeducar el deseo y convertirlos en consumidores de los MMC, colonizando sus conciencias. Los nuevos colonialismos no obligan al pago de onerosos impuestos, sino que invaden los pensamientos a través de los MMC. En este entorno técnico y político, que definimos como una nueva esfera de comunicación y realidad, se está librando probablemente una de las batallas fundamentales por la libertad de expresión e información. Por ello se hace especialmente relevante hablar de la condición de los derechos contenidos en la declaración del 48 conforme este nuevo entorno, y de los ataques que pueden sufrir a través de las tecnologías de la comunicación y la información.

en los *comportamientos sociales*. Más aún, hoy donde se concibe a la información como un método de *construcción de la realidad*.⁶⁷⁶

Hoy no resulta difícil medir el grado de contaminación en una información, la que se transmite de forma encubierta. En la práctica, sólo los grandes grupos de poder tienen la posibilidad real de acceder de manera constante e influyente a los MMC, por lo que surge con claridad la parcialidad con que se manipulan la información y la tendencia ideológica con las que actúan.

Desde un principio se ha tratado de presentar de forma central la actividad que desarrollan los MMC como una acción-función que contribuye esencialmente a la eficacia y al equilibrio de la sociedad. De esta forma, el sistema no miraría con recelo la relativización de los vectores éticos y jurídicos aplicables a la responsabilidad de los MMC, direccionando los derechos en cuestión en función de un criterio anacrónico y de eficacia operativa a favor de los MMC, que desnaturaliza su dimensión ética y antropológica fundamental. Hace tiempo ya que los MMC dejaron de ser meros intermediarios de la información en beneficio del escenario social, para convertirse en un protagonista interesados dentro del esquema de intereses sociales. En la actualidad, las opiniones de los comunicadores suelen ser un punto de referencia para que la ciudadanía forme un criterio acerca del acontecer diario, lo que coloca a los MMC en posición de privilegio con respecto a los simples mortales.

Los MMC actualmente están organizados en mega empresas, se integran en organizaciones, al igual que otras actividades económicas. Sin embargo, los medios tienen una característica peculiar, su esencia va más allá de la transmisión de datos; ésta reside en la expresión de ideas, que de manera más o menos libre, se comparten a través del espacio público, el que es limitado desde cualquier perspectiva: emisor, receptores, capacidad del medio, entorno, tiempo, espacio, etc. En este aspecto, los receptores nunca llegamos a tener la visión completa y directa de los acontecimientos. En correspondencia, los emisores de noticias tienen que lidiar con las limitaciones que el medio impone para compartir la información. Sin embargo, el impacto de la información mediática sobre los sentidos de los receptores es tal, que tendemos a tomar la información o expresión limitada y acotada por el medio como una “verdad”, y no como un aspecto de una mirada parcializada por muchos elementos.

⁶⁷⁶ GROSSI, GIORGIO: “Informazione e legittimazione”, en *Problemi dell' Informazione*, IX/3, 1984 p. 379.

También como es sabido, el valor de la noticia es mayor en la medida que llegue a mayor cantidad de receptores y con mayor celeridad. Por dicha razón, en palabras de BUSTAMANTE ALSINA,⁶⁷⁷ cuando expresa “*la preocupación de los medios de comunicación social por difundir las noticias anticipándose a otros órganos de divulgación y la avidez del público por ser informado inmediatamente[...] son sin duda la causa de que se lancen a circular noticias que carecen de suficiente sustentación conforme los hechos*”. Por ello muchas veces el tiempo,⁶⁷⁸ en la difusión de la información, con los beneficios que ello conlleva, constituye la combinación perfecta, que da origen a los potenciales daños al honor, a la intimidad o a la propia imagen.

En este sentido, entenderíamos que, no podemos establecer, un principio de buena fe preferente o de presunción de inocencia antojadizo a favor de los medios de comunicación. Considerando además que en materia civil, no existe tal presunción. Asimismo, el hecho que la responsabilidad civil cumpla una función reparadora, y no sancionatoria, no justifica la aplicación de dicha presunción, situación que si podría darse en los punitive damages.⁶⁷⁹

La OCDE, en un informe del comité de gestión pública en junio de 2001, plantea algunas premisas para el desarrollo de la información y la importancia que la misma suscita en una sociedad democrática. La democracia es un régimen de opción y ella no estaría establecida de forma sólida si no estuviera sostenida por un sistema de libre información libre, independiente y honesta, pues la madurez democrática de un país pasa por la riqueza y pluralidad de la información.⁶⁸⁰ Desde esta perspectiva el mal ejercicio de la libertad de información-expresión supone la utilización desleal, desviada y perversa de dicho derecho en perjuicio no sólo de la sociedad en la formación de opinión pública, sino también constituye un ultraje al derecho activo

⁶⁷⁷ BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: “La protección jurídica de la vida privada frente a la actividad del estado y a las modernas técnicas de información” en *Responsabilidad civil y otros estudios*; t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 95.

⁶⁷⁸ La circunstancia que los periodistas cuenten con escaso tiempo para verificar la información, conforme a su contenido y sus fuentes, que en muchos casos no es segura, desde que esta llega a su conocimiento, hasta que se difunde, implica un riesgo potencialmente mayor de generar un daño.

⁶⁷⁹ REGLERO CAMPOS, FERNANDO: “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 98.

⁶⁸⁰ Las nuevas políticas públicas se caracterizan por su estricta neutralidad informativa, independencia y pluralidad informativa. Y cuando en los tiempos presentes el acceso y el control de la información se perfila del modo más claro como un instrumento de poder, la pluralidad, transparencia e independencia en los ejercicios de la información son elementos fundamentales. Como expresamos anteriormente, la información constituye un instrumento de poder incuestionable, razón por la cual creemos y sostenemos que la información tratada de manera parcial que viola todos los elementos deontológicos de la misma constituye un grave daño a la sociedad, tergiversando la opinión pública, el mercado de ideas y opiniones, en términos de competencia y a la estructura democrática.

de recibir información por parte de la persona, en beneficio de intereses particulares y en menoscabo de los intereses objetivos y generales de la sociedad.^{681 682}

Debemos indefectiblemente desmitificar el aura que rodea a la figura de los MMC, como si en ellos recayera una actividad mística hacia la sociedad, sin posibilidad de reproche o de casi imposible atribución de responsabilidad, en pos de la libertad de expresión e información. En este sentido, no podemos consentir la creación de un mundo intermedio o ficticio amparado en un marco de inimputabilidad, fundando un criterio de responsabilidad sobre un código deontológico;⁶⁸³ el que para nada es vinculante, anestesiando el accionar de los MMC, los que escudándose en la libertad de expresión e información encubren una actividad empresarial generadora de riesgos y daños, individuales y sociales.

Sin duda alguna, los MMC han dejado de ser pequeños reductos altruistas de la información y de la libertad de expresión, para convertirse en grandes grupos de poder organizados en mega multimedios, con intereses sociales, económicos y políticos que protegen su desarrollo y hegemonía en el medio social donde están insertos. Por lo que para nosotros resulta poco entendible que actualmente se pretenda una sobreprotección a la actividad de éstos, camuflada en la aplicación de un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad.

4.2.3 FUNDAMENTOS ECONÓMICOS

⁶⁸¹ El ejercicio desleal del derecho la información y expresión constituye un daño directo a las personas víctimas de una información o expresión, generando procesos de daños en algunos casos en términos económicos, como por eje. cuando una información en una revista especializada genera algún rumor mal intencionado que produce una cataclismo económico en una sociedad.

⁶⁸² Recomendamos la lectura el trabajo de CARBAJO CASCON, FERNANDO: *Corrupción Pública, corrupción privada y el derecho privado patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión. en la corrupción en el mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio legis, Salamanca 2004, pp. 127 a 155.

⁶⁸³ Un código de ética no es un reglamento de trabajo; es un conjunto de enunciados que determinan el mejor comportamiento posible por parte de quienes aceptan formar parte de la organización con respecto a las tareas y las personas ante quienes deben responder con su trabajo. En el caso de los MMC los códigos de ética suelen hacer referencia a la naturaleza de la tarea, la responsabilidad social que se tiene como organización, la responsabilidad individual de contar las historias de una manera confiable y la responsabilidad en las relaciones con las personas a quienes afecta la construcción de la noticia: el público, las fuentes, las organizaciones gubernamentales o no-gubernamentales. Los códigos de ética determinan cómo deben actuar las personas que forman parte de la organización; sin embargo, en ocasiones sólo llegan a representar una lista de buenas intenciones. A lo que me refiero es que un código de ética no vale en sí mismo, sólo tiene valor cuando quienes lo han formulado y/o aceptado están dispuestos a conformar su comportamiento de acuerdo a lo que allí se expresa, porque existe la convicción personal de que ésa es la mejor manera de hacer el trabajo. Curiosamente, muchos códigos de ética comienzan por una defensa de la libertad de expresión y la responsabilidad del periodista ante el público y terminan por representar en la realidad una incongruencia ante supuestos “informadores”, que se ajustan más a los intereses de la empresa y responden a su propio narcisismo que a la convicción de prestar un servicio.

Como señalamos anteriormente, las condiciones actuales de los MMC distan mucho de las que les dieron nacimiento en sus orígenes; mutando de una prensa de opinión liberal y en cierto punto elitista, a una prensa comercial de carácter popular o masificado.

Como sabemos, éstas nacieron como pequeñas empresas familiares, con grandes costos de producción, que eran poco redituables como negocio; y por lo tanto, en aquel momento, una sobreprotección privilegiada de este derecho constituía una acción no solo legítima, sino que necesaria para el desarrollo de la actividad y la proyección social de la misma.

Ésta constituía un espacio de desarrollo intelectual, una garantía de contralor y publicidad de los actos del poder público, como también un espacio donde iban surgiendo y conociéndose, aspectos que más tarde constituirían hitos del desarrollo cultural.

En la actualidad, conforme ha evolucionado la comunicación, los negocios de los MMC constituyen grandes conglomerados económicos, donde los costos y beneficios están marcados por normas de mercado, donde los mismos, son encauzados como verdaderas empresas, y en muchos casos multinacionales, que acaparan todo el mercado.⁶⁸⁴ Las que no sólo buscan réditos económicos, sino que buscan poder político y social, como objetivos ineludibles de sus aspiraciones.

Desde el punto de vista económico, podríamos decir que la protección constitucional está fundada en dos aspectos: a).- Evitar el monopolio del estado. b).- Proteger el libre mercado y circulación de ideas.⁶⁸⁵

⁶⁸⁴ Por dar algunos datos podemos enumerar: AOL-Time Warner: posee CNN, Headline News, The Cartoon Network, HBO y Cinemax, PrimeStar (sistema de televisión satelital en los EEUU); 24 revistas incluyendo *Time*, *People* y *Sports Illustrated*; más de 1000 salas de cine fuera de EEUU, etc. El año 1997, la compañía facturó 24 mil millones de dólares.

Disney: Posee la cadena ABC de televisión y radio; diez estaciones de televisión y 21 radio estaciones; los canales de cable Disney Channel, ESPN, ESPN2, ESPNNews; los canales de Lifetime, A & E History; una gran cantidad de estudios de televisión, cine y video entre los cuales están miramax, disney y buena vista. El año 1997, la compañía facturó 24 mil millones de dólares. Bertelsmann : Es el gigante Europeo, posee los canales de televisión alemanes RTL, RTL2, SuperRTL y Vox; canales de tv en Inglaterra, Alemania y Francia; 50 por ciento de CLT-Ufa, con sus 19 canales europeos de Tv y sus 13 estaciones de radio; además de 80 estaciones radio europeas; periódicos y más de 100 revistas, etc. El año 1997, la compañía facturó 15 mil millones de dólares. Viacom: Posee treinta estaciones de TV en EEUU; el 50% de la cadena de Tv norteamericana UPN; los canales por cable MTV, M2, VH1, Nickelodeon, Showtime, TVLand y Paramount Networks; productoras de películas, video y televisión, incluyendo a Paramount Pictures; Blockbuster Video y tiendas de música. El año 1997, la compañía facturó 13 mil millones de dólares. Para mayor profundización sobre la propiedad de los MMC, ver Mac Chesney, Robert; "The Global Media Giant, The nine firm that dominate the World"; Noviembre/Diciembre 1997 en www.fair.org/extra/9711/gmg.html.

⁶⁸⁵ La protección que suscita el mercado de ideas, está fundada parcialmente en la fragilidad que ostentan estas pues no existe protección o derechos de propiedad sobre puras ideas, lo que desalienta la producción de ideas impopulares. Tal escasez se profundizaría aún más, si el estado impone castigos o costes, condenándoles a una desaparición natural, o peor aún, a la ilegalidad o clandestinidad en la producción de las mismas. Por ello la protección debe ser total a todo

Cuando hacemos alusión a la económica de proyección, nos referimos al análisis económico que sirve de argumento de justificación para sustentar una imputación subjetiva, que postulan algunos de los pensamientos utilitaristas del derecho anglosajón. Esta línea de pensamiento está marcadamente sostenida por RICHARD POSNER,⁶⁸⁶ quien fundamenta su postura en el análisis económico del derecho, específicamente en la libre circulación de ideas, proyectando las mismas, en el decantamiento normal que surge del mercado, de aquellas que no sean verdaderas o reales, pensamiento al que suscribe CODERCH.

En la misma línea podemos encontrar la fórmula matemática de tutela o protección, conforme a un resultado de pérdidas y beneficios elaborada por HANS.⁶⁸⁷ Éste expresa que la corte debe preguntarse en cada caso si el peligro de suceso (idea u opinión), menos su improbabilidad justifica la invasión a la libertad de expresión, como necesario para evitar el daño o peligro. La fórmula de negligencia sería $(B < PL)$ donde B es el costo de reducción en el stock de ideas por acción del gobierno y P es la probabilidad de que el daño ocurra y L es el costo social si ello ocurre. Por lo tanto si $B < PL$ se justifica la toma de medidas por parte del estado. Lo que podríamos transformar diciendo que si la del costo en la reducción del stock de ideas (restringir la prensa) es menor que la probabilidad de la acusación del daño por el costo social, es justificada y eficiente la intervención estatal. Esta fórmula podría completarse de la siguiente manera $B < PL (1+i)^n$, donde i, es la tasa de improbabilidad de que el evento suceda y n el número de años hasta que el daño suceda. Por lo tanto cuando más alto sea i y más remoto el daño, menos se justifica la supresión de la idea o expresión.

tipo de ideas. Económicamente hablando las ideas valiosas e impopulares poseen un beneficio externo; lo que queremos decir es que de la misma surge un rédito para la sociedad o algún particular, pero no hay un rédito interno para el creador de la idea. Viene aquí el ejemplo citado por Posner, cuando expresa que el beneficio del voto particular es externo, ya que raramente un voto haría fluctuar una elección, por lo tanto si el valor es ínfimo, para el votante, aun en relación al escaso costo del tiempo que lleva votar. Por lo tanto considerando el escaso valor de la votación para el individuo, este no invertirá tiempo en analizar los candidatos y las opciones, lo que demuestra que la demanda privada de ideas y opiniones es mínima, por lo tanto es un argumento para minimizar los costes de la producción de las ideas y las opiniones. Es por ello que hay razones económicas para proteger el mercado. *Ahora bien, cómo podríamos solucionar este argumento si en vez de hablar de ideas ponemos como ejemplo el daño ocasionado en un accidente de tráfico por una ambulancia o bomberos, los que ofrecen un servicio de trascendental importancia, cuyo derecho protegido es la vida. El estado debería proteger o privilegiar en razón de un beneficio exterior y olvidar el daño a un particular circunstancial.*

⁶⁸⁶ Citado por CODERCH, SALVADOR PABLO, *El mercado...*, cit., sostiene que las ideas, desde el punto de vista económico, se producen como bienes, en grandes cantidades, como productos de un mercado altamente competitivo. Económicamente se puede decir que en dicho mercado impera la idea pragmática, en virtud del cual la idea verdadera o real es la que todos los consumidores quieren comprar. Por lo tanto, en dicho mercado deben circular libremente todo tipo de ideas, hasta aquellas falsas o repulsivas, ya que recortarlas sería distorsionar el mercado.

⁶⁸⁷ HAND, LEARNED, propuesta en el caso *Usa c Dennis 183f2d.201.Us494*.

Los defensores del criterio subjetivista de responsabilidad, como manifestamos anteriormente, sostienen como argumento económico y de proyección social sosteniendo que la aplicación de un criterio objetivo retraería la actividad de los MMC, lo que incidiría en los efectos positivos de la actividad, como generadores de opinión pública y fortalecedora de la democracia. Sin embargo, nos preguntamos a modo de paralelismos si ¿el establecimiento de una responsabilidad objetiva a la circulación de vehículos a motor ha reducido la actividad sobre este rubro? Indudablemente, no. ¿El establecimiento de un criterio de responsabilidad objetiva ha reducido la actividad en la fabricación de medicamentos o de productos? Indudablemente no. Habiendo realizado este paralelismo entre actividades que tienen igual o mayor importancia social, como el derecho a la vida, la salud, la circulación, etc., resulta poco sustentable a nivel conceptual el establecimiento de una sobreprotección a la actividad de los MMC actualmente.

4.2.3.1 EL RIESGO EMPRESARIAL

Como sabemos, y lo hemos afirmado anteriormente, las condiciones económicas de existencia y funcionamiento de los MMC, han experimentado una gran mutación. Por ello, al producirse un cambio en las condiciones económicas sustanciales y determinantes sobre la actividad de los MMC, resulta necesario un replanteamiento de la justificación económica, la que constituye uno de los argumentos más fuertes para sostener un criterio de imputación subjetiva a ultranza.

Modernamente se sostiene que el periodismo es “una profesión injertada en un negocio” el que a gran escala se encuentra “a la cabeza en materia de utilidades”.⁶⁸⁸ Actualmente, los MMC constituyen grandes conglomerados económicos, por lo que la desproporción entre estos y los individuos particulares es a todas luces asimétrica. Aunque embrionariamente, esta última cuestión parece haber sido advertida por los tribunales argentinos: “*los diarios, empresas editoriales, estaciones y cadenas de radio y televisión [...] se han convertido en colosales empresas comerciales frente al individuo*” y, por tanto, “*si grande es la libertad, grande también debe ser la responsabilidad*”.⁶⁸⁹ Imaginemos la situación de ser difamados por el “Times”, que en su próxima tirada difamara a cualquiera de nosotros; ¿se podría competir contra semejante maquinaria? ⁶⁹⁰ Entonces nos preguntamos: ¿Porque aún seguimos protegiendo sobremanera a un

⁶⁸⁸ GOODWIN, EUGENE; *A la Búsqueda de una ética en el periodismo*, Grupo editor Latinoamericano, Buenos Aires, 1990, p. 45.

⁶⁸⁹ CSJNA, E.64.XXIII, “Ekmekdjian, M.A. c/Sofovich, G. y otros”, del 7-VII-1992.

⁶⁹⁰ Sugerimos la lectura del excelente trabajo de GARCÍA OVIEDO, ROMÁN: “*La apología de Sócrates como teoría del rumor*” encontrado en Internet.

sector ampliamente poderoso en recursos? Cómo es posible que actualmente el consumidor en todos los ámbitos de la vida esté protegido contra los perjuicios que pudieren producir los productos y sus fabricantes, fundado en la situación de desequilibrio o asimetría en la relación que existe entre consumidor y comerciante. Pero cuando hacemos alusión a los consumidores de información, esa regla no existe, pretendiendo amparar esta situación en el argumento ya conocido y poco sustentable en lo jurídico.

Muchas veces la insuficiencia normativa, para desalentar algunas prácticas abusivas, las que solo tienden a obtener beneficios económicos a expensas de la dignidad de las personas, y de la desinformación de la opinión pública (aun teniendo que soportar el pago de eventuales indemnizaciones), constituyen acabadas muestras de tal desproporción. Como sucede al ilícito lucrativo, quien contrariando el ordenamiento jurídico, causa un daño a otro, actuando deliberadamente con el propósito de obtener un rédito de esa actividad. Por consiguiente, como sabemos, el instituto de los *punitive damages*⁶⁹¹ no está instalado en el sistema español, y aunque no pretendemos hacer campaña de su aplicación plena,⁶⁹² no podemos desconocer que la ausencia de un instituto análogo, podría facilitar e incentivar a cometer abusos, en consideración a los beneficios económicos que pueden obtener los MMC.⁶⁹³

Como expresamos anteriormente, el análisis económico es el gran argumento de sustentación en la defensa del criterio subjetivista, oculto detrás de una defensa distorsionada de los derechos constitucionales a la libertad de expresión e información. Por ello, considerando las fórmulas aritméticas, que en nada discuto ni pretendo refutar, que las mismas pueden utilizarse

⁶⁹¹ Una de las primeras dificultades con que cuenta la ciencia a la hora del desarrollo de este instituto es su traducción. BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: “Los llamado daños punitivos son extraños a nuestro sistema de responsabilidad civil”, *La Ley*, 1994-B, 860. Destaca las diferencias conceptuales en la traducción, que existen entre el significado de *damage* en singular y *damages* en plural. El primero significa pérdidas o deterioros causados respecto a una persona o de sus bienes, no siendo este el sentido que interesa al tema tratado. El segundo significa la reparación o indemnización debida al damnificado por el autor de la conducta ilícita. Pero esta segunda expresión a la vez tiene dos significados: *compensatory damages* y *exemplary damages*. El primero se refiere simplemente a la reparación del daño causado; el segundo consiste en una sanción que incrementa el resarcimiento con la principal finalidad de castigar. La aclaración del autor coincide con la definición dada por el Oxford Dictionary of Law 2003.

⁶⁹² Resulta interesante el artículo de SALVADOR CODERCH, PABLO: “*Punitive damages*”, publicado en la Revista jurídica electrónica InDret, Universidad Pompeu Fabra, Septiembre 2001.

⁶⁹³ En Argentina la doctrina está dividida respecto a su aplicación. Con el agravante de que quienes sostienen su aplicabilidad no tienen muy clara la aplicación real de dicho instituto considerando las diferencias existentes entre el sistema romanista y el common law. No obstante ello dicho instituto ha sido incorporado al sistema argentino, con la modificación de la ley de consumidores y usuarios a través de la ley 26.361 en su art. 52 bis bajo el concepto de multa civil. El derecho argentino sin desconocer sus bases y fuerte tradición romanista ha venido propugnando la aplicación de este instituto para algunos ámbitos (consumidores y usuarios), más allá de que en el proyecto de unificación del código civil y comercial de 1998 receptaba los daños punitivos bajo el nombre de multa civil en su art. 1587. Actualmente como manifestamos anteriormente el sistema argentino ya incorpora los daños punitivos en su nuevo art. 1714 CCyCA.

perfectamente en la cuantificación del daño, pero no como determinante de atribución de responsabilidad, lo que conllevaría a realizar un uso abusivo e inadecuado de la teoría del análisis económico del derecho, como elemento determinante de atribución de responsabilidad y no como un auxiliar en el derecho de daños. Generando una categoría intermedia entre las causas de justificación, que afectan o anestesian la antijuridicidad y los eximentes de responsabilidad que afectan a los factores de imputación.

Para nuestra concepción del derecho, el mismo no se mide ni se pesa, el derecho fundamenta su esencia en su propia existencia, y no creemos que constituya nuestra concepción jurídica, una regulación jurídico-matemática, pues habría situaciones donde considerando las pérdidas y las ganancias en juego, no cabría atribución de responsabilidad, concepto este al que no adherimos.⁶⁹⁴

Asimismo y adentrándonos en el análisis económico del derecho, consideramos que en la actualidad la teoría matemática de la economía está ampliamente superada.⁶⁹⁵ En la actualidad, está supeditada a múltiples factores imprevisibles; y por ende, una aplicación en función de una fórmula matemática, resulta superflua y errónea en el derecho, específicamente respecto a los factores de atribución.

No podemos seguir sosteniendo un privilegio fundado en un argumento económico precario, cuando el sujeto protegido es ampliamente más poderoso que el receptor o consumidor sujeto de la información. Tampoco podemos sostener, como justificación, un criterio económico, fundado en los elevados costos que son necesarios para profundizar la investigación de la verdad, o el retroceso en el desarrollo de la libertad de prensa, producto de una posible aplicación de un criterio objetivo. No podemos consentir ni anestesiar los fundamentos en un criterio de imputación ultra subjetivista, atenta a que tal situación produce un desequilibrio injustificado y abusivo en sujetos receptores o consumidores de información, no sólo por los argumentos teleológicos ya expuestos, sino por la existencia de pesados argumentos de derecho.

Como dijimos se sostiene que el periodismo es “una profesión injertada en un negocio”⁶⁹⁶ en el que, a diferencia de la mayoría de los negocios, las utilidades no son obtenidas directamente del consumidor o del público, “sino a través e indirectamente de los anuncios, los cuales

⁶⁹⁴ Compartimos la impronta del análisis económico del derecho, como herramienta del derecho, pero no como elemento determinante en la aplicación del factor de atribución o como elemento de justificación de su eficacia.

⁶⁹⁵ WARD, BENJAMÍN; *¿Qué le ocurre a la teoría económica?*, Alianza, Madrid, 1983, p. 22 y ss.

⁶⁹⁶ GOODWIN, EUGENE; *A la Búsqueda...*, *op.cit.*, p. 43.

representan del 60 al 100% de sus entradas”. El consumidor periodístico paga con sus compras. Por otra parte, está muy claro que el negocio periodístico de gran escala se encuentra “a la cabeza en materia de utilidades”, por tanto resulta a todas luces injustificada una protección fortalecida por un criterio subjetivo de responsabilidad.⁶⁹⁷

4.2.3.2 EL CONSUMIDOR DE LA INFORMACIÓN

Como hicimos referencia precedentemente, hoy resulta fundamental replantearse a nivel sociológico y jurídico la posición del receptor de la información y de aquellos que la difunden, adoptando medidas acordes a la protección de los derechos de aquellos que “consumen” la información.

Perece materia pendiente el esclarecimiento sobre si la actividad que desarrollan los MMC respecto de los receptores de información están o no alcanzados por la ley de defensa del consumidor. A primera vista, y teniendo en cuenta la clave interpretativa, podría decirse que los medios sí proveen de *servicios*, en forma profesional y que sus lectores, oyentes o televidentes, son consumidores, pues pagan por ello, directa o indirectamente. Por lo que la respuesta sería afirmativa, aunque el paso necesario en esta dirección no se ha consumado. **Resulta notoria la mutación que ha experimentado el rol de receptor de información que ha pasado de ser un mero sujeto pasivo, a titular de derechos constitucionales, y del cambio producido en una forma de desarrollo de la actividad de los MMC, de una prensa liberal a una comercial.**

La realidad muestra un profundo menosprecio por parte de algunos MMC respecto de los derechos de los consumidores, que se traduce en la emisión de noticias inexactas o falsas, no contrastadas y muchas veces a sabiendas de su inexactitud, motivadas por la rentabilidad económica que esta genera. Esta situación genera el aprovechamiento de una posición de preferencia asimétrica entre los MMC y los consumidores de información.⁶⁹⁸ La finalidad perseguida es atraerlos, venderles el producto, lucrar a expensas de la buena fe y por consiguiente de la situación de desigualdad en que estos se encuentran en el plano iusinformativo.⁶⁹⁹

⁶⁹⁷ *Ibidem* p. 45.

⁶⁹⁸ Sobre el tema ver CLARK, ERIC: *Los creadores del consumo. Destapando la industria de la publicidad: Cómo nos hacen comprar*, Sudamericana, Buenos Aires, 1989, pp. 185-231 y 367 y ss.

⁶⁹⁹ PIZARRO, RAMÓN DANIEL: *Responsabilidad civil de los... cit.*, p. 70. El autor expresa que el problema adquiere contornos más preocupantes cuando se trata de ciertas categorías de sub-consumidores, que por su edad, condición socio-económico en razón de su pobre nivel cultural, pueden ser objeto de groseros abusos y manipulaciones.

Esta situación no sólo genera un perjuicio que distorsiona el mercado de ideas, sino que además genera un atentado contra el derecho a estar verazmente informados, y a un marcado desequilibrio de los intereses, que no puede ser tolerado. Más aun considerando que este tipo de publicaciones o difusiones es realizado con plena conciencia de la responsabilidad o daño que puede generar, previo un exhaustivo estudio de costos y beneficios, seguramente abordados por expertos economistas en la materia.⁷⁰⁰

4.2.4 FUNDAMENTOS JURÍDICOS. LOS CRITERIOS DE IMPUTACIÓN ⁷⁰¹

Omitiremos redundar en los fundamentos jurídicos constitucionales de garantía individual e institucional, que determinan la preeminencia o delimitación de un derecho por sobre otro, los que ya fueron analizados en los capítulos anteriores, para abordar los factores de responsabilidad. Creemos que los elementos determinantes de responsabilidad, han sido anestesiados por teorías económicas, enmascarados en un esquema liberal económico, lo que alteraría el principio rector del derecho romano “*neminem non laedere*”, en pos de una administración técnico económica del daño, y no de una administración social de este con carácter reparador ⁷⁰²o compensatorio.

Aquí la pregunta central es: ¿Por qué se responde? Y ¿cuáles son los elementos que determinan el criterio o factor de responsabilidad?

No pretendemos, ni resulta en este caso apropiado, abordar un estudio exhaustivo de los fundamentos del sistema base de responsabilidad extracontractual.⁷⁰³ Solo intentaremos dejar sentadas algunas observaciones y sugerencias asumiendo responsabilidad sobre las mismas, y presuntivamente necesarias a la nueva realidad.

⁷⁰⁰ Los MMC juegan con los beneficios que les otorgan las reglas que se aplican en materia de responsabilidad. Los MMC saben que aun teniendo que pagar una indemnización elevada al agraviado, por lo general obtendrán un margen pecuniario favorable de la fría ecuación que significa restar al beneficio producto de la publicación el monto indemnizatorio que eventualmente se mande abonar.

⁷⁰¹ Existe una diferencia conceptual entre los elementos de imputación y los factores de atribución. En muchos casos hasta pueden confundirse, pero no son sinónimos. Los factores son los desencadenantes de responsabilidad, mientras que los elementos integran un conjunto de componentes que incide en los factores directamente, constituyendo elementos determinantes.

⁷⁰² PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA: “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español” en *RDP*, marzo-abril, 2004, p. 180. Para el autor la obligación de reparar el daño causado que establecen los art. 1902 CCE y concordantes, es una obligación constitutiva de una sanción. En la misma tesitura encontramos a DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO: *Instituciones de derecho civil t. 1*, Alianza Universidad, Madrid, 1977, p. 294.

⁷⁰³ Recomendamos, sin que ello implique el agotamiento bibliográfico *vid.* de PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA: “Función, naturaleza y sistema...” *cit.*, p. 175. Así mismo encontramos la obra de PEÑA LÓPEZ, Fernando, *op. cit.* en la misma línea del primer autor citado, considerando que éste prologa la obra.

Para ello es necesario responder a la pregunta clave del sistema de responsabilidad, ¿cuál es la finalidad o *mens legis* de la responsabilidad civil? Y siguiendo a PENA LÓPEZ, coincidimos con él, cuando expresa: que la finalidad de la responsabilidad civil es “*solucionar el problema que plantea la producción de los daños ocasionados en la vida social, en orden a la determinación de la persona que tendrá que soportarlo, no ponderando otro vínculo jurídico, entre el causante del daño y su víctima, que el deber que pesa sobre toda la comunidad jurídica de no causar daño a los demás*”.⁷⁰⁴

Como la gran mayoría de los sistemas continentales, el sistema español de responsabilidad está sentado sobre el criterio subjetivo⁷⁰⁵ o mono céntrico de responsabilidad, en base al art. 1902 CCE, con un criterio de norma de cierre fundado en el concepto subjetivo o de la conducta (culpa)⁷⁰⁶. El mismo es operativo en un ámbito subjetivo, fáctico, indefinido o universal y posee un radio de operación universal que le concede el art. 4.3 CCE, por lo que no sólo se contrae al campo civil, sino también se extiende al laboral, al empresarial y a la administración, funcionando como norma de cierre o cláusula general que preside el sistema general.⁷⁰⁷

Para nosotros, el sistema de responsabilidad, fundado en la culpa como norma de cierre, estaría transitando sus últimos días.⁷⁰⁸ En la actualidad, el sistema de la responsabilidad civil y específicamente lo referido a los criterios o factores de atribución estaría atravesando un período de revisión. El esquema clásico, individualista, propio de las codificaciones civiles decimonónicas,

⁷⁰⁴ PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA: “La responsabilidad civil extracontractual...”, *cit.*, p. 15.

⁷⁰⁵ ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho Civil. Derecho de obligaciones*, t. II v. II, Bosch, Barcelona 1997, p. 460. *Expresa* “*Nuestro derecho civil, como regla, acoge la responsabilidad por culpa; y solo en algunos casos, como excepción, la responsabilidad objetiva*”.

⁷⁰⁶ No nos resulta desde nuestra óptica hacer referencia dentro del criterio subjetivo, a la culpa. Consideramos más acertado conceptualmente hablar de conducta por acción u omisión, atento a que la culpa como concepto, producto del entrecruzamiento conceptual entre el derecho y la moral, se ha convertido en un término imbuido de elementos propios de esta última. Entendiéndose durante mucho tiempo la culpa como un término de carácter religioso, producto de la influencia de la religión en la vida del estado y del derecho, lo que ha conducido a que en el ámbito jurídico estas cuestiones se hayan encarnado muchas veces con efectos negativos dentro de la estructura de la responsabilidad civil.

⁷⁰⁷ PEÑA LÓPEZ, FERNANDO, *op.cit.*, p. 105. El principio de la culpa al ser fundado en la libertad tiene base constitucional. Así lo ha manifestado el consejo constitucional francés en decisión 22-10-1982.

⁷⁰⁸ REGLERO CAMPO, FERNANDO, *op. cit.*, p. 165 y ss. Como sabemos, el paso de la economía de subsistencia a una economía industrial, de mayores riesgos, donde regía el principio de ninguna responsabilidad sin culpa; el cambio en el objeto o finalidad de atribución, considerando que en un principio lo que se castigaba era la conducta moralmente reprochable, llegando hasta identificarla con el pecado, en sentido canónico; a una finalidad resarcitoria o reparadora por excelencia, donde lo que importa es la reparación o el patrimonio imputable y no el reproche personal, con principios moralizantes. Donde esta se convierte en un mecanismo de distribución o repartos de riesgos y cargas, producto de las consecuencias dañosas derivadas de un hecho determinado. En este sentido, DIEZ-PICAZO, LUIS: “*La responsabilidad civil hoy*” en *ADC*, 1979, pp. 732 a 734. *Expresa*: “*En tal sentido no resulta errado afirmar que la jurisprudencia, en el curso de los últimos años camina hacia un sistema de responsabilidad civil que, lejos de buscar una moralización de las conductas, trata de asegurar la reparación de los perjuicios de las víctimas*”. Asimismo cabe agregar que la víctima centra su atención en la reparación pecuniaria, más que en la sanción personal al responsable.

cuyo exponente más conspicuo es el código napoleónico, ha sido largamente superado, sin desconocer su importancia para la ciencia del derecho.⁷⁰⁹ Las dudas actuales acerca del rol que debe desempeñar la responsabilidad civil, la revisión de algunos de los postulados clásicos y la crisis de ciertos principios, que en este campo se han detentado como incuestionables, son en buena medida los determinantes, a los que se ha denominado “la crisis de la responsabilidad civil”.⁷¹⁰

Ello ha conducido a que el moderno derecho de daños oriente la mirada hacia la protección de la víctima y el daño, por encima de los elementos de atribución y la relación de causalidad, redefiniendo la responsabilidad civil y los presupuestos de ella. En este sentido, las modernas tendencias postulan una reelaboración del fenómeno resarcitorio, a partir de la prescindencia del presupuesto de la ilicitud,⁷¹¹ centrando toda la teoría sobre una nueva estructura, más funcional y dúctil a la hora de brindar una respuesta al daño. Por ende, el perjuicio pasa a ser el presupuesto esencial de la responsabilidad, y la culpa (otrora factor casi exclusivo), conjuntamente con otros con idéntico valor y jerarquía, conforman un sistema poli céntrico de atribución.⁷¹²

Conforme lo expresa CARRASCO, no llama la atención que a pesar de la importancia que suscita la culpa, como criterio base de imputación, nunca haya existido una construcción jurisprudencial mínimamente elaborada de este concepto en su aspecto amplio. Para el autor, la cuestión de la culpa es meramente irrelevante, ya que la misma funciona como mero concepto decorativo, pues se utiliza esta expresión para describir la razón por la que se responde, o bien funciona como cubierta justificativa o soporte argumentativo de decisiones fundadas en otras consideraciones. En ningún caso el tratamiento de fondo de la cuestión ha estado condicionado por una determinada concepción de los criterios de imputación.

⁷⁰⁹ ALTERINI, ATILIO- AMEAL, OSCAR Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO: *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 150; MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, GRACIELA: “Función actual de la responsabilidad civil”, en Trigo Represas y Stiglitz (dirs.), *Derecho de daños*, (obra en homenaje al profesor Mosset Iturraspe), La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 37.

⁷¹⁰ TUNC, ANDRÉ: “Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé”, en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Schulthess Polygraphischer Verl, Zurich, 1991, pp. 21-40. Afirma que “...la responsabilidad civil está ciertamente en un estado lamentable”, y se pregunta si existe otro ámbito del derecho, que haya sido tan cuestionado por la inadaptación al mundo contemporáneo.

⁷¹¹ ALTERINI, ATILIO- AMEAL, OSCAR Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *op. cit.*, pp. 150 y 161.

⁷¹² SCOGNAMIGLIO, RENATO: “Responsabilità civile”, *Novissimo digesto italiano*, Utet, Torino, 1969, p. 637; ALTERINI, ATILIO- AMEAL, OSCAR Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO, *op. cit.*, p. 198, ha expresado: “...cada factor de atribución -la culpa y el riesgo- tiene zonas de influencia distintas [...] El factor de atribución riesgo no es excepcional, y tiene por lo tanto la misma jerarquía cualitativa que los restantes criterios de imputación”. Cfr. VIII Encuentro de Abogados Civilistas, Santa Fe, 1994.

No es menos cierto que, en la actualidad, la práctica judicial haya invertido el silogismo, de modo que la culpa, como criterio de imputación, va adquiriendo un papel más residual.⁷¹³ El supuesto “régimen general” del art. 1902 CCE se ha convertido, si se guarda la fidelidad que debe dársele, en un régimen de carácter excepcional. Y citando a BUSNELLI,⁷¹⁴ creemos, que el desarrollo que ha experimentado el derecho de daño, paradójicamente se ha estancado injustificadamente en algunos aspectos, como lo son los daños al honor, la intimidad y la propia imagen, especialmente en consideración a los factores de imputación.⁷¹⁵

Nuestra intención no es postular un criterio de imputación base, fundado en un criterio objetivo. Simplemente pretendemos dejar abierta la posibilidad para la aplicación de múltiples criterios de atribución o criterios dinámicos, que faciliten la solución de las controversias, conforme a las necesidades sociales colocando la persona, su dignidad y el daño como elementos centrales a la hora de establecer criterios de imputación. Resulta poco feliz seguir sujetos al elemento subjetivo de la culpa, la que, muchas veces, conlleva una solución injusta o simplemente obliga a la creación forzosa de argumentos que sustenten de manera artificial dicha construcción, cuando en realidad los fundamentos que le dan sustento son disimiles, olvidando la esencia pragmática que debe primar en el derecho.

Continuar sustentando un sistema de base, aforrándonos indefectiblemente a un fundamento basado en un criterio de culpa, olvidando el daño y la persona, constituye un camino con consecuencias injustas.⁷¹⁶

⁷¹³ REGLERO CAMPOS, FERNANDO: “Los sistemas de responsabilidad civil”, en *Tratado de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 164.

⁷¹⁴ BUSNELLI, FRANCESCO DONATO: “La parábola de la responsabilidad civil” en *Revista critica di diritto privato*, VI-4, Nápoles, diciembre 1988, p. 643.

⁷¹⁵ En la actualidad, uno de los aspectos más relevantes en la evolución de los sistemas jurídicos es el relativo a la transformación del clásico sistema de la responsabilidad civil, cuya función era netamente sancionadora de conductas antijurídicas, culpables y dañosas. En esta perspectiva tradicional, el fenómeno resarcitorio fue protagonizado por un esquema que estuvo centralizado en el comportamiento del autor del hecho culposo. Más, la revolución científica y tecnológica ha conmocionado los cimientos en los que asentaba clásicamente el sistema de responsabilidad civil. La disyuntiva es: responsabilidad-castigo o responsabilidad-reparación. La más reciente doctrina italiana, principalmente a través de las opiniones de Scognamiglio, Trimarchi, Rodotà, Busnelli, Alpa, en forma coincidente con los más destacados autores argentinos, entienden que la calificación de la conducta obrada como culpable o ilícita, no debe ser el objeto del juicio de responsabilidad. Esto significa que, en la actualidad, “el fundamento de la indemnizabilidad no está centrado en el acto ilícito, sino en el hecho dañoso”, a lo que cabe agregar: siempre que el daño sea injusto.

⁷¹⁶ PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA, “La responsabilidad civil extracontractual...”, *cit.*, p. 29. El autor expresa: ¿Por qué la responsabilidad no es siempre objetiva, como lo fue en la Roma preclásica, como lo era en un principio en el derecho anglosajón? Porque llegar a esta conclusión produciría la paralización de toda actividad potencialmente dañosa, por muy beneficiosa que ésta fuera para la sociedad. Asimismo estima citando a DE ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN: “Culpa y responsabilidad civil en la vieja jurisprudencia: La falacia de la responsabilidad objetiva” en obra colectiva *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, Vol. 8, Colegio de Registradores, Madrid, 1988, pp. 189-604, que un criterio no fundado en la culpa entorpece el ejercicio de la libertad, el cual constituye su fundamento. No adherimos al primer argumento no solo con argumentos jurídicos, pues simplemente creemos poder rebatir dicho argumento con

Para evitar malas interpretaciones, creemos que la conducta es un elemento fundamental en la atribución de la responsabilidad, no solo del que desarrolla la actividad de MMC, sino también de quien es consumidor o receptor de las mismas.⁷¹⁷ Consideramos conveniente establecer sistemas múltiples y dinámicos de atribución; donde no entendamos la existencia de un criterio mono céntrico;⁷¹⁸ sino donde podamos aplicar indistintamente en pro de una resolución justa y equitativa, estableciendo un sistema poli céntrico de factores de atribución,⁷¹⁹ con ausencia de un principio de subordinación, sino de coordinación, coincidiendo con TRIMARCHI.⁷²⁰

Tanto la responsabilidad objetiva como la subjetiva deben interrelacionarse en una dinámica de coordinación y cooperación, sin que surja de ellas marco excepcional alguno, con el objeto de satisfacer de la mejor manera las finalidades establecidas inicialmente a la responsabilidad. Esto lleva a una conclusión inevitable: La posibilidad de efectuar interpretaciones

una evidencia fáctica. En la actualidad la gran mayoría de las empresas, soportan una responsabilidad objetiva por sus daños y continúan con su actividad, sin que ello implique menoscabo a su actividad ni la torna no lucrativa. Por el contrario en sus costos, en muchos casos, va incluida la probabilidad de daños a terceros. Al segundo de los argumentos porque no se puede pretender tercerizar el daño, solo considerando el ejercicio de la libertad. Y en este sentido nos preguntamos: ¿La libertad de quién? Este considera que el equilibrio entre la libertad y la responsabilidad yace en el elemento de la culpa, fundado en parámetros de conducta, ya que la libertad de acción está propiciada por el principio de la culpa y por consiguiente la culpa totalmente dissociada de interpretaciones moralizantes. Pero estos términos no son tan benévolos ni equitativos para la víctima de daños, cuando analizamos el proceso de imputación y las cargas probatorias. Asimismo no creemos que un criterio no fundado exclusivamente en la culpa coarte la libertad de acción, situación ampliamente verificable en la actualidad. Simplemente creemos innecesario condicionar perniciosamente a la víctima del daño, quien no tiene la carga de soportar un daño antijurídico, solo por la primacía del factor culpa, como principio rector, olvidando a la víctima y por consiguiente el daño como elementos centrales.

⁷¹⁷ La conducta es el elemento central en la imputación subjetiva de responsabilidad, pero lo es también en la objetiva, funcionando como elemento eximente de responsabilidad tanto el ex CCA art. 1113, también lo hace el art. 1111 CCE. Como el derecho español establece la culpa de la víctima en la causación del daño como atenuantes y en algunos casos eximentes de responsabilidad (art. 114 CP, así también el punto 2 del art. 1 de la ley de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor).

⁷¹⁸ Dentro de esta postura, entre otros encontramos a quienes consideran como centro del sistema a la responsabilidad subjetiva a DIEZ-PICAZO, LACRUZ, ALBALADEJO, SANTOS BRIZ y quienes consideran que el epicentro del sistema está constituido por el principio objetivo y la culpa constituye la excepción REDOTA, PROSSER, CALABRASI.

⁷¹⁹ Citando a PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA, “La responsabilidad civil extracontractual...”, *cit.*, p. 36. El autor expresa la existencia dentro de ésta tendencia de dos posturas: Una que considera estos principio como equivalentes y otra que los considera polivalentes, o sea, les concede un valor distinto, sin que implique relación de subordinación o prevalencia, como se daría en la estructura de regla y excepción. Simplemente otorgan al principio de la culpa un valor indefinido y universal, con posibilidad de ampliarse a cualquier supuesto, salvo disposición en contrario. Tesis defendida por BUSNELLI Y LE TOURNEAU.

⁷²⁰ TRIMARCHI, PIETRO: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giufrè, Milano 1961, pp. 43 y 44. Dentro de la postura poli céntrica equivalente compartimos, con algunas reservas, la postura formulada por el autor, que establece un sistema de coordinación fundado en las necesidades prácticas y equitativas de las consecuencias del daño. Para él la responsabilidad objetiva imperaría en el ámbito empresarial, como medio más eficiente para la sociedad, desde el punto de vista económico; mientras que las actividades, por él denominadas biológicas, estarían presididas por el principio de la culpa; en razón de no estar sentadas en organizaciones permanentes, no permitiría la eficacia económica que presupone la actividad empresarial. Las reservas a la que hacemos referencias importa el protagonismo que el autor otorga al análisis económico del derecho, elemento que, como ya manifestamos *ut supra* no puede ser único condicionante, ni determinante del sistema de imputación y asimismo al carácter clasificante en lo funcional de los distintos criterios. En España encontramos con criterio similar, pero aplicado a la responsabilidad contractual a JORDANO FRAGA, FRANCISCO: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, pp. 298 a 308.

extensivas, por vía de analogía, para supuestos aparentemente no comprendidos por la letra de la ley, pero sí por su espíritu.

PENA LÓPEZ,⁷²¹ luego de una sostenida defensa del principio de culpabilidad, cuyo fundamento es la libertad, deja entrever tímidamente la transformación del criterio de subordinación, a uno de coordinación, cuando expresa “...de la misma forma que en las otras libertades del dominio y de la autonomía privada, los límites se han convertido de excepcionales en normales; lo mismo ha acontecido con las desviaciones o límites del principio de culpa, que derivan asimismo de principios, desde luego sociológicos, pero también emergentes de las leyes especiales...”

No podemos fomentar un criterio base enmascarado en principios disfrazados y carentes de fundamentos que generan una situación de impunidad en la actividad que desarrollan los MMC, tornando inalcanzables las defensas ante las intromisiones ilegítimas. En definitiva y ya adelantando nuestra tesis, entendemos que la intromisión ilegítima resulta el único fundamento de la responsabilidad civil por la actividad de los MMC y no hay necesidad de acudir a otro factor de atribución por la actividad de los MMC, pues este resulta superfluo frente al valor dado al concepto de intromisión ilegítima, fundando un criterio objetivo.

⁷²¹ PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA, “La responsabilidad civil extracontractual...”, cit., p. 37.

CAPÍTULO V

FACTORES OBJETIVOS DE ATRIBUCIÓN EN LA LO 1/82

SUMARIO. 5.1 LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA. 5.2 CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN DEL ART. 7.7 LO 1/82. 5.3 LA PRESUNCIÓN DEL ART. 9.3 LO 1/82. 5.4 ELEMENTOS LEGITIMADORES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN. DETERMINANTES DE CONTENIDO Y DE REPARACIÓN. 5.4.1 LA VERACIDAD INFORMATIVA. 5.4.1.1 LA VERACIDAD CONSAGRADA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL. 5.4.1.2 LA VERACIDAD Y SU RELATIVA FUNCIÓN LEGITIMADORA. 5.4.1.3 EL REPORTAJE NEUTRAL COMO ESPECIE DEL DERECHO DE INFORMACIÓN 5.4.2 RELEVANCIA PÚBLICA O INFORMATIVA. ELEMENTOS OBJETIVOS Y SUBJETIVOS. 5.4.3 VEHÍCULO DE LA NOTICIA O INFORMACIÓN. 5.4.3.1 ELEMENTO SUBJETIVO. EL PROFESIONAL DE LA INFORMACIÓN. 5.4.3.2 ELEMENTO OBJETIVO. LOS CAUCES NORMALES DE DIFUSIÓN Y SUS FUENTES. 5.5 LAS FUENTES INFORMATIVAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA “CAMPILLAY”. 5.6 LA DOCTRINA DE LA “REAL MALICIA”. 5.6.1 LÍMITES. 5.6.2 INSUFICIENCIA DE FUNDAMENTOS NORMATIVOS EN LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA. 5.6.2.1 A NIVEL CONSTITUCIONAL. 5.6.2.2 A NIVEL DE IMPUTACIÓN Y CARGA PROBATORIA. 5.6.3 TENTATIVAS DE REPLANTEAMIENTO DE LA DOCTRINA NEW YORK TIMES VS. SULLIVAN. CRÍTICAS.

5.1 LA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA

La regulación de la LO 1/82 tiene como criterio de atribución de responsabilidad, el término o acción “*intromisión ilegítima*”.⁷²² El término “*intromisión ilegítima*” que la LO 1/82 utiliza para describir la determinación de las acciones atributivas de responsabilidad, carece de una conceptualización única y genérica. Desde nuestra óptica no concebimos un concepto único e inmutable de intromisión ilegítima. Concretar un concepto de lo que constituye esta vulneración, conllevaría inmovilizar el desarrollo de este concepto, que de por sí resulta muy variable, conforme las circunstancias. *Por ello creemos más conveniente determinar rasgos o principios de lo que constituye este término y no una conceptualización cerrada y pétrea.* A raíz de la enumeración casuística establecida por el art. 7 de la LO 1/82, en un esfuerzo encomiable por lograr el *totum factus*; ha surgido la discusión en torno a la entidad y alcance de dicha enumeración y a determinar si ésta constituiría una enumeración taxativa o solamente descriptiva.⁷²³

Para LÓPEZ JACOÍSTE, uno de los pocos que se ha interesado por la esencia del término, y no por su enumeración descriptiva, el concepto de intromisión ilegítima constituye una idea tópica, compuesta por confines inmateriales que resultan vulnerados. Este término comporta la acción de introducirse sin derecho en la dignidad, jurisdicción, oficio o propiedad del individuo.⁷²⁴

Creemos que el término “*intromisión ilegítima*”, no funciona como elemento dañoso, pero no como la conducta previamente valorada de forma abstracta, y prelude necesario para imputársele el carácter de ilegítima, sino como elemento sinónimo de daño, siempre y cuando no exista alguna causa de justificación, o eximentes, generadas por los elementos determinantes, los que desarrollaremos posteriormente.

La afirmación precedente constituye en nuestra hipótesis de investigación, la piedra angular de un sistema objetivo de imputación, quedando la conducta o accionar del profesional de la información, como elemento secundario o complementario y al solo efecto de determinación o cuantificación de la reparación, pero no como determinante de atribución de responsabilidad.

5.2 CARÁCTER DE LA ENUMERACIÓN DEL ARTÍCULO 7 DE LA LO 1/82.

⁷²² Art. 1.1 LO 1/82: “*El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 20 de la Constitución, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente ley orgánica*”.

⁷²³ El art. 7 LO 1/82 desarrolla una descripción de lo que constituye o no intromisión ilegítima, acercándose a la técnica legislativa jurídica alemana.

⁷²⁴ LÓPEZ JACOÍSTE, JAVIER, “Una aproximación...”, *cit.*, p. 1096 y ss.

Como ya lo manifestamos anteriormente, la circunscripción primera de los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen, está reconocida dentro del esquema jurídico español en la arts. 18 y 20 CE. Dentro de este esquema y a un nivel inferior, la responsabilidad civil que genera la violación de estos derechos, surge de la relación de los art. 2.1⁷²⁵ con el art.7 de la LO 1/82.⁷²⁶

El art. 7 de la LO 1/82 constituye una pieza clave en nuestro trabajo, pues en él se contiene uno de los pilares de la responsabilidad civil en este ámbito. El análisis de su contenido constituye centro de discusión y controversia. El primero de los problemas que plantea el mismo, radica en la entidad de su enumeración. Divergencias que oscilan respecto de si su enumeración constituye *numerus clausus* o, por el contrario, se trata de unas pautas meramente orientativas. Algunos sostienen que se trata de una enumeración cerrada que permite hablar, en cierto modo, de un ilícito civil tipificado. En este sentido, PUIG BRUTAU afirma que en el art. 7 LO 1/82 “se advierte el esfuerzo hecho para incluir en una enumeración cerrada todas las posibilidades de atentar contra los derechos que protege el art.18.1 CE”.⁷²⁷ De una opinión semejante participa ÁLVAREZ PRIETO cuando declara que la LO 1/82 determina con exactitud casi matemática los medios de violar el honor, la intimidad y la propia imagen, en forma de *numerus clausus*. Abundando en esta idea, DE COSSÍO señala que la enumeración casuística en su afán de tipificación y con técnica propiamente penal, busca generar un marco de protección ya que considera que estos derechos no pueden ser ilimitados, pues lo que se pretende al delimitar estas transgresiones más frecuentes de forma individualizada, es fijar los límites de estos derechos.⁷²⁸

En esta postura de *numerus clausus* del art. 7 LO1/82 encontramos a HERRERO TEJEDOR, quien fundamenta su planteamiento principalmente en una técnica cuasi penal, centrando la intromisión ilegítima en el eje fundamental, y la antijuridicidad pasa a ser el elemento relevante a efectos de responsabilidad, pues la misma será ilegítima en la medida que sea contraria a derecho

⁷²⁵ El art. 2 LO 1/82 establece que “*La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*”. La norma recogida en este precepto no ha sido bien recibida, constituyendo quizá, uno de los aspectos valorados negativamente en la ley, debido a la inseguridad que, para quienes así opinan, provoca su falta de concreción.

⁷²⁶ Esta remisión a la ley ha sido objeto de críticas debido a su imprecisión. Desde nuestro punto de vista consideramos que, si bien tal remisión no es del todo afortunada, su alcance puede ser fijado en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, sin grandes esfuerzos hermenéuticos puesto que, como ya hemos señalado en páginas anteriores, una interpretación lógico sistemática de la Constitución permite afirmar que el desarrollo de los derechos fundamentales precisa de una ley orgánica, sin perjuicio de que en la regulación de su ejercicio, se acuda a otros instrumentos normativos de igual o inferior rango. Consiguientemente la remisión a la ley en este caso debe entenderse referida tanto a la ley orgánica, como a la ordinaria, dependiendo del contenido que esta se proponga fijar.

⁷²⁷ PUIG BRUTAU, JOSÉ: *Fundamentos...*, cit., p. 250.

⁷²⁸ DE COSSÍO, MANUEL, *op.cit.*, p. 51.

o esté tipificada (*ilícito civil tipificado*). Por ende si no está tipificado en el articulado, no constituye ilícito. También argumenta en su favor lo establecido en el art. 1.1 LO 1/82 y en el art. 18.1 CE, cuando expresa que se protegen frente a todo tipo de intromisiones, y dicho objeto debe llevarse a cabo mediante la ley. Surge ello que todo supuesto no previsto en la ley, no estaría contemplado como intromisión, y la protección de los derechos contemplados en el articulado constitucional, sólo se podría amparar al margen de la LO 1/82, lo que genera una colisión jurídica con lo estipulado en el art. 53.1 y 81.1 CE.⁷²⁹

Disentimos con la postura anteriormente desarrollada en su argumento segundo, pues cuando el art. 1.1 LO 1/82 expresa: “...será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo a lo establecido en la presente ley orgánica...”, conforme surge de la interpretación y exposición de motivos, el espíritu y finalidad de la ley no pretende cercenar la protección a una enumeración taxativa de *numerus clausus*, la que podría derrumbarse fácilmente ante el avance tecnológico o de la casuística. Por el contrario, procura agotar todas las posibilidades con dicha enumeración, pero sin obstruir futuras contingencias.

Desde nuestra perspectiva, coincidiendo con estos últimos autores entendemos que dicho artículo, interpretado como *numerus clausus*, impediría la inclusión de nuevos mecanismos o innovaciones generadores de intromisión ilegítima.⁷³⁰ Concebimos, en concordancia con la doctrina mayoritaria, que lo descrito por el art. 7 LO 1/82 no constituye una enumeración de *numerus clausus*, por el contrario constituye una descripción casuística o enunciativa y no taxativa. Así lo hemos manifestado, coincidiendo con la jurisprudencia en reiteradas ocasiones.⁷³¹

Nuestra postura aboga por la aplicación de un criterio abierto y no de *numerus clausus*. Pero en el hipotético caso de que tuviésemos como válida la interpretación de *numerus clausus*; acontecido algún supuesto no tipificado en la enumeración del art. 7 LO 1/82, automáticamente entraría en juego el código civil (*alterum non laedere*); para impedir la impunidad del daño, pero por otro lado dicha interpretación desvirtuaría la entidad y espíritu de la LO 1/82.

Según lo afirma el mismo HERRERO TEJEDOR,⁷³² esta ley constituye en esencia una ley de tinte procesal, razón por lo cual, cuando expresa “...de acuerdo a lo establecido en la presente

⁷²⁹ HERRERO TEJEDOR, FERNANDO, *Honor, intimidad...*, cit. p. 167 y ss.

⁷³⁰ ÁLVAREZ PRIETO, LUIS: “El derecho a la intimidad...”, cit., p. 14. En la misma línea vid. HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO, *Honor, intimidad...*, cit., p. 170.

⁷³¹ STS de 28 de octubre de 1986 en RAJ 6015 y las STS 224/1999 del 13 de Diciembre (lleva un caso de acoso sexual al ámbito de la violación a la intimidad) y la STS de 2 de abril de 2001 (el caso del cobrador de frac).

⁷³² HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO, *Honor, intimidad...*, cit., p. 171, párrafo 2º “...ley que, por otra parte, se ha calificado acertadamente de fundamentalmente procesal, hasta el punto que en su articulado el único punto que

ley orgánica...” se refiere a los mecanismos de protección, y no a la acción dañosa que podría generar responsabilidad. Para nosotros los que postulamos el carácter de especial de la LO 1/82, está además de establecer conceptualizaciones, regula y establece un sistema integral que rige la responsabilidad en los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

DIEZ PICAZO ⁷³³ sostiene que la creación de nuevas tecnologías y formas de intromisión, propios de los avances, constituirían una amenaza permanente a la vida y vigencia de la ley obligando a la creación de nuevas leyes con el fin de contemplar los supuestos no enunciados en la misma. Así encontramos que en la exposición de motivos de la LO 1/82, no abona una postura cerrada ante nuevas injerencias, todo lo contrario surge de su letra y espíritu haciendo alusión al art. 7 LO 1/82 “...recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real...”.

Apostando al espíritu funcional de la LO 1/82, resulta interesante la postura del entonces ministro de justicia el CABANILLAS, el que expresa, adelantándose a posibles objeciones parlamentarias, que tacharían de casuística la ley, “*que más perjudicial sería el defecto, si se dejara operar libremente a la apreciación subjetiva*”. Y citando a DE CUPIS, argumenta que *resulta fundamental para apreciar el derecho personalísimo atender al acto en su natural y concreta manifestación*. Lo que constituye, a juicio del ponente, un considerable aumento de la riqueza de contenidos de estos derechos. Se tipifican dentro de la posible analogía con el derecho penal las trasgresiones a los derechos de la personalidad que son ilícitas y generadoras de responsabilidad, dirección que ha sido la más fecunda, ya que el objeto sobre el que recaen los derechos de la personalidad se hace difícil e inaprensible, cuando se intenta definir como puro ámbito de poder o responsabilidad. En cambio, por la vía indirecta de analizar los supuestos que pueden conceptuarse como trasgresiones, se ha ido perfilando mucho mejor el contenido de estos derechos. Asimismo se justifica igualmente el amplio margen concedido a la autonomía de la voluntad, no protegiendo un concepto objetivado de aquellos bienes cuya vulneración implique automáticamente el nacimiento de responsabilidad.⁷³⁴ También se da un amplio margen a la apreciación judicial la que en definitiva delimitará los perfiles concretos de estos derechos.

trata del contenido material de esos derechos es la enumeración de las conductas a través de las cuales dicho contenido puede conculcarse. En nuestro criterio, no cabe duda de que la ley orgánica 1/82 supone una ley que regula el ejercicio de los derechos que desarrolla”.

⁷³³ DIEZ PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistemas de derecho civil...*, cit., p. 361; vid. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de...*, cit., p. 79; LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid 1986, p. 189.

⁷³⁴ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 17 y ss.

Una postura intermedia es la defendida por IGARTÚA ARREGUI que expresa, puesto que si bien en lo que respecta al derecho a la intimidad considera la enumeración del art.7 LO 1/82 como abierta, en relación al derecho al honor entiende que se trata de *numerus clausus* y que *de por sí otorga una protección excesiva*.⁷³⁵

Por lo que se refiere a la consideración del contenido en el art. 7 LO 1/82, en una postura de *numerus apertus*, autores como DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN advierten que si se partiera de una enumeración taxativa, los avances tecnológicos en estos campos y la aparición constante de nuevas formas de agresión a estos derechos harían necesarias continuas leyes sobre la materia,⁷³⁶ señalando, además, que “*la exposición de motivos de la ley no abona la existencia de un esquema cerrado*”.

Igualmente, LASARTE ÁLVAREZ afirma que, “*a pesar de la longitud del artículo, las intromisiones en él consideradas no han de concebirse como una enumeración taxativa o un numerus clausus. Por tanto, en la práctica cabe que los derechos de honor, intimidad y la propia imagen sean lesionados en virtud de otras circunstancias que, pese a no encontrarse legalmente determinadas, han de ser consideradas intromisiones ilegítimas*”.⁷³⁷ Desde nuestro punto de vista, consideramos que son varias las razones que permiten, asimismo, concluir que el art.7 LO 1/82 contiene o debería ser interpretado como una enumeración abierta.

Desde una perspectiva general derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como derechos fundamentales deben interpretarse de la forma más favorable para su protección dotándoles de mayor vigor, tal y como se infiere de numerosos pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional,⁷³⁸ y en este sentido creemos que el sostener el carácter abierto de la enumeración establecida por el art. 7, responde efectivamente a una mejor protección. Por otro

⁷³⁵ IGARTUA ARREGUI, FERNANDO: “La protección del honor...”, *cit.*, pp. 94-95.

⁷³⁶ DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Sistema...*, *cit.*, pp. 360-361.

⁷³⁷ LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *op.cit.*, p. 217.

⁷³⁸ STC 34/1983, de 6 de mayo, fj. 3º, BOE, núm. 120 de 20 de mayo, en la establece que las leyes han de ser interpretada en la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales. La STC 32/1987 de 10 marzo, fj. 3º, BOE, núm. 71 de 24 marzo establece que: “...*en materia de derechos fundamentales, la legalidad ordinaria ha de ser interpretada de la forma más favorable para la efectividad de tales derechos*”. Esta misma idea late en pronunciamiento posteriores como las SSTC 115/1987, de 7 julio, fj. 1º, BOE, núm. 180 de 29 julio; 117/1987 de 8 julio, BOE, núm. 180 de 29 julio; 1/1989 de 16 enero, fj. 3º; 32/1989 de 13 de febrero, fj. 2º, que siguiendo a la STC 1/89 nos dice que la interpretación más favorable exige “*la existencia de alguna res dubia o de alguna variante admisible en la interpretación de los preceptos legales*” ya que en otro caso, no se estaría protegiendo el derecho constitucional, sino confiriendo a las leyes un sentido y alcance que las propias leyes no consienten.

lado, desde una perspectiva más concreta, entendemos que dicha interpretación está sustentada por:

A.- La peculiar naturaleza de los derechos objeto de protección: Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son relativos ⁷³⁹ y circunstanciales. Estos tienen una dimensión temporal que impide dar un concepto de contornos precisos, lo cual ha sido reconocido por el legislador, que consciente de tales limitaciones, acude a una configuración puramente negativa, mediante la enumeración en el art.7 LO 1/82, remitiéndose a los usos sociales como criterio delimitador último. Desde esta perspectiva, su contenido no puede ser determinado apriorísticamente, sino que se fijará atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, dejando siempre a salvo la dignidad de la persona humana.⁷⁴⁰ En este sentido, DE CASTRO nos enseña que se trata de valores relativos interpretados de modo diverso según lugar y tiempo sino. Pues el autor expresa que: *“Lo que un círculo estima como infamante, otro lo verá como motivo de vanagloria o de útil propaganda”*.⁷⁴¹ Por todo ello concluimos que la naturaleza de estos derechos, su innegable dimensión social,⁷⁴² en coordinación con otros bienes y derechos, implica la variabilidad de su contenido a expensas del devenir social y tecnológico de la comunidad en la que toda persona se desenvuelve. Mutabilidad ésta que está en abierta pugna con cualquier pretensión de encasillamiento o enumeración taxativa.

B.- LO 1/82. Sin necesidad de proceder a una interpretación forzada de la misma parece claro el carácter abierto de la enumeración del art.7 LO1/82, por cuanto ésta dispone en su art.1 LO1/82 que *“el derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el art. 18 de la CE, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente Ley Orgánica”*. Asimismo, la propia exposición de motivos dista mucho de referirse a lo que sería un ilícito civil tipificado,

⁷³⁹ La STS de 28 de octubre de 1986 (RAJ. 6015) señaló: *“La protección de los bienes de la personalidad ha de dispensarse dentro de una intensa relativización, correlativa a la índole de los mismos”*.

⁷⁴⁰ Pues entendemos que la dignidad de la persona es la causa primera y última del necesario reconocimiento de derechos como fundamentales. Este sentido se desprende con claridad del art.10 de la Constitución Española de 1978 que establece: *“La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son el fundamento del orden político y de la paz social”*. Precisamente, así es interpretado reiteradamente, por el Tribunal Constitucional, vgr. STC 53/1985 de 11 abril, fj. 8º, BOE, núm. 119 de 18 de mayo; 231/1988 de 2 de diciembre, fj. 3º, BOE, núm. 307 de 23 diciembre; 179/1991 de 19 septiembre, fj. 3º, BOE, núm. 243 de 10 octubre; 214/1991 de 11 de noviembre, fj. 1º; 40/1992 de 30 marzo, BOE, núm. 109 de 6 mayo; 57/1994 de 28 de febrero; 76/1995 de 22 mayo, fj. 4º.

⁷⁴¹ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO, *Temas de...*, cit., p. 18.

⁷⁴² Sobre la dimensión social de estos derechos incidimos a propósito del estudio de la pertinencia del criterio delimitador de los usos sociales.

puesto que afirma que la ley recoge en términos de “razonable amplitud”, lo que parece aludir con esta expresión no al carácter exhaustivo, sino suficientemente indicativo de los supuestos de ilicitud que pueden darse en la vida real y advierte que, además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas, la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en la sociedad y por la conducta que cada persona, según sus propios actos mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento.⁷⁴³

5.3 LA PRESUNCIÓN DEL ART. 9.3 LO 1/82

El precepto del art. 9.3 LO 1/82 comienza con una declaración que ha suscitado una gran controversia doctrinal: “*La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima*”. Se trata de una declaración que pionera en nuestro derecho, ya que nunca una norma había presumido el daño, elemento fundamental de la responsabilidad civil para su existencia. Y no han quedado al margen las controversias doctrinales⁷⁴⁴ del citado artículo.⁷⁴⁵ Uno de los problemas más importantes que plantea la presunción del art. 9.3 LO 1/82, es el de establecer su carácter *iuris tantum* o *iuris et de iure* de dicha presunción; como también en lo que respecta a su alcance y entidad, si esta abarca los daños morales o también a los daños patrimoniales y a las consecuencias jurídicas que de esa diferencia pueden surgir.

Dice el art. 9.3 LO 1/82 que el perjuicio se presumirá siempre que exista intromisión ilegítima. Sin embargo, no especifica el alcance de la misma, si el daño que se presume es sólo el moral o también el patrimonial. En este sentido muchos autores entienden que la presunción comprende ambos tipos de daños, pero le otorgan distinta naturaleza según sean patrimoniales o morales. En el caso de estos últimos coinciden en que la presunción es *iuris et de iure*. En cambio, cuando los daños son patrimoniales se admite prueba en contrario porque se presumen *iuris*

⁷⁴³ La carencia de valor normativo de los preámbulos no es óbice para que éstos desempeñen otras funciones, ya que “es frecuente que sean puestos en conexión con la voluntad del legislador de modo que serían vehículo formal por medio del cual aquélla suele expresarse para poner de manifiesto la intención que ha guiado a la aprobación de la ley”. Vid. DIEZ-PICAZO, LUIS: “Los preámbulos...”, *cit.*, p. 518 y ss. Así pues, son un instrumento hermenéutico que nos permite llevar a cabo una interpretación histórica. El argumento histórico recogido en el art.3.1º del CCE tiene un valor secundario, ya que no puede prevalecer sobre los otros cánones hermenéuticos. En el caso concreto de la LO 1/82 nos sirve para corroborar el carácter abierto de la enumeración contenida en el art.7 pero no la justifica. Debemos precisar, siguiendo a este mismo autor, que nos referimos a exposición de motivos por ser el término usado más frecuentemente, pero en puridad se trataría del preámbulo puesto que es así como se denomina el texto explicativo que se incorpora definitivamente al texto. Por exposición de motivos, en sentido técnico-jurídico, se entiende el documento que debe acompañar a todo acto de iniciativa legislativa.

⁷⁴⁴ CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, JOSÉ LUÍS, *op. cit.*, pp.170-176. Considera que la presunción establecida por el art. 9.3 LO 1/82 constituye una presunción *iure et de iure* para los daños morales e *iuris tantum* para los daños patrimoniales.

⁷⁴⁵ LO 1/82 art. 9.3 “*La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima...*”.

tantum.⁷⁴⁶ Éste fue el criterio que se esgrimió durante la discusión parlamentaria de la LO 1/82. Otra línea discursiva mantiene que la presunción alcanza sólo a los daños morales, mientras que los patrimoniales deben probarse conforme a las reglas de prueba comunes.⁷⁴⁷ Creo que ésta es la interpretación más acertada porque es la que permite justificar la existencia de la presunción. Y en este sentido la jurisprudencia afirma que sólo los daños morales se presumen, y que los patrimoniales deben ser demostrados.⁷⁴⁸

En cuanto al carácter de la presunción *iuris tantum* o *iuris et de iure*, muchos autores, relacionan esta cuestión con la naturaleza de los daños, y entienden que para los patrimoniales cabría destruir la presunción mediante prueba en contrario, mientras que en el caso de los daños morales aquélla operaría *iuris et de iure*.⁷⁴⁹ En cambio, quienes acogen la tesis, que sólo los daños morales se presumen en el art. 9.3 L.O. 1/82 suelen mantener opiniones diversas acerca del carácter de la presunción: para algunos autores, acreditada la existencia de intromisión ilegítima, habrá siempre daño moral, sin que quepa prueba en contrario con lo que se trataría de uno de los denominados *damnum in re ipsa*,⁷⁵⁰ mientras para otros juega *iuris tantum*⁷⁵¹ y ello porque, entre otros argumentos el art. 385.3 LEC 1/2000 dispone, al igual que el derogado art. 1251 CCE, que “las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba”, y como el art. 9.3 LO 1/82 no prohíbe nada, se deduce que cabe destruir la presunción.

⁷⁴⁶ En esta posición, entre otros: GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL, “El derecho a la...”, *cit.* p. 249; DE COSSÍO, Manuel, *op. cit.*, p. 70; CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, JOSÉ Luis: *op. cit.*, p. 171.

⁷⁴⁷ Entre otros: MARTÍN CASALS, MIGUEL Y SALVADOR CODERCH, Pablo: “Comentario a la STS de 18 de abril de 1989”, en CCJC., 1989, 539, pp. 757 y 758; MARTÍN CASALS, MIGUEL: “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en Centenario del Código civil (1889-1989), t. II, Ceura, Madrid 1990, p. 1264; GARCÍA LÓPEZ, RAFAEL: *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Madrid, 1990, p. 270; CARRASCO PERERA, Ángel: “Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993”, en CCJC, 1993, 894; AZURMENDI ADARRAGA, ANA, *op. cit.*, p. 219; BELLÓN MOLINA, FRANCISCO Antonio: “La condena a indemnizar los perjuicios causados en la Ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral”, en AC, 1998, 2, pp. 397 y 399; YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: “La ley del honor, veinte años después”, *La Ley*, 2002, p. 1783.

⁷⁴⁸ En ese sentido es bien ilustrativa la STS 25 noviembre 2002 (RJ 2002, 10274).

⁷⁴⁹ También hay quienes únicamente se pronuncian acerca del carácter de la presunción, sin distinguir si alcanza sólo a los daños morales o también a los patrimoniales. En ese sentido, entre otros, le atribuyen el carácter de *iuris et de iure*: VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *op. cit.*, p. 146; CARRERAS SERRA, LLUÍS, *op. cit.*, p. 119; PLAZA PENADÉS, Javier, *op. cit.* En cambio, defiende que la presunción es *iuris tantum* en cualquier tipo de daños. *Vid.* LETE DEL RÍO, JOSÉ Manuel, *op. cit.*, p. 190.

⁷⁵⁰ En esta posición: BELLÓN MOLINA, FRANCISCO ANTONIO, *op. cit.*, pp. 397 y 399; MARTÍN CASALS, MIGUEL: “Notas sobre la indemnización...”, *cit.*, p. 1264.

⁷⁵¹ Así lo defienden: GARCÍA LÓPEZ, RAFAEL, *op. cit.*, p. 270; CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO Y GRIMALT SERVERA, PEDRO: “Honor, intimidad y propia imagen”, en www.iustel.com; MACÍAS CASTILLO, AGUSTÍN.: “El precio de la intimidad”, (reflexiones en torno a la cuantificación del daño moral en el art. 9.3 de la ley Orgánica 1/1982), en *Estudios de derecho de obligaciones* en homenaje al Profesor MARIANO ALONSO PÉREZ, (coor) LLAMAS POMBO EUGENIO, La Ley, Madrid, 2006, p. 202.

FERNANDO LÓPEZ DE ZAVALIA⁷⁵² expresaba: “*No cabe confundir la llamada ‘intención del legislador’ con la voluntad de la ley, es decir, del legislador abstracto que vive inmerso en el texto y que indica, para cualquier caso (presente o futuro), cuáles son los intereses dignos de protección*”. Por ello partimos y afirmamos lo inferido por el proyecto de ley, su espíritu o su *mens legislatoris* cuando manifiesta, que constituye una presunción *iure et de iure*, en lo que respecta al daño moral⁷⁵³ *e iuris tantum* en lo que respecta a otros perjuicios de carácter patrimonial.⁷⁵⁴

Lo controversial de la estructura de la LO 1/82 radica en que una vez acreditada la intromisión ilegítima, el daño se presume, lo que vendría a ir contra corriente del sistema español de daños fundado sobre el criterio rector de la culpa como sistema base de atribución de responsabilidad.⁷⁵⁵ En cuanto a la jurisprudencia hay que destacar que muy pocas sentencias se han pronunciado expresamente acerca del carácter de la presunción. Las que lo han hecho, como la STS 7 marzo 2003,⁷⁵⁶ seguida por las SSTS 7 marzo 2006⁷⁵⁷ y 9 marzo 2006,⁷⁵⁸ afirman que opera *iuris et de iure* y que “supone una aplicación de la regla *in re ipsa loquitur*”.⁷⁵⁹

⁷⁵² Vid. LÓPEZ DE ZAVALIA, FERNANDO: *Teoría general de los contratos* t. I, cap. II, Zavalia, Tucumán-Argentina, 2006. No puedo precisar página, ya que ello constituye un resumen de la ideología de nuestro maestro, tras haber sido alumno en su curso regular.

⁷⁵³ El TS ha expresado en sentencia del 31 de diciembre de 2002 que la presunción alcanza a los daños morales.

⁷⁵⁴ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 18.

⁷⁵⁵ HERRERO TEJEDOR, FERNANDO, *Honor, intimidación...*, *cit.*, pp. 167 y 168.

⁷⁵⁶ STS RJ 2003, 2900.

⁷⁵⁷ STS RJ 2006, 5695.

⁷⁵⁸ STS RJ 2006, 5413.

⁷⁵⁹ En opinión de ATIENZA NAVARRO, MARÍA Luisa, *op. cit.*, pp. 216-233 esta cuestión está íntimamente relacionada con otra que hay que resolver de forma previa: ¿Pueden existir en la práctica, aún en supuestos muy excepcionales, intromisiones ilegítimas que no causen daños morales? La respuesta a este interrogante condiciona, según creo, el carácter de la presunción: a) Si se contesta de manera afirmativa, entiendo que el carácter de la presunción sólo puede operar *iuris tantum*. Es decir, si en la realidad práctica hay algún caso –aunque sea de forma excepcional– en que, a pesar de la intromisión ilegítima, no se causa daño alguno, el demandado debería tener la posibilidad de probar ese extremo. Y ello porque una cosa es proteger a la víctima (como marca la tendencia actual de nuestro derecho de daños) y presumir un daño, como el moral, que por su naturaleza resulta de difícil prueba, y otra muy distinta es que cuando dicho daño no exista, se afirme igualmente la responsabilidad civil del demandado. Es más, entiendo que defender lo contrario (esto es, el carácter *iuris et de iure* de la presunción) atentaría contra uno de los principios básicos de nuestro Derecho de daños (cuya finalidad es estrictamente compensatoria): ninguna responsabilidad civil sin daño. En otras palabras: si el demandado no pudiera aportar prueba alguna en contra de la presunción, al final éste respondería civilmente de un hecho “ilegítimo” (la intromisión), pero no dañoso. Lo cual convertiría a la indemnización en una sanción civil, a mi juicio, inadmisibles en nuestro derecho. b) En cambio, si se llega al convencimiento de que toda intromisión ilegítima siempre lleva consigo un daño moral, ya no habrá peligro en llegar a declarar una responsabilidad sin daño porque esa posibilidad no se daría nunca en la práctica. Así las cosas, podría afirmarse que la presunción operaría *iuris et de iure* y que la controversia entre demandante y demandado recaería sobre la cuantía del perjuicio, y no sobre su existencia. De ese modo, habrá que cuestionar si, efectivamente, en la práctica puede haber algún caso en que haya una intromisión ilegítima en los derechos al honor, a la intimidad, y a la propia imagen que no causen ningún daño al ciudadano. En mi opinión, a pesar de que la regla general es que la intromisión ilegítima en el honor, en la intimidad y en la propia imagen lleve implícita la producción de un daño moral, puede excepcionalmente ocurrir que no haya daño alguno que indemnizar. Y ello, según creo, puede darse por dos razones diversas: a) La primera que el perjuicio irrogado se repare de forma específica, y no mediante la indemnización de daños y perjuicios; b) La segunda,

Una postura muy particular, pero en la que no terminamos de encontrar cabida para nuestro planteo, es la desarrollada por GRIMALD SERVERA,⁷⁶⁰ para quien la presunción del art. 9.3 LO 1/82 no hace referencia ni a los daños morales, ni a los materiales. El autor expresa, que el art. 7 LO 1/82 confunde existencia de intromisión ilegítima, con los medios a través de los que se pueden producir la misma, confundiendo lesión a un bien jurídico, con los medios con los que se puede cometer la intromisión ilegítima. Conforme ello, la presunción debe ser aplicada para los medios de intromisión, por lo tanto si se ha realizado cualquier intromisión ilícita, se puede presumir que ha existido un daño. Ahora bien si acreditada esta y en caso que el sujeto activo tenga la carga de la prueba ¿cómo prueba la inexistencia del daño moral? ¿O que no ha lesionado al sujeto pasivo de intromisión ilegítima? Creemos que esta postura resulta en la práctica material propia de utopías del derecho. Además, consideramos que la sola actividad en este inciso de haber colocado aparatos de escucha, ya genera intromisión ilegítima.⁷⁶¹

HERRERO TEJEDOR, considerando errónea la presunción del art. 9.3 LO 1/82, la crítica sosteniendo que constituye una ruptura con el sistema de responsabilidad extracontractual español, el que presenta al daño como elemento esencial para la atribución de responsabilidad,⁷⁶² y por lo tanto elemento medular para la imputación. A través de esta presunción, se está invirtiendo la ecuación, del sistema de responsabilidad civil extracontractual, pues una vez acreditada la intromisión ilegítima, se presume el daño. Pues mientras en el derecho penal sólo es necesario acreditar la violación de un bien jurídicamente protegido; en el derecho civil no sólo se requiere el daño sino también, la acción, causa y antijuridicidad. Por ello, para el autor, el artículo encadena el nacimiento de responsabilidad a la comisión de un acto ilícito, como lo es la intromisión ilegítima, calificando la técnica de la ley en cuasi penal.⁷⁶³

Consideramos interesante la teoría desarrollada por HERRERO TEJEDOR, aunque no compartimos su postura, atento a los siguientes argumentos:

menos frecuente en la práctica, que en realidad no haya llegado a infligirse daño alguno. Al análisis de esta cuestión se destinan los epígrafes siguientes

⁷⁶⁰ SERVERA GRIMALDI, PEDRO: “Sentencia de 31 de diciembre de 2002: Derecho al honor. libertad de información. indemnización de los daños causados al honor”, *CCJC*, enero-abril de 2003, núm. 61, pp. 385-398. “...distinguiendo entre medios de agresión y efectiva lesión de la intimidad, opino que la presunción del art.9.3 LO 1/1982 puede ser utilizada en relación con los medios utilizados para la intromisión ilegítima; esto es, si se ha realizado cualquier actividad ilícita, se puede presumir que si ha existido un daño. Ej. Cuando se instalan aparatos de escucha en una casa, la mera instalación no supone per se la lesión a la intimidad (basta con pensar en el caso de que los aparatos nunca hayan funcionado), pero sí permite suponer que han sido utilizados y que, por lo tanto, ha existido una intromisión ilegítima [strictu sensu]”

⁷⁶¹ Vid. nota 233 y 754.

⁷⁶² En idéntico sentido expresa SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1991, p. 870.

⁷⁶³ HERRERO TEJEDOR, FERNANDO, *Honor intimidad...*, cit., p.167 y ss.

1.- Consideramos que no sólo acreditando la intromisión ilegítima como concepto aislado e independiente se presume el daño. Pues estos argumentos, desde nuestra postura, no resistirían un simple análisis racional.⁷⁶⁴

El concepto “intromisión ilegítima” no puede ser entendido como un concepto aislado con virtualidad jurídica independiente. Interpretarlo así equivaldría a darle entidad a un concepto vacío de contenido en la estructura de la LO 1/82. Para determinar el daño y la consiguiente atribución de responsabilidad, juegan un papel fundamental los elementos determinantes, los que funcionan como elementos concomitantes e integrantes del concepto intromisión ilegítima para la determinación de responsabilidad. En este sentido, lo que podemos afirmar es que no existe como manifiesta el autor citado, tal inversión en el sistema de responsabilidad. Por ello, para la imputación de responsabilidad se consideran, además de la existencia de intromisión ilegítima, la conjugación de ésta con los elementos determinantes; y una vez acreditados estos, podemos inferir que existe o no daño, y la consiguiente atribución de responsabilidad.

2.- Además tampoco creemos que esto constituya una ruptura al sistema de responsabilidad, conforme argumentos que surgen de las mismas líneas del autor, cuando expresa que, *se había eximido de la carga de la prueba respecto la cuantía por daños a los derechos de la personalidad, atento la dificultad, que resulta su probanza*. Ahora bien, si se exime la prueba del *quantum*, por lo difícil de su probanza, también resultaría difícil la prueba del daño mismo.

Creemos que éste es el giro que se ha querido dar al artículo y no el de fragmentar la esencia de la imputación en la responsabilidad civil. Además siguiendo el mismo razonamiento, el artículo, más allá de la deficiencia enunciativa, impone interpretar la intromisión ilegítima como un conjunto de elementos que la componen, y cuya violación constituye un daño.

Conforme lo manifestamos anteriormente, entendemos que más que invertir el sistema de responsabilidad, lo que ha generado es una redundancia legislativa, a efectos de invertir la carga de la prueba. Pues la presunción que establece el art. 9.3 de la LO 1/82 ha sentado su fundamento

⁷⁶⁴ Encontramos situaciones donde existen intromisiones ilegítimas que no causan daños. Esta hipótesis despierta mayor dificultad porque, por la naturaleza de los derechos vulnerados, la regla general será que las intromisiones ilegítimas en el honor, en la intimidad y en la propia imagen lleven implícito un daño moral. Sin embargo, aunque a primera vista parece difícil imaginar algún caso en que una intromisión ilegítima no cause un daño moral en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, cabe encontrar algunas excepciones en los siguientes grupos de supuestos: 1) El primero nos los aporta nuestra jurisprudencia constitucional, que en algún supuesto ha reconocido la existencia de intromisión ilegítima, pero sin daño alguno que reparar STC 202/1999, de 8 de noviembre, STS 5 julio 2004 (RJ 2004, 4941), 24 abril 2009 (RJ 2009, 3166) y 9 abril 2012 (RJ 2012, 4638).

en los daños a los derechos de la personalidad,⁷⁶⁵ ya que toda lesión a un derecho de este tipo supone un daño, y ya no solo por el daño mismo, sino por la dificultad que resultaría pretender acreditar la inexistencia del daño moral. Por el contrario, sentar una presunción *iure et de iure* de los daños patrimoniales carece de sentido, ya que su existencia es de material determinación. Por lo tanto no tiene sentido alguno establecer una presunción de los daños en caso de intromisión ilegítima, cuando esta supone *per se* un daño (daño moral).⁷⁶⁶ En esto coincidimos con el maestro DE ÁNGEL YAGÜEZ,⁷⁶⁷ cuando expresa que toda lesión a los derechos de la personalidad presume un daño.

Con respecto a la valoración del daño expresa art. 9.3 LO 1/82 que el daño moral “*se valorará atendiendo las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*”. La reciente reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, de modificación del CP ha eliminado, de entre los criterios de valoración del daño, el que tenía en cuenta “el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma”, que ya no juega por tanto como tal, sino como finalidad que cabe perseguir con la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas⁷⁶⁸. Con la reforma, se acogió las voces doctrinales que criticaron la inclusión de ese parámetro a la hora de cuantificar el daño, ya que nada tiene que ver con la función compensatoria de la responsabilidad civil y que parecía, más bien, un intento de incursión de los daños punitivos.⁷⁶⁹ La posibilidad de que a través de este criterio se concedieran indemnizaciones con fines punitivos iría en contra la institución de la responsabilidad civil que no pretende castigar un determinado comportamiento, ni reprochar una conducta, sino que busca la reparación del daño; y, para dicha reparación será indiferente el beneficio que haya podido obtener

⁷⁶⁵ HERRERO TEJEDOR, FERNANDO: *Honor, intimidad...*, cit., p. 267. Expresa: “*Acreditada la intromisión ilegítima, el efecto de la presunción es invertir la carga de la prueba: será el demandado quien se encuentra en la necesidad de probar la inexistencia de todo daño, material o moral, si quiere ser absuelto. Prueba que puede resultar difícil, como hemos apuntado, especialmente en materia de perjuicios morales, pero no imposible ni mucho menos prohibida. De ahí que pese a la peculiaridad de la técnica probatoria establecida, la ley orgánica 1/1982 no se escape tampoco del principio general según el cual no hay responsabilidad sin daño*”.

⁷⁶⁶ En la presentación del proyecto de ley esta presunción fue desarrollada como *iure et de iure* en lo que respecta al daño moral e *iuris tantum* en lo que respecta a otros daños de carácter patrimonial.

⁷⁶⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO: “La protección de la personalidad en el derecho privado”, en *RDN*, enero-marzo 1974, p. 80.

⁷⁶⁸ Art. 9.2 LO 1/82.

⁷⁶⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, *Tratado de daños*, dirigido por Reglero Campos, Aranzadi, Pamplona, 2006, p. 1395.

el infractor. También se explicó el criterio con base en la idea de la prohibición del enriquecimiento injusto, sin embargo, esta institución también es distinta a la responsabilidad civil.^{770 771}

En cuanto al resto de los parámetros a los que hace referencia el art. 9.3 LO 1/82, no es éste el momento de analizarlos en profundidad; me limitaré, pues, a realizar algunas observaciones generales:

1) En lo atinente a las “circunstancias del caso”, la jurisprudencia siempre ha tenido en cuenta las de carácter subjetivo, referidas a la víctima del daño, tales como su edad y reputación social mejor o peor (dada la propia imposición que realiza el art. 2.1 LO 1/82). En cambio, en la actualidad, se entiende que atentaría contra el art. 14 CE tener en cuenta el sexo del perjudicado. Además, se plantea el problema de la inclusión, dentro de las “circunstancias del caso”, de algunos criterios que no aparecen expresamente mencionados en el art. 9.3 LO 1/82, como ocurre, por ejemplo, con la situación económica del perjudicado. Si de daños morales se trata, difícilmente esa situación podrá ser tenida en cuenta para fijar la indemnización porque la misma lesión a la intimidad o al honor se le puede causar a un personaje rico que a otro pobre.⁷⁷²

2) En cuanto a “la gravedad de la lesión efectivamente producida” confirma el carácter meramente compensatorio de la indemnización por daño moral. El legislador no se refiere a la gravedad de la conducta, sino sólo a la lesión que aquélla reporta a la víctima. Y es que, a los efectos de la responsabilidad civil, será irrelevante que dicha conducta sea más o menos grave, más o menos reprochable, lo determinante será el perjuicio sufrido. No obstante, cuando de daños morales se trata, no puede negarse que la indemnización podría ser mayor en los casos de dolo o culpa grave, y menor en los de culpa leve o levísima, porque, como dice PANTALEÓN, según se dé uno u otro caso, será mayor o menor el daño moral mismo, la repercusión psíquica que el hecho dañoso tenga sobre el perjudicado.⁷⁷³

⁷⁷⁰ En ese sentido: MARTÍN CASALS, MIGUEL Y SALVADOR CODERCH, PABLO.: “Comentario a la STS ...”, *cit.*, p. 76

⁷⁷¹ Los Tribunales, en las pocas ocasiones en que utilizaron el criterio del “beneficio obtenido por el infractor” para fijar la indemnización, también reconocieron los problemas que planteaba. En ese sentido es bien ilustrativa la STS 7 diciembre 1995 (RJ 1995, 9268).

⁷⁷² Sin embargo, en alguna ocasión ese criterio ha sido tenido en cuenta por el TS para disminuir la indemnización. Así ha sucedido en la, ya comentada, STS 14 noviembre 2002.

⁷⁷³ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO.: “Comentario al art. 1.902”, en Comentarios al Código Civil, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 1971.

Para determinar la gravedad de la lesión, dice el art. 9.3 LO 1/82, se puede tener cuenta “*la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*”. La referencia a este criterio parece pensada para los supuestos que más se presentan en la práctica: intromisiones ilegítimas producidas mediante los medios de comunicación. Así, para valorar la audiencia o difusión, los tribunales tienen en cuenta el número de ejemplares vendidos, encuestas de audición, etc. Sin embargo, también puede ocurrir que la intromisión no se produzca mediante un medio de comunicación social, sino a través de un escrito privado o circular. Tradicionalmente, la jurisprudencia ha venido considerando que el ámbito geográfico del medio, al ser indicativo de la difusión o audiencia, está íntimamente relacionado con la gravedad de la lesión. Sin embargo, como ya han matizado algunos autores⁷⁷⁴ y algunas sentencias,⁷⁷⁵ no siempre ocurrirá así: en algunos casos, a pesar de que dicho ámbito geográfico sea reducido, la lesión puede ser muy grave cuando se lleve a cabo en algún medio local o regional de gran difusión en el lugar en que el difamado vive o desarrolla su actividad social o profesional. El criterio de la difusión o audiencia, en los últimos tiempos, presenta un problema añadido que debe ser tenido en cuenta: las agresiones ilegítimas producidas mediante la moderna sociedad de la información y especialmente a través de Internet. En esos casos, puede conseguirse, por ejemplo, que una imagen o un sonido alcancen una difusión casi infinita. Lo peor es que, además, difícilmente funcionará la tutela inhibitoria o negatoria, ya que resulta imposible controlar el reenvío privado entre particulares. Como síntesis de la aplicación de los criterios del art. 9.3 LO 1/82 para la fijación del daño, puede traerse a colación la reciente STS 24 julio 2012.⁷⁷⁶

⁷⁷⁴ MARTÍN CASALS, MIGUEL SALVADOR CODERCH, PABLO: “Comentario a la STS...”, *cit.*, p. 761; MARTÍN CASALS, MIGUEL: “Notas sobre la indemnización...”, *cit.*, pp. 1271 y 1272; YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: “Daños a los derechos de la personalidad...”, *cit.*, p. 1396.

⁷⁷⁵ En ese sentido, puede verse la STS 21 febrero 2000 (RJ 2000, 751), que tiene en cuenta el hecho de que el periódico fuera de ámbito regional.

⁷⁷⁶ STS 24 julio 2012 (RJ 2012, 8371) que ha concedido una cuantiosa indemnización (310.000 euros) a la actriz Elsa Pataky, en un caso que tuvo, en su día, gran repercusión mediática. Los hechos fueron los siguientes: La actriz estaba en una playa apartada, evitando las miradas ajenas, para realizar un reportaje fotográfico para otra revista, para la que iba a posar sin llevar la parte de arriba del bikini, pero sólo de espaldas. Otro medio de comunicación captó imágenes de la actriz mientras llevaba a cabo la susodicha sesión fotográfica, y consiguieron incluso imágenes en las que aparecía desnuda de cintura para arriba, dándoles publicación en la Revista *Interviú* y *Cuore*. Los Tribunales dieron la razón a la actriz y entendieron que se produjo una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad y a la propia imagen porque ella no consintió ese tipo de fotografías (aun cuando tenía pactada la “exclusiva” de otras fotos con otra revista). A lo que aquí interesa, el TS considera que la valoración del daño realizado por el Juzgado de primera instancia es razonada y correcta, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso concreto, por lo que confirma la sentencia dictada en la primera instancia en orden a la valoración y reparación del daño. Así las cosas, para la valoración del daño moral se tuvieron en cuenta los siguientes criterios: de un lado, la entidad o gravedad del daño moral y la difusión que tuvieron los reportajes por las revistas demandadas. En cuanto a lo primero (gravedad del daño) considera el TS que la consiguiente angustia, desazón y graves sufrimiento moral que padeció la actriz al aparecer desnuda, máxime –y a este punto se le dio mucha importancia– cuando nunca antes había hecho posados de ese tipo, ni tampoco escenas cinematográficas (salvo una en una película, en la que aparece de espaldas). En relación con lo segundo (difusión de los reportajes), los Tribunales consideraron que tuvieron una notable repercusión mediática, porque se habló de ellos durante mucho tiempo en distintos programas radiofónicos y televisivos. Además,

Adelantándonos a nuestra postura de tesis final, entendemos que la LO 1/82 no constituye una inversión, ni la destrucción del sistema base de responsabilidad establecido en el CCE, sino, por el contrario viene a nutrir con una solución acorde a la realidad fuera del código, aplicando un criterio objetivo de responsabilidad, con la intervención de los elementos determinantes que funcionan como complementos del contenido del daño y su consecuente reparación; eliminando las posibles consecuencias negativas de la aplicación del sistema base de responsabilidad, fundado en la culpa, respecto a los daños derivados de la actividad de los MMC, argumentos que expondremos con mayor amplitud y consistencia en los acápites posteriores.

5.4 ELEMENTOS LEGITIMADORES DE LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y EXPRESIÓN. DETERMINANTES DE CONTENIDO Y DE REPARACIÓN

La acción potencialmente dañosa descrita en el art. 7 LO 1/82, no constituye por sí misma un elemento único a considerar a efectos de establecer la atribución de responsabilidad.⁷⁷⁷ Así lo han expresado, a través de una variada jurisprudencia, nuestros tribunales. Ahora bien, ello no quiere decir que desde nuestra óptica por la concomitancia de estos elementos que denominamos determinantes, no podamos hablar de una responsabilidad de carácter objetivo.

Desde nuestra postura de tesis objetiva, la intromisión ilegítima misma constituye un daño, por el solo hecho o acto de la intromisión ilegítima, sin necesidad de valoración subjetiva a los efectos de la atribución. Los elementos a los que llamamos determinantes de contenido o legitimación, vienen a funcionar delimitando y armonizando el contenido del derecho.⁷⁷⁸ Según

también se tuvo en cuenta los beneficios netos que obtuvo la revista con la publicación de las fotografías, por cuanto aumentó considerablemente el número de ejemplares vendidos. Este último criterio, no obstante, como ya se ha dicho, es altamente criticable porque no obedece a la reparación del daño. Además, conforme al art. 9.2 LO 1/82, y para evitar la propagación del daño y futuras intromisiones ilegítimas, se condenó a las demandadas a entregar a la demandante para su destrucción todas las fotografías captadas, así como se les prohibió divulgarlas o utilizarlas en un futuro. Por otro lado, como medio de reparación específica, se ordenó a las demandadas publicar la sentencia en los diarios, revistas y páginas digitales elegidas por la demandante.

⁷⁷⁷ Los elementos esenciales o legitimadores de la libertad de información determinan su alcance y viabilidad en la colisión con otros derechos y en la responsabilidad. A ello nos podemos remitir con las STC 171/1990 12 de noviembre; 40/1992 30 de marzo en 109 del 6 de mayo; 22/1995 30 de enero, en BOE 50 del 28 de febrero; 154/1999 14 de septiembre.

⁷⁷⁸ Una correcta armonización del juzgador exige considerar, además de las circunstancias concurrentes en cada caso, una doble disyuntiva: a) Dilucidar si nos encontramos ante un caso de libertad de expresión (art.20.1.a) o de libertad de información (art.20.1.d).b) En segundo lugar hay que analizar la entidad de la persona afectada y determinar su carácter público o privado. c) A la hora de examinar la veracidad, se debe distinguir cuidadosamente entre hechos y juicios de valor. Mientras que la realidad de los primeros puede probarse, los segundos no son susceptibles de prueba. Las opiniones, creencias o juicios de valor, no pueden ser objeto de prueba de la verdad; su único límite es no expresar afirmaciones injuriosas que carezcan de interés público y que sean ociosas para la formación de pensamientos, ideas u opiniones. Los hechos objeto de la información, sí son susceptibles de prueba. d) Se debe tener en cuenta en carácter noticiable de la noticia o mejor dicho su contenido informativo. e) También debe valorarse el vehículo a través del

nuestra postura la intromisión ilegítima que establece el art. 7.7 LO 1/82 resulta al solo efecto de la atribución objetiva de responsabilidad, pero el sistema de responsabilidad no se agota solamente en ello. Y entendemos que más allá de la discusión respecto de la gramática de la LO 1/82 y su interpretación, ya sea subjetiva u objetiva, el proceso en donde centra en definitiva el conflicto entre subjetivistas y objetivistas (unos pocos) con respecto a la interpretación de la LO 1/82, reside en última instancia en la reparación, y las consecuencias negativas de un criterio objetivo de responsabilidad sobre la actividad y el mercado de ideas, estas últimas en palabras de SALVADOR CODERCH.

Desde nuestra postura, podríamos entender que la LO 1/82 es netamente objetiva respecto al factor de responsabilidad que debe primar, conforme los argumentos que a posteriori desarrollaremos, a los que llamamos “*elementos determinantes*” vienen a funcionar con una doble funcionalidad, ya sea se encuentre dentro de círculo concéntrico del derecho contenido o no.⁷⁷⁹ Entendemos que la doble funcionalidad de los que llamamos elementos determinantes se canaliza a través de un funcionamiento como factor de equilibrio, pues condiciona y determina el contenido del derecho (condiciona el concepto de antijuridicidad) y por otro lado como determinante de reparación. Cuando del análisis objetivo de los elementos, éstos se encuentran fuera del círculo concéntrico de legitimación, entendemos que se localizan fuera del ejercicio legítimo de funcionalidad; y conforme los elementos determinantes estos funcionan como instrumentos para la determinación de la reparación. Y es allí donde no cabe argumento crítico en contra de la objetividad de estos daños, ya que, en definitiva, vienen a funcionar como elementos concomitantes en la determinación de la reparación del daño, y no como determinantes de los factores de atribución. Entenderlo en este sentido echa por tierra todos los argumentos negativos de los defensores del criterio subjetivista.

Estos vienen a dar contenido al concepto “intromisión ilegítima”, pero no como determinante de responsabilidad o factor de atribución, sino como complemento del sistema de límites de los derechos y, en su defecto determinando la cuantificación de la reparación. Y es en ese sentido en el que dirigimos este trabajo, que sólo pretende postular un ángulo de análisis diferente y posible que ponga en equilibrio las relaciones asimétricas de responsabilidad entre los MMC y los simples mortales, procurando un equilibrio justo, sin afectar la libertad y el desarrollo

cual la información ha sido transmitida, mereciendo más protección los medios de comunicación social que otros medios irregulares o anómalos, tales como los medios clandestinos, octavillas, etc.

⁷⁷⁹ Ver gráfico del capítulo.

de la empresa periodística, pero sin que ello conlleve el avasallamiento de los derechos individuales por sobre aspectos netamente comerciales que condicionan la actividad que desarrollan los MMC en la actualidad y los derechos de las personas.

Consideramos fundamental el análisis de estos elementos que constituyen la esencia de un conjunto instrumental, necesario para una correcta y justa armonización de los derechos, con incidencia sobre la aplicabilidad práctica en la determinación de los factores de atribución, pues como adelantamos anteriormente, sustentamos un criterio objetivo de responsabilidad, condicionado por la aplicación de los determinantes de contenido o de reparación, dependiendo del lugar donde operen.

En este sentido entendemos que la doctrina no se ha detenido en el análisis de estos elementos, muchas veces pretendiéndolos englobarlos dentro de elementos integrativos de los factores de atribución. Como manifestamos anteriormente, desde nuestra óptica, estos elementos tienen una doble funcionalidad, por un lado, constituyen lo que denominamos “*determinantes de contenido*”, que son los elementos materiales que delimitan y complementan el verdadero concepto de libertad de información y expresión; solo a través de la existencia de éstos, dentro de este esquema, tiene verdadero sentido y eficacia este derecho, sin que sean entendidos como elementos extraños o de carácter subjetivo. Por el contrario, estos elementos son netamente de tinte objetivo que vienen a conformar o dar sustancia real al concepto abstracto de libertad de expresión y libertad de información.⁷⁸⁰ Por otro lado, funcionan como “*determinantes de reparación*”, ya que cuando se exceden los límites, dan contenido al concepto de libertad de expresión y libertad de información, comienzan a funcionar en este sentido.

No podemos desconocer la importancia que ocupan los elementos determinantes a la hora de concretar el contenido y los criterios de reparación.⁷⁸¹ Por lo tanto considerar la existencia de

⁷⁸⁰ Ya que como manifestamos en el capítulo anterior, sostenemos un criterio de *delimitación de derechos*, y éstos son los elementos centrales en este criterio. Ahora cabe determinar si estos elementos pueden existir individualmente o se necesitan de manera inescindible para surtir efecto.

⁷⁸¹ Nuestra jurisprudencia ha acogido criterios de reparación ante las intromisiones ilegítimas otros instrumentos de reparación distinta o alternativas a la indemnización. Esta hipótesis puede darse porque, ante una intromisión ilegítima, el sujeto dispone, como hemos dicho al principio, de otras medidas distintas a la indemnizatoria, y alguna de ellas podría llegar a reparar la totalidad del daño, sin que por ende quede ya nada por indemnizar. Así sucede cuando el daño queda reparado, por ejemplo, con la publicación total o parcial de la sentencia o con el ejercicio del derecho de réplica o con la rectificación. En realidad, la indemnización de daños y perjuicios sólo debería acogerse cuando, solicitado el resarcimiento en forma específica, éste sea insuficiente y no alcance a reparar la totalidad del daño. En cambio, cuando el juez entienda que el daño ya queda reparado íntegramente con esas medidas, la sentencia debería ser exoneratoria en cuanto a la indemnización. Lamentablemente nuestra jurisprudencia parece infravalorar la eficacia reparadora de esas otras formas de resarcimiento contempladas en el art. 9.2 LO 1/82 y, casi por inercia, suele condenar a indemnizar. No obstante, hay alguna excepción digna de destacar: se trata de la STS 5 mayo 1988 (RJ 1988, 3881),

un criterio subjetivo de atribución resulta incongruente para los que sostenemos esta postura, pues constituyen en sí elementos externos al acto que, en definitiva, son los determinantes últimos para la atribución de responsabilidad, como consecuencia de la fusión de una funcionalidad de contenido y otra de reparación o *quantum* de la misma.

Estos elementos determinantes o esenciales para la configuración del legítimo ejercicio de estos derechos podrían enumerarse en:

1).- VERACIDAD: a).- **Subjetiva:** Contrastación diligente de la información, se traduce en una conducta del profesional de la información. b).-**Objetiva:** Identidad absoluta entre la información y la verdad, se manifiesta en una identidad entre la información y la realidad, la que puede ser sustancial o no. Podemos hacer alusión aquí también a la forma de la exposición de la noticia y su finalidad.

2).- RELEVANCIA PÚBLICA O INFORMATIVA: **Subjetiva:** en razón de los personajes involucrados. a).- Públicos. b).- Públicos en ocasión de un acontecimiento c).- Privados. **Objetiva:** en razón del acontecimiento informado (opinión Pública y Contenido noticable o informativo de actividad pública o privada).

3).- VEHÍCULO DE LA NOTICIA: **Subjetivo:** a).- Periodistas o profesionales de la información. b).- Particulares. c).- MMC. **Objetivo:** Está integrado por la actividad de la prensa.

que apreció la existencia de intromisión ilegítima, pero no concedió indemnización alguna al demandante, pues se limitaron a condenar a los demandados a abstenerse en un futuro de realizar manifestación alguna en contra del demandante, así como a divulgar la sentencia mediante su publicación en algunos periódicos de alcance local, regional y nacional, y a través de su difusión en varias emisoras de radio.



5.4.1 LA VERACIDAD INFORMATIVA

Protágoras, uno de los primeros sofistas de la antigüedad, en su tercer libro titulado “*Acerca de la verdad*”, expresa en su afirmación central, conocida como la tesis de la *homo mensura*: “*El hombre es la medida de las cosas, de las que son en tanto son y de las que no son en tanto no son*”, lo que implica acabadamente que cualquier valoración lo es *sine qua non* de carácter subjetivo, y por lo tanto nunca conlleva una verdad de carácter absoluto u objetivo.

Siguiendo lo expresado por PROTÁGORAS, dentro de las disciplinas prácticas, el término “veracidad” adquiere un carácter relativo, por lo ambiguo y vago de su esencia. Por ello, el término que más se acerca a ella, es la verosimilitud, que es lo más cercano a la verdad, y este término constituye el marco donde se desarrolla de manera más acabada la actividad periodística o que desarrollan los MMC.

La actividad periodística como integrante de las disciplinas prácticas, está configurada por dos elementos subjetivos: un sujeto receptor pasivo quien recibe la información y está dispuesto en la mayoría de los casos, a aceptar la información sin indagar o cuestionar su exactitud, imparcialidad o posibles tendencias persuasivas, las que muchas veces se encuentran camufladas en un estilo objetivador, imperceptible para el sujeto. Abordaremos estos aspectos con mayor profundidad con el desarrollo del acápite.

Ahora bien, más allá de la relatividad que encontramos en el término veracidad de la noticia, éste posee caracteres propios que le otorgan su esencia funcional junto al criterio formal y material de comunicabilidad, los que en conjunto contribuyen a configurar el elemento legitimador del ejercicio del derecho de información.

El concepto de veracidad, más allá de otorgarle el carácter de determinante de contenido, no tiene la misma entidad legitimadora en todos los derechos en conflicto,⁷⁸² así cuando hablamos de libertad de expresión la veracidad no tiene mayor entidad ya que dentro de este derecho el contenido está dado por la opiniones o expresiones carentes de entidad fáctica en esencia. Cuando abordamos el otro conjunto de derechos que pueden colisionar, como la intimidad o la propia imagen, tampoco tiene entidad legitimadora, ya que le veracidad no constituye un elemento determinante de legitimación respecto de estos derechos. Por eso, verdad e información aparecen como dos pilares básicos en toda actividad comunicativa pretendidamente justa: si tal y como parece, la información es una necesidad humana y social básica, deberá convertirse también en un derecho básico del que goce toda persona. Si a ello se añade el elemento de verdad o veracidad que debe regir todo mensaje, la vinculación entre la comunicación y un cierto sentido de la justicia y responsabilidad va percibiéndose con mayor nitidez.

Verdad e información e incluso el mismo acto comunicativo comienzan a cobrar un valor no sólo social o moral, sino fundamentalmente jurídico, desde el momento en que el sujeto receptor se ha convertido en consumidor de información y sujeto titular de un derecho constitucional con transcendencia dentro del marco social democrático.⁷⁸³

5.4.1.1 LA VERACIDAD CONSAGRADA EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

La veracidad a la que hace referencia la CE, no es un término simple, sino todo lo contrario, está compuesto por múltiples elementos, que deben conjugarse y armonizarse a efectos de comprender su entidad.

En primer lugar, se ha pretendido establecer una categoría de verdad objetiva de la información, como absoluta e incontestable. Pero no podemos olvidar que estamos ante una

⁷⁸² Por un lado tenemos la libertad de expresión y la libertad de información y por otro, el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.

⁷⁸³ En este sentido podemos afirmar que: • La información se consolida como un derecho humano: La comunicación de mensajes informativos cobra entidad como derecho. Explicado su valor como necesidad humana, y por tanto, justificada su conversión en derecho, todo ser humano debe gozar y disfrutar del mismo. y este derecho, que entronca así con una justificación propia del iusnaturalismo, deberá dar como resultado la realización de la justicia en cada acto de comunicación. • El informador tiene la obligación jurídica del desarrollo de su actividad: Esto significa cumplir con la labor profesional conforme el nivel de profesionalidad que la actividad exige, lo que agrava los parámetros de responsabilidad respecto del profesional. Por tanto, aquello que para el ciudadano de a pie es un derecho, comienza a configurarse como un deber y obligación⁷⁸³ para el profesional de la comunicación. • El público comienza a exigir el cumplimiento de sus derechos: El derecho del ser humano a saber, a conocer, a recibir información, etc., abandona la divagación teórica para transformarse en una exigencia real, con las correspondientes responsabilidades.

actividad práctica, y establecer un criterio de verdad de carácter objetivo resulta tarea difícil, desde el punto de vista metafísico.⁷⁸⁴

La veracidad en la información constituye un elemento fundamental en la fuerza legitimadora, así lo han declarado nuestros tribunales, cuando manifiestan que la narración de unos hechos verdaderos, nunca puede constituir una ofensa al honor,⁷⁸⁵ aunque sí a la intimidad. Es decir, como se ha señalado, un ataque veraz no es ataque al honor, porque no hay honor que proteger; será una apariencia de honor, pero no auténtico honor. Y es que cuando se divulgan hechos veraces relativos a una persona, no se perjudica la fama o el honor de esa persona, que en realidad ya está “perjudicada” por sí misma; lo único que hace tal información es revelar que tal fama u honor no existen. El deshonor no constituye la difusión de tal noticia, sino la propia conducta que se narra.⁷⁸⁶ Por lo tanto, la veracidad se erige como un verdadero salvoconducto del profesional de la información, frente a las pretensiones de protección del derecho al honor de los aludidos por la información.

La otra categoría de construir un criterio jurídicamente único de veracidad, consiste en establecer una categoría de veracidad subjetiva⁷⁸⁷. La que debe ser entendida como “*la constatación diligente*⁷⁸⁸ *de lo informado y no como necesaria adecuación, en todos sus extremos,*

⁷⁸⁴ CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN, *op. cit.*, p. 165 y ss. Esta expresa que la verdad exigida por el art. 20.1 apartado d) no puede ser metafísica, ya que no existe una idéntica y exacta correspondencia entre lo narrado y la realidad como ha pretendido en STS de 17/03/1969 y 22/01/1970 y la STC de 168/1986 de 22 de diciembre.

⁷⁸⁵ Pero nada impide que tal información, por veraz que resulte, atente contra el derecho a la intimidad, al revelar públicamente conductas que, siendo veraces, pertenecen al ámbito íntimo y reservado de la persona. También encontramos en la STC 127/2003 de 30 de Junio que expresa que aunque la información sea veraz, la forma de descripción de la misma puede constituir un daño.

⁷⁸⁶ LLAMAS POMBO, EUGENIO, *op. cit.*, p. 5.

⁷⁸⁷ No resulta muy feliz el término *verdad subjetiva*, consideramos apropiado la utilización del término *deber de diligencia en la obtención de la información o la verdad*. Desde el punto de vista filosófico del derecho, tanto la verdad como la subjetividad constituyen elementos inconciliables. La verdad constituye un elemento absoluto en la naturaleza, cuya obtención resulta imposible por lo subjetivo, que imbuido de un bagaje de vida o subjetivismo resulta empresa difícil la obtención de la verdad pura, sin un mínimo de subjetividad. Razón por la cual estamos hablando de términos inconciliables, aunque no desconocemos que jurídicamente pueda resultar conducente y jurídicamente práctica su utilización, pero así también no podemos olvidar la unicidad de la ciencia y la filosofía del derecho como integrante y basamento de la ciencia del derecho.

⁷⁸⁸ LLAMAS POMBO, EUGENIO, *op. cit.*, p 5 y ss, sostiene que el criterio de la “*comprobación razonable de la información, conforme a la diligencia media exigible a un profesional*” sólo podrá utilizarse cuando quien difundió la información sometida a examen sea efectivamente un profesional. La aplicación coherente del concepto de culpa, como omisión de la diligencia que exigen las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar -*ex artículo 1.104 CCE-*, impide aplicar dicho criterio cuando el informador no sea profesional. En tal supuesto, habría que acudir a la diligencia propia del buen padre de familia, la del hombre medio -*the reasonable man of prudence-*, con lo que el deber de comprobación y de multiplicación de fuentes descende así a niveles de verdadera irresponsabilidad. Así mismo hemos señalado que la diligencia exigible a un profesional de la información no puede precisarse *a priori* y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación, por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso (STC 240/1992 de 21 de diciembre, en BOE 17 del 20 de Enero de 1993 en fj. 7º y 136/2004 de 13 de julio, fj. 3º entre otras sentencias).

a la verdad objetiva del hecho noticiado”,^{789 790} la que debe ir acompañada de otros elementos conforme la calidad de los sujetos y objeto en la información⁷⁹¹. Asimismo, debemos agregar que cuando hablamos de la intimidad además de veraz (sin que esta característica tenga entidad legitimadora), ha de ser una noticia de relevancia o interés público^{792 793}.

⁷⁸⁹ Aunque no haya una específica conceptualización de lo que implica este concepto.

⁷⁹⁰ STC 158/2003 del 15 de Septiembre en su fj. 4º; STC 107/1988 de 8 de Junio en BOE 152 del 21 de Junio, establece “...no se exige que se trata de hechos absolutamente incontrovertibles, sino que la conducta del informador sea diligente en la averiguación de los mismos”. En similar sentido se expresa la STC 6/1988 de 21 de enero cuando expresa “...cuando la constitución requiere que la información sea veraz, no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas- o sencillamente no probadas en juicio- cuando estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que trasmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien, defraudando el derecho de todos a la información, actué con menosprecio de la veracidad o falsedad de los comunicado. El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero si ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse la verdad como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de seguridad jurídica sea el silencio”. En la misma tesitura encontramos la STC 105/1990 de 6 de junio cuando afirma que “... el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad no se satisface con la pura y genérica a fuentes indeterminadas, que en ningún caso liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber, pues, al asumir y transmitir a la opinión pública la noticia, también asume personalmente su veracidad o in veracidad, en cuanto a que la obligación de contrastar la verosimilitud de la noticia es un deber propio y específico de cada informador, que es el que esté ejerciendo el derecho a informar y, por tanto, aquel al que incumbe no exceder sus límites, evitando la propagación de noticias que, aun procediendo de sedicentes fuentes bien informadas, no se ha preocupado de contrastar con diligencia razonable y resulten después ser lesivas del derecho al honor o a la intimidad personal, cuya falta de fundamento pudo comprobar si hubiera desplegado esa diligencia que, a tal efecto exige el ejercicio serio y responsable del fundamental derecho a comunicar información”. STC 3/1997 de 13 de enero en BOE 39 del 14 de febrero, STC 143/1991 del 1 de julio en BOE 174 de 22 de julio y 41/1994 del 15 de febrero en BOE 65 de 17 de marzo.

⁷⁹¹ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *op. cit.*, pp. 151 y ss.

⁷⁹² STC 197/1991 de 17/10/1991 en BOE 274 del 15 de noviembre, manifiesta “...la legitimidad de las intromisiones informativas en el honor y en la intimidad personal y familiar, requiere, por consiguiente, no solo que la información sea veraz, requisito necesario pero no suficiente, sino que la información por la relevancia pública de su contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto a que se refiere... El requisito de la verdad merece distinto tratamiento según se trate de derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora en las intromisiones en el honor, si se trata de derecho a la intimidad esa veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca, dado que la realidad de esta requieren que sean veraces los hechos de la vida privada que se divulgan. El criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad de las personas es por ello la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que siendo verdadero, su comunicación a la opinión pública resulte justificada en función del interés público del asunto sobre el que se informa” asimismo, sienta en sus fundamentos el problema de los límites a soportar por el derecho a la intimidad de la persona, cuando existe relevancia pública de la noticia. En este mismo sentido se manifiestan las STC 20/1992 de 14/02/1992 en BOE 66 del 17 de marzo y STC 22/1995 de 30/01/1995, en BOE 50 de 28 de febrero.

⁷⁹³ SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO, *op. cit.*, p. 192, expresa: “Por su peligrosa ambigüedad creemos que este nuevo elemento de interés público puede complicar más que ayudar a fijar la siempre vidriosa e inestable relación entre la libertad de expresión y la intimidad personal. Hablar de interés público en relación a la información dentro de una sociedad definida como pluralista, puede dar paso a una peligroso juego de subjetividades de los llamados a proteger estos derechos. A nuestro modesto juicio, es más prudente y seguro atenerse a una concepción restringida de la intimidad personal y perseguir todo lo que incida en la misma, medie o no un supuesto interés público. Esta es precisamente la idea que campea en la ley orgánica 1/82, cuyos artículos 2 y 7 ignoraron toda referencia a este elementos”.

Nuestros tribunales, atendiendo a la influencia del conocido fallo *New York Times Co. vs. Sullivan*, han construido un criterio de veracidad informativa,⁷⁹⁴ basado principalmente en aspectos subjetivos del informador, a partir de la STC 6/1988 de 21 enero de 1988.

Creemos que tanto una postura como otra dentro de un esquema pétreo no resultan idóneas para dar respuesta a las necesidades de una ciencia práctica como es el derecho. Entendemos que estas deben ser conciliadas, en pos de una armónica y justa concreción de estos derechos.

LLAMAS POMBO expresa su disconformidad con la doctrina vertida por el TC, cuando expresa el autor: *“El concepto jurídico de veracidad informativa, vertida por nuestros tribunales, se construye desde un análisis subjetivo de la conducta razonable y diligente por parte del informador, realizando las comprobaciones y adoptando las precauciones que en todo caso hubiera previsto un buen profesional, o el profesional medio,⁷⁹⁵ y no del contraste objetivo entre la realidad y el mensaje difundido. Se enjuicia la veracidad, por tanto, examinando el cumplimiento subjetivo de la lex artis periodística, de las reglas del “buen hacer” periodístico. Así, veracidad significa “que el informador tiene el deber de contrastar las fuentes de la información, mediante las oportunas averiguaciones, y con la diligencia media exigible a un profesional”.*⁷⁹⁶

Más allá de la solvencia jurídica del maestro y en un acto de rebeldía consciente y sana, podríamos sostener que actualmente, en un contexto donde los MMC han configurado un esquema de poder insoslayable, a través del manejo de la información,⁷⁹⁷ como herramienta potencialmente riesgosa y considerando las consecuencias que ella puede generar en una sociedad, entendemos que la verdad informativa sustentada en un elemento subjetivo o diligencia del profesional de la información, reducida a la mera conducta diligente de cualquier profesional, deviene a todas luces peligroso.

Resulta innegable la existencia de un aspecto de carácter objetivo y esencial dentro de la información que debe existir entre el mensaje difundido y la realidad, para que el primero cumpla

⁷⁹⁴ Podemos encontrar un pormenorizado detalle de todas las STC que se han ocupado de la veracidad informativa, en SARAZÁ JIMENA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 237 y ss.

⁷⁹⁵ STC del 14 de septiembre de 1999 núm. 154/1999 en BOE del 19 de octubre de 1999.

⁷⁹⁶ LLAMAS POMBO, EUGENIO, *op. cit.*, p. 9.

⁷⁹⁷ No es menos que hace pocos días la Real Academia Española haya incorporado el término posverdad como nueva palabra actualizando el vocabulario con este neologismo y conceptualizándola como: *“Distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales”*. Los demagogos son maestros de la posverdad.

con el requisito de veracidad.⁷⁹⁸ Pues más allá de que el MMC o el profesional de la información se hayan conducido con cierta diligencia profesional, nada impide por ello que el resultado pueda ser inexacto por tanto, provocar un daño. Por lo que entendemos y siguiendo este razonamiento que por el solo hecho de ejercer el derecho a la libertad de expresión y/o información, con idéntica trascendencia social que otras actividades donde se aplica un criterio de atribución objetivo, estos deben quedar sin reparación.

Sin ánimo de ser reiterativos pero con sostenido criterio intelectual, no participamos del argumento justificativo de la verdad como diligencia subjetiva.⁷⁹⁹ Pues cuando una información falta a la verdad, por muy diligentemente contrastada que haya sido, no satisface el derecho a la información, ni los objetivos institucionales de la propia libertad de información. Más bien sucede justamente lo contrario, dado que tal información no sólo no coadyuva a la formación de la opinión pública, sino que además confunde desinformando, obviamente cuando el error sea sustancial o esencial y de ello resulte un daño y no cuando estemos ante aspectos accesorios e irrelevantes de la información.⁸⁰⁰

Además, como hemos señalado, nada justifica que algunas personas difamadas, deban pagar individualmente por unos beneficios que, supuestamente, obtiene toda la sociedad. *Bajo este razonamiento todos se benefician del disfrute de derechos constitucionales que pocos soportan involuntariamente, solución acabadamente injusta la que no compartimos.*⁸⁰¹ Ahora bien, seguramente alguna mente perspicaz podrá afirmar que en algunos casos, especialmente de personajes de trascendencia pública;⁸⁰² por su propio accionar existe un consentimiento indirecto

⁷⁹⁸ Nuestros tribunales, muchas veces en nombre de la libertad de expresión, con demasiada permisividad han expresado que la regla de la veracidad no exige que los hechos sean rigurosamente verdaderos y dado la posición de esta libertad cabe tolerar alguna inexacta e injusta crítica. LLAMAS POMBO, Eugenio, *op. cit.*, p. 9 y ss. En este sentido el autor citando las STC 15 de febrero de 1990 y la del 12 de Abril de 1990 manifiesta desacuerdo con esta postura.

⁷⁹⁹ Sugerimos el exquisito artículo de PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: “La constitución, el honor y unos abrigos”, *Diario La Ley* de 10 de mayo de 1996 núm. 4033, pp. 1689 a 1694.

⁸⁰⁰ *Como expresamos anteriormente, el derecho a la libertad de información ha dejado de ser para el sujeto un derecho pasivo, para convertirse en un derecho activo cuya exigencia yace en su persona. Por lo que podemos afirmar que cuando el derecho a la libertad de información es ultrajado mediante una difamación y se trata de un damnificado público, existe un doble daño. Primero, el sujeto aludido (daño directo) y otro, la sociedad en general (daño reflejo o indirecto), ya que desinforma, distorsiona o manipula la opinión pública, lo que puede llegar a generar materialmente una grave daño social, conforme la tendencia que puede generar en la opinión pública una mala información. Por ejemplo: una información que desacredite o injurie a un político y que como daño reflejo o indirecto genere desconfianza en la gestión económica o política del país, lo que puede producir la sensación de inseguridad jurídica y por consiguiente la fuga de capitales, produciendo un cataclismo económico de magnitudes inimaginables.*

⁸⁰¹ SALVADOR CODERCH, PABLO: *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 65.

⁸⁰² TEDH ha expresado en el caso *Linger vs. Austria* 8 de julio de 1986, que al situarse libre y voluntariamente como persona de relevancia pública, se expone libre e inevitablemente a la fiscalización atenta de sus actos y gestos, tanto por parte de los profesionales de la información como por los ciudadanos comunes, en razón de ello debe mostrarse

o tácito a soportar el libelo, al momento de asumir un rol público en la sociedad. En todo caso, aun admitiendo la legitimidad o necesidad de tales intromisiones en algunos casos, nada debería oponerse a que civilmente se repare el daño causado, el que no solo daña al sujeto difamado o víctima del libelo, sino que atenta contra un derecho constitucional que es a recibir información veraz. Y esa reparación, que tantos dolores de cabeza genera a aquellos que pretenden dar argumentos de sostenibilidad de un criterio subjetivo de atribución, en contraposición a lo establecido en la LO 1/82, entendemos con un idealismo pragmático y hacia la perfección que la reparación no necesariamente debe ser pecuniaria ni devastadora de la actividad empresarial de los MMC.

Precisamente, la moderna concepción de la responsabilidad civil, está orientada al único objeto de la reparación del daño, prescindiendo mayoritariamente de todo matiz de reproche fundado en la culpa, doctrina a la que no suscribimos sin observaciones de importancia. Lo cierto es que, cuando nuestros tribunales reputan como legítima la intromisión en el derecho al honor, la intimidad o la propia imagen privan a la víctima de toda reparación, lo que consideramos injusto,⁸⁰³ atento a que no asiste razón jurídica y constituye una contradicción al sistema de responsabilidad civil, desde el momento en que existe (daño, antijuridicidad, relación de causalidad y factor de atribución). Por tanto, resulta arbitrario entender que el sujeto debe soportar un daño injustificado en beneficio de la sociedad.

Por ello consideramos que lo más acertado sería establecer criterios intermedios o mixtos de valoración de la verdad, donde se puedan conjugar la verdad objetiva y la subjetiva.⁸⁰⁴ Coincidimos, sin duda alguna, en atender como presupuesto de veracidad la conducta diligente en la obtención y contrastación de la información por parte del informador, como procedimiento deontológico necesario en la actividad del profesional de la información, pero solo como eso y solo así, y no como un mecanismo de excusabilidad o causa de justificación en el ejercicio de la acción. Considerar como criterio insoslayable la conducta del emisor para valorar

más tolerante, ante posibles intromisiones. Caso Sendai Times del 26 de abril de 1979. caso Gómez López da Silva del 28 de Septiembre de 2000.

⁸⁰³ LLAMAS POMBO, EUGENIO, *op. cit.*, 6 y ss, expresa “*Se trata, en realidad, de comprender adecuadamente el requisito de la antijuridicidad dentro de la teoría del moderno derecho de daños. La dimensión institucional de la libertad de expresión, puede justificar que ciertas afirmaciones erróneas o falsas lesionen el derecho al honor de un ciudadano, en aras de los intereses generales; pero desde luego no convierte en justa la difamación. La conducta del informador diligente pero falaz no merecerá reproche, ni será antijurídica, pero el daño sigue siendo injusto, y tal es el concepto moderno de antijuridicidad-danno iniusto, dice la doctrina italiana*”.

⁸⁰⁴ BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 172, cuando afirma que la exigencia constitucional de veracidad impone, no la verdad objetiva, sino la subjetiva o cumplimiento de un mínimo de deber de comprobación, cuyo contenido variará según el caso concreto.

responsabilidades y prescindir de la verdad objetiva, equivale a prescindir del daño mismo, que constituye un elemento importante en la atribución de responsabilidad. Más allá de que haya existido contrastación en la información, cuando esta no corresponde con la realidad, o aun si correspondiese con la realidad, pero es atentatoria de nuestro honor, intimidad o imagen siempre y cuando este error sea sustancial, conforme al núcleo de la información debemos hablar de responsables.

Con respecto a la verdad objetiva, sin sostener un criterio ortodoxo, la misma debe ser entendida como un elemento esencial de resultado, ya que, como manifestamos anteriormente, no sólo están en juego los derechos individuales del lesionado, sino también el derecho constitucional de la sociedad toda. Por supuesto, cuando hacemos alusión a la verdad objetiva, ésta debe ser entendida en su carácter sustancial, al momento de valorar los posibles daños, pues si el error o la ausencia de verdad objetiva son meramente accesorios y no sustanciales, la misma carece de reparación.

Tampoco creemos conveniente, ni de jurídica práctica, lo sostenido por PIZARRO,⁸⁰⁵ para quien la verdad debe coincidir plenamente y exactamente en todos los casos, aun cuando la noticia provenga de una agencia informativa confiable y el contenido de la información sea de imposible contrastación por parte del medio, como si se tratase de un criterio de tinte netamente objetivo, sin posibilidad de nomenclatura alguna.

Es certero que actualmente y conforme el sistema de captación y distribución de la información, el mayor flujo de noticias proviene de agencias de noticias dentro de un marco globalizado, lo que hace materialmente imposible a los MMC contrastar todas y cada una de las informaciones recibidas, lo que generaría una diligencia imposible y hasta antieconómica para la actividad. Aun así, no creemos que ello justifique trasladar al damnificado el riesgo de las posibles inexactitudes, con las salvedades manifestadas *ut supra*. Para nosotros, siempre y cuando la noticia provenga de una fuente confiable y habitual de información, el MMC será responsable de la exactitud y fidelidad de lo informado, pero no de su verdad intrínseca, la que podría recaer también en la agencia de distribución.

Actualmente cuando la palabra posverdad ha tomado entidad de contenido consideramos que la veracidad debe ser íntegra y no disfrazada, desvirtuándola con el fin de conseguir fines

⁸⁰⁵ PIZARRO, RAMÓN DANIEL: *Responsabilidad civil de los...*, cit., p. 159 y ss.

publicitarios, los que en muchas ocasiones disfraza una realidad. MOSSET ITURRASPE Y SAUX expresan “*Cabría responsabilidad a los medios, por las consecuencias dañosas que sigan de la publicación abusiva de una noticia verdadera; que es el caso de la difusión con omisión de precisiones, para infundirle mayor vigor o lograr un impacto sensacionalista, dejando de lado reservas que la debieron integrar, ahondando innecesariamente en cuestiones intrascendentes, utilizando títulos que no armonizan con el contenido de la noticia, o términos asertivos en lugar de condicionales, con mengua de la reputación o de la reserva de las personales aludidas*”.⁸⁰⁶

5.4.1.2 LA VERACIDAD Y SU RELATIVA FUNCIÓN LEGITIMADORA

Hay que establecer algunas diferencias respecto del funcionamiento de la veracidad, dependiendo del derecho que hablemos. Por veracidad cabría entender una correspondencia entre los hechos transmitidos y la realidad; no obstante, el máximo intérprete de la constitución ha desobjetivado la cuestión, al considerar que de imponerse la verdad absoluta, la única garantía jurídica sería el silencio como protección.

La libertad de información debe cumplir con la exigencia de veracidad para tener la tutela constitucional. En cambio este requisito no es exigible a la libertad de expresión en sentido estricto, dada su naturaleza eminentemente subjetiva. En un primer momento la jurisprudencia del TC, aunque refiriéndose fundamentalmente a la información periodística, consideró que la pluralidad de fuentes informativas era garantía de la veracidad de la información. Posteriormente convirtió la veracidad en una exigencia intrínseca para obtener la tutela constitucional, equiparó la veracidad a comportarse con una razonable diligencia profesional en la obtención de la información y admitió que las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre. Tras la STC 6/1988, de 21 de enero, fj. 5º, la veracidad se convierte en una exigencia intrínseca, una condición requerida en cada caso, de la protección constitucional de la información, dejando de ser sólo una garantía general del pluralismo informativo.⁸⁰⁷

⁸⁰⁶ MOSSET ITURRASPE, JORGE Y SAUX, EDGARDO IGNACIO, “*Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones*”, ponencia presentada a las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, núm. 7, 12 y 13, *in fine*, Buenos Aires 1990, pp. 26 y ss. Así mismo encontramos soluciones similares tanto en la doctrina RIVERA, JULIO CESAR: “*Libertad de Prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente*”, LL, 1985-B-114. ZANNONI, EDUARDO A: “El factor de atribución de los medios masivos de comunicación”, t. II núm. 5, en *Responsabilidad por daños*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 23. Como así también en la jurisprudencia (“CSJN 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín vs Editorial Atlántida S.A.” LL, 1985-B-120, JA 1985-I-534 y 15/3/1986 “Campillay Julio vs. la Razón, Crónica y Diario popular”, ED, 118-305).

⁸⁰⁷ Vid. CARRILLO, MARC, *Derecho a la información...*, *op. cit.*, pp. 191 y ss.

La exigencia de razonable diligencia profesional aparece en el mismo fundamento de la sentencia analizada, cuando señala que se garantiza el derecho de todos a comunicar hechos y conductas veraces, esto es vertido con diligencia razonable, aunque puedan resultar erróneos. Al informador *“se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose así de la garantía constitucional a quien defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menoscabo de la veracidad o falsedad de lo comunicado”*.⁸⁰⁸

El nivel de diligencia, que es necesario para garantizar la veracidad en la jurisprudencia constitucional, es sintetizado por la STC 190/1996, fj. 3.º cuando señala: *“Dicho nivel se sitúa en el amplio espacio que media entre la verificación estricta y exhaustiva de un hecho, en un extremo, y la transmisión de suposiciones, meras invenciones, insinuaciones insidiosas, o noticias gratuitas o infundadas cuando la información pueda suponer el descrédito ajeno (SSTC 6/1988, 171/1990, 139/1995), en el otro. Su precisión, que es la del nivel de razonabilidad en la comprobación de los hechos afirmados, viene dada por los deberes profesionales de actuación periodística (SSTC 219/92, 240/92) y dependerá en todo caso de las características concretas de la comunicación de que se trate (STC 240/1992), entre las que se ha de destacar que lo que se transmite por la vía o no del denominado «reportaje neutral”, no es sino que otro medio o persona realiza determinadas afirmaciones (SSTC 41/1994, 6/1996, 52/1996). El mismo fj. 3.º de la STC 190/96 añade que “Otras circunstancias, finalmente, pueden contribuir a perfilar el comportamiento debido del informador en la búsqueda de la verdad, tales como la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla (STC 240/1992) y la existencia de resoluciones judiciales referidas a los hechos comunicados (STC 28/1996)”. Incluso, cuando la fuente que proporciona la noticia reviste características objetivas, lo que la hacen fidedigna, fiable puede no ser necesaria mayor comprobación que la exactitud o la identidad de la fuente, según indica la STC 240/92, fj. 5º, entre otras. Que las informaciones erróneas son inevitables en un debate libre ya fue señalado por la STC 6/88, fj. 5º, en donde tras insistir en que la información cubierta por la garantía constitucional es la veraz, esto es, la información rectamente obtenida y difundida, se concluye “aunque su total exactitud sea controvertible, pues las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que, de imponerse «la verdad» como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio”*.⁸⁰⁹

⁸⁰⁸ STC 6/1988 de 21 de enero de 1988.

⁸⁰⁹ MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *op. cit.*, p. 154 y ss.

Junto al criterio de la diligencia profesional, el tribunal, al menos desde la STC 159/1986, estima que también se cumple con el criterio de la veracidad a través de la técnica del reportaje neutral trasladada de la jurisprudencia estadounidense, que consiste en reproducir asépticamente la información de un tercero que esté identificado.⁸¹⁰

Finalmente, a nuestro juicio, el máximo interprete constitucional en la STC 40/1992, fj. 1º y 2º, sienta las bases para que se pueda considerar que se falta también a la veracidad cuando se omite parte de la información. Si se sintetiza la jurisprudencia constitucional, puede afirmarse que la veracidad no es propiamente un límite, sino una exigencia intrínseca para obtener la tutela del derecho. La veracidad requerirá pluralismo informativo, diligencia profesional, y que no se omita

⁸¹⁰ STS 3841/2015; STS: 2015/3841 id Cendoj: 28079110012015100493; STC 193/2007, fj. 11º de 4 de junio, sintetiza perfectamente la doctrina constitucional sobre el reportaje neutral: En la STC 53/2006, de 27 de febrero (fj. 8º) —que, por su parte, remite a las SSTC 54/2004, de 15 de abril, fj. 7º, y 76/2002, de 8 de abril, fj. 4º— ha declarado este Tribunal que para que pueda hablarse de reportaje neutral han de concurrir los siguientes requisitos: a) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas responsables de ellas (STC 41/1994 de 15 de febrero, fj. 4, y 52/1996 de 26 de marzo fj. 5º). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996, de 25 de noviembre, fj. 4º. b) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994, de 15 de febrero, fj. 4º). De modo que si se reelabora la noticia no hay reportaje neutral (STC 144/1998 de 30 de junio, fj. 5º). Y sobre esta base cuando se reúnen ambas circunstancias la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de dichas declaraciones y a la fidelidad a su contenido: si concurren ambas circunstancias el medio ha de quedar exonerado de responsabilidad. Como dijimos en la STC 76/2002 de 8 de abril, fj. 4º, en los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993 de 12 de julio, fj. 3º). Consecuentemente la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (STC 240/1992 de 21 de diciembre, fj. 7º y 144/1998 de 30 de junio, fj. 5º); de este modo, la ausencia o el cumplimiento imperfecto de los señalados requisitos determinarán el progresivo alejamiento de su virtualidad exoneratoria. Y en la STC 136/1999 de 20 de julio, fj. 17º, afirmamos que no cabrá hablar de reportaje neutral cuando quien lo difunde no se limita a ser un mero transmisor del mensaje, es decir, a comunicar la información, sino que utiliza el mensaje, no para transmitir una noticia, sino para darle otra dimensión. Por fin, en la STC 134/1999 de 15 de julio, fj. 4º, se recuerda que estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público. Por fin, conviene recordar que en el presente asunto concurre una circunstancia muy relevante a los efectos de determinar los deberes y responsabilidades de los conductores del programa y de RTVE. Esta circunstancia consiste en el hecho de que las declaraciones de las hermanas Calero Sierra se realizaron durante una entrevista realizada en el curso de un programa de televisión emitido en hora punta, de tal forma que no puede pasarse por alto el impacto, dada la inmediatez y poder de penetración de los medios audiovisuales, que las afirmaciones realizadas pudieron llegar a poseer. La importancia de valorar este extremo cuando se trata de considerar los deberes y responsabilidades de un periodista ha sido puesta de relieve por el tribunal europeo de derechos humanos, entre otras, en su Sentencia de 23 de septiembre de 1994, dictada con motivo del asunto *Jersild c. Danemark*, y conduce a concluir que el deber de responsabilidad exigible a los periodistas y medios de comunicación es si cabe mayor cuando se trata de medios audiovisuales habida cuenta de que por las imágenes los medios audiovisuales pueden transmitir mensajes que un medio escrito no es apto para transmitir.

intencionadamente parte del contenido informativo. Esta doctrina jurisprudencial sobre la veracidad, aunque elaborada principalmente para los profesionales de la información, es aplicable a los demás ámbitos en que se ejerza la libertad de información.

La exigencia de razonable diligencia profesional aparece en el mismo fundamento de la sentencia analizada, cuando se señala que se garantiza el derecho de todos a comunicar hechos y conductas veraces, esto es, vertidos con diligencia razonable, aunque puedan resultar erróneos. Al informador “se le puede y debe exigir que lo que transmita como «hechos» haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos, privándose, así, de la garantía constitucional a quien defraudando el derecho de todos a la información, actúe con menoscabo de la veracidad o falsedad de lo comunicado”.

La veracidad informativa posee intrínsecamente carácter legitimador y dota de contenido cuando se refiere a la libertad de información y así lo ha manifestado el TC en reiteradas ocasiones.⁸¹¹ Pero la veracidad como elemento legitimador o de contenido solo tiene trascendencia cuando hacemos referencia a la libertad de información, pero no podemos predicar lo mismo, cuando entra en juego la libertad de expresión o la intimidad, lo que le otorga un carácter relativo en lo funcional, respecto a esta última relación.⁸¹²

Por ello, cuando el derecho de información colisiona con la intimidad, además de ser veraz, la información debe contener el requisito de relevancia pública, que es lo que verdaderamente legitima su entidad, lo que delimita el derecho en este caso, y funciona como determinante de contenido. Por el contrario, cuando hablamos de libertad de expresión, la veracidad no ejercita su

⁸¹¹ STC, Sala 1ª, 171/2004, de 18-10-2004, recurso de amparo 5037-2000. Recordábamos en la STC 158/2003 de 15 de septiembre, fj. 3º que “...este tribunal ha elaborado un cuerpo consolidado de doctrina en torno a los casos en que exista un conflicto entre el derecho a la libertad de información y el derecho al honor, coincidente en lo sustancial con la desarrollada por el tribunal europeo de derechos humanos al interpretar el art. 10.1 del Convenio europeo de derechos humanos (STC 144/1998, de 30 de junio, fj. 2). Dicha doctrina parte de la posición especial que en nuestro ordenamiento ocupa la libertad de información, que no sólo protege un interés individual sino que entraña el reconocimiento y garantía de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (STC 21/2000, de 31 de enero, fj. 4º y las allí citadas). El valor preferente o prevalente de este derecho ha sido sin embargo relativizado en nuestra jurisprudencia, negando su supremacía sobre otros derechos fundamentales (SSTC 42/1995 de 13 de febrero, fj. 2º; 11/2000 de 17 de enero, fj. 7º). De ahí que hayamos condicionado la protección constitucional de la libertad de información, frente al derecho al honor garantizado en el art. 18.1 CE, a que la información se refiera a hechos con relevancia pública, en el sentido de noticiables, y a que dicha información sea veraz (SSTC 138/1996 de 16 de septiembre, fj. 3º; 144/1998 de 30 de junio, fj. 2º; 21/2000 de 31 de enero, fj. 4º; 112/2000 de 5 de mayo, fj. 6º; y 76/2002 de 8 de abril, fj. 3º)”.

⁸¹² SARAZÁ JIMENA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 238, trae a colación la STC 172/1990 fj. 3º, cuando expresa “...por otro lado, la veracidad no actúa de manera uniforme en toda clase de supuestos, ya que su operatividad excluyente de la antijuricidad de las intromisiones en el honor e intimidad de las personas es muy distinta, según que se trate de hechos u opiniones o la intromisión afecte el derecho al honor o al derecho a la intimidad”.

función legitimadora, ya que, como sabemos, solo se puede hacer un juicio de veracidad sobre hechos,⁸¹³ atento la naturaleza abstracta que detentan. Por lo tanto el elemento legitimador de la libertad de expresión lo es exclusivamente la ausencia de expresiones vejatorias, insultantes o agraviantes. Ahora bien, la veracidad no es solamente un requisito objetivo de la libertad de información, sino que contiene un elemento subjetivo en lo que se refiere al destinatario, pues alguna doctrina ha considerado el derecho a recibir información veraz como un derecho subjetivo individual autónomo. Aunque parecería más apropiada la jurisprudencia constitucional, que desde la STC 6/1981, fj. 4º, reconoció el derecho a informar y ser informado como un derecho individual de doble faz. En concreto el derecho a recibir información se justifica “*por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social*”.⁸¹⁴ Su titularidad es universal, en razón de su imprescindibilidad para el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad humana.

La restricción en favor de los periodistas implicaría confundir ejercicio frecuente con titularidad como confirma la STC 6/1981, fj 4º: “Son estos derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información los ejercen con mayor frecuencia que el resto de sus conciudadanos, pero no derivan de ello ningún privilegio”.

A lo largo de este acápite, hemos considerado la cuestión del daño producido por la publicación de noticias falsas o cuya veracidad no se ha acreditado. Algunos fallos y opiniones doctrinarias llevan a pensar que la indemnización del daño debiera depender de la falsedad de la información pública a conocer. Pero nos preguntamos: ¿Qué pasaría si se acreditara la veracidad de la noticia? ¿Bastaría ello para excluir la responsabilidad del medio informativo, o este podría igualmente ser condenado a indemnizar el daño causado? Luego de considerar esta delicada cuestión, nos inclinamos por admitir la posibilidad de una condena, como consecuencia de la publicación de hechos verdaderos. Dicho de otra manera: la información a través de medios periodísticos, de ciertos hechos, aunque sean verdaderos, puede generar responsabilidad de aquéllos. El principio *veritas excusat* -la verdad excusa- tomado del derecho penal, no funciona automáticamente en el ámbito civil; sino que el ofensor debería probar, además de la verdad de lo

⁸¹³ *Ibidem*, enuncia la STC 223/1992 del 14 de Diciembre.

⁸¹⁴ *Vid.* VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO: *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, 1994, concibe el derecho a recibir información como un derecho subjetivo individual autónomo.

afirmado, su buena fe en la propagación de la noticia, y el razonable interés público en el conocimiento de un determinado hecho. Los casos que podrían plantearse al respecto, son muy diversos y en cada oportunidad habrá que determinar si procede o no indemnizar el daño. Pero como principio general, nos parece que no puede adoptarse la exoneración de culpa de los medios de comunicación, en razón de la circunstancia de haberse informado hechos verdaderos. El conocido dicho de que la “*verdad no ofende*” es de una aplicación relativa en el derecho. En todo caso, determinadas verdades, difundidas de determinada manera y en determinadas circunstancias, pueden constituir inaceptables avances sobre la privacidad de una persona, y causar daños innecesarios, que deben ser reparados. En la base del derecho a la intimidad o a la privacidad, desde su aparición en el derecho anglosajón con el nombre de *right of privacy*, subyace la idea de que existe cierto ámbito de la persona que no debe ser expuesto a la consideración pública, cuando no exista una razón legítima. Ello, con independencia de que el hecho ventilado sea o no verdadero: por verdaderos que sean los defectos, las debilidades y las miserias de los hombres, no están llamados a ser dados a conocer ni ventilados públicamente.

Como se advierte, la defensa de la privacidad no constituye solamente una defensa frente a la injuria falsa, sino que resguarda el ámbito de la privacidad, cualquiera sea su contenido, cualesquiera sean las conductas privadas del ciudadano. Éste es el principio general, y conviene recordarlo, frente a una cierta tendencia de justificar la violación de la intimidad, sobre la base de la veracidad de aquello que se informa. A partir de este principio general, y según la calidad o la preeminencia social que ostenten las personas, existirán umbrales de privacidad distintos, como ha manifestado la doctrina. Todos los ciudadanos tenemos derecho a la privacidad, pero será distinto el grado de protección y en este sentido la publicidad de un mismo hecho deberá valorarse de manera diversa, según que quien lo protagonice.

5.4.1.3 EL REPORTAJE NEUTRAL COMO ESPECIE DEL DERECHO DE INFORMACIÓN

La figura del reportaje neutral es un concepto trasplantado del *common law* (*Neutral Reportage Doctrine*), con caracteres propios y que lo transforman en un elemento intrínsecamente legitimador. Esta figura exportada del derecho anglosajón, interpretada en un principio por nuestro TS y luego reinterpretada por el TC,⁸¹⁵ amplía la interpretación de la veracidad establecida en el

⁸¹⁵ En un principio no la cita expresamente STC 159/1986 en BOE 313 del 31 de diciembre y 171,172/1990 aunque a posterior la cita expresamente en STC 240/1992, 232/1993 en BOE 192 del 12 de agosto, 41/1994 en BOE 65 de 17 de marzo y STC 76/2002, 8 de abril que en su fj. 4º, resume este concepto en los siguientes términos:

art. 20 CE y afirma la existencia de una especie dentro del derecho a la información denominado reportaje neutral.⁸¹⁶

Este instituto está integrado por elementos intrínsecos o características que hacen a su entidad o marcan su fisonomía. El primero de estos requisitos está constituido por:

1.- *Relevancia pública de la información.*⁸¹⁷

2.- *Información proveniente de una fuente de carácter público de manera permanente o transitoria perfectamente exacta, identificada y confiable.* Sin que existan indicios de falsedad en la misma, ajustada a la verdad, no sesgada, y que la información haga referencia a una figura pública.⁸¹⁸ Por ello la veracidad que se debe acreditar es el hecho de la declaración, y no el

A) El objeto de la noticia ha de hallarse constituido por declaraciones que imputan hechos lesivos del honor, pero que han de ser por sí mismas, esto es, como tales declaraciones, noticia y han de ponerse en boca de personas determinadas, responsables de ellas (STC 41/1994 de 15 de febrero, fj. 4º, y 52/1996 de 26 de marzo, fj. 5º). De modo que se excluye el reportaje neutral cuando no se determina quién hizo tales declaraciones (STC 190/1996 de 25 de noviembre, en BOE 3 del 3 de enero de 1997, fj. 4º).

B) El medio informativo ha de ser mero transmisor de tales declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia (STC 41/1994 de 15 de febrero, fj. 4º). De modo que si se reelabora la noticia, no hay reportaje neutral (STC 144/1998 de 30 de junio, fj. 5º) y tampoco lo hay cuando es el medio el que provoca la noticia, esto es, en el llamado periodismo de investigación (STC 6/1996 de 16 de enero), sino que ha de limitarse a reproducir algo que ya sea, de algún modo, conocido.

C) En los casos de reportaje neutral propio la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración, quedando el medio exonerado de responsabilidad respecto de su contenido (STC 232/1993 de 12 de julio, fj. 3). Consecuentemente, la mayor o menor proximidad al reportaje neutral propio modula la responsabilidad por el contenido de las declaraciones (STC 240/1992, fj. 7º, y 144/1998, fj. 5º). Así cabe recordar que en la STC 6/1996 de 16 de enero, en BOE 17 de 19 de febrero, fj. 5º, excluye del reportaje neutral aquellos supuestos en los que el medio de comunicación, al transmitir la información, haga suya una versión de los hechos. En la STC 52/1996 de 26 de marzo, fj. 5º, por su parte distinguimos aquellos casos en los que el periodista se limita a dar cuenta de declaraciones o afirmaciones de un tercero (reportaje neutral) de aquellos en los que asume una determinada versión de unos hechos con base en una determinada fuente, en los que claramente no nos encontramos ante esta figura. Y en la STC 136/1999 de 20 de julio, fj. 17º, afirmamos que no cabrá hablar de reportaje neutral cuando quien lo difunde no se limita a ser un mero transmisor del mensaje, es decir, a comunicar la información, sino que utiliza el mensaje, no para transmitir una noticia, sino para darle otra dimensión. Por fin, en la STC 134/1999 de 15 de julio, fj. 4º, se recuerda que “...estaremos ante un reportaje neutral si el medio de comunicación se ha limitado a cumplir su función transmisora de lo dicho por otro, aunque él haya provocado esa información, siempre que no la manipule mediante su artero fraccionamiento en el seno de un reportaje de mayor extensión, interfiriendo en su discurrir con manifestaciones propias, componiéndolo con textos o imágenes cuyo propósito sea, precisamente, quebrar la neutralidad del medio de comunicación respecto de lo transcrito, de suerte que esa información haya dejado de tener su fuente en un tercero, para hacerla suya el medio de comunicación que la reproduce y difunde; es decir, cuando el medio, haya permanecido o no ajeno a la generación de la información, no lo fuera, y esto es lo que importa, respecto de la forma en la que lo ha transmitido al público”. También encontramos esta postura en la STC, Sala 1ª, 171/2004 de 18-10-2004, Recurso de amparo 5037-2000. STS, Sala 1ª, Sección 1ª, 11-10-2004, 988/2004, Recurso de casación 3875/1998.

⁸¹⁶ SARAZÁ JIMENA, RAFAEL, *op.cit.*, p. 246.

⁸¹⁷ Lo desarrollamos lo más amplitud en los puntos posteriores.

⁸¹⁸ SALVADOR CODECH, PABLO: *El Mercado...*, *cit.*, p. 152. Uno de los mayores problemas que acarrea el trasplante legal o mejor dicho la importación legal, resulta de su aplicación práctica a realidades culturales distintas. No resulta del todo satisfactorio el requisito de origen de la información, atento que normalmente la información que recibimos proviene de fuentes relacionadas con autoridades públicas, gobierno, iglesia, agencias informativas, y otras fuentes. No pretendemos crear un salvo conducto a la difamación ampliando indiscriminadamente las fuentes amparadas en este instituto, pero creemos que las fuentes amparadas deben interpretarse de manera amplia y con razonable criterio

contenido de lo declarado.⁸¹⁹ SARAZA JIMENA⁸²⁰ expresa “...del examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional pueden sacarse dos conclusiones básicas en relación al reportaje neutral: La primer conclusión es que la información que ampara el art. 20 de la constitución no es solamente la constitutiva de un reportaje neutral”. De lo expresado por el autor surge, en coincidencia con nuestra opinión, que el reportaje neutral, constituye una especie dentro de la libertad de información, con características propias y perfectamente delimitadas.

SALVADOR CODERCH resume la conceptualización de esta figura, como la reproducción fiel y exacta de la información, conduciéndose el emisor, con absoluta consideración en relación a la verdad o falsedad de la misma y sin agregados que distorsionen la información original o su contenido.⁸²¹ Expresa el autor a renglón seguido,⁸²² “La doctrina del reportaje neutral no ampara a Poncio Pilatos (lavarse las manos al dar una información claramente falsa), ni al uso sesgado de la información ajena (advocacy journalism), ni a las falsas implicaciones (apostillas para

siempre y cuando los involucrados sean sujetos de la controversia. Razón por la cual siguiendo el criterio de la fuente oficial, utilizada por el CSJ USA un comunicado de un grupo terrorista no cabría dentro de la figura del reportaje neutral. Ahora bien este si cabría para el derecho español precisando la anterior razón de decidir respecto de supuestos como el aquí enjuiciado, puede afirmarse, todavía en una primera aproximación general, que, como queda dicho, cabe calificar de reportaje neutral, protegido por el art. 20 C.E., la simple transmisión o reproducción de comunicados de una organización terrorista en los que ésta exponga sus objetivos y sus condiciones para declarar el fin de la actividad armada, incluso mediante la reproducción de la palabra y las imágenes de alguno de sus miembros con la parafernalia propia de la organización. Estos son hechos y opiniones que tienen un indudable interés público y de otro lado, si los hechos y opiniones efectivamente se han producido, su difusión cumple con el requisito de la veracidad. Sin embargo, el mensaje deja de ser neutral cuando quien lo transmite lo utiliza para pedir el voto o el apoyo político de los ciudadanos a ese mensaje. Los mensajes electorales no pretenden informar, sino captar sufragios y, en consecuencia, no sólo pretenden que los ciudadanos formen su opinión en libertad, sino que acepten el mensaje que difunde y traduzcan ese beneplácito en la dación del voto. En estos casos puede afirmarse que el transmitente hace suyo el contenido del mensaje y, en consecuencia, no cabe hablar de “neutralidad” en su difusión. Así, pues, no cabrá hablar de reportaje neutral cuando quien lo difunde no se limita a ser “un mero transmisor del mensaje”, es decir, a comunicar la información, las opiniones ajenas o los hechos relacionados con el mismo, sino que utiliza el mensaje, no para transmitir una noticia, sino para darle otra dimensión; por ejemplo, si se trata de un comunicado de contenido político, para pedir el voto en favor de quien informa o incluso, aunque en menor medida, para buscar la adhesión de quienes reciben la comunicación a las opiniones de los emisores del mensaje. En estos supuestos la “finalidad informativa”, constitucionalmente protegida (STC 138/1996, fj. 31º) queda en un segundo plano. La forma y el contexto en el que se transmite el mensaje puede “quebrantar la neutralidad” de quien lo transmite.

⁸¹⁹ Nuestros tribunales han ido delimitando un concepto marco del reportaje neutral aquel que “simplemente da traslado” de la noticia procedente de otra fuente de información, en tanto que no tiene ese carácter cuando se trata de información que ha sido “asumida por el medio y su autor como propia”, en el sentido de que “presenta los caracteres de información propia elaborada por el medio [...] aunque tuviera su origen en la noticia difundida” por otra fuente (STC 144/1998); es neutral cuando se limita “a transmitir lo que publicaba otro importante medio de difusión, identificando el mismo y sin realizar aportación relevante a la noticia por la vía de la forma o del contenido” (STC 190/1996) o cuando lleva a cabo “la función de mero transmisor del mensaje”, no cuando es el periodista “el que la redacta y [...] asume una determinada versión de los hechos” (STC 52/1996, fj. 3º y 5º). En cambio, un medio puede “quebrantar su neutralidad” cuando hace suyo el reportaje “desmesurando el tratamiento de [...] las declaraciones”, ya que “un reportaje de contenido neutral puede dejar de serlo, si se le otorga unas dimensiones informativas a través de las cuales el medio contradice de hecho la función de mero transmisor del mensaje” (STC 41/1994 en BOE 65 del 17 de marzo, fj. 4º).

⁸²⁰ SARAZA JIMENA, RAFAEL, *op. cit.*, p. 246.

⁸²¹ SALVADOR CODERCH, PABLO, *¿Qué es difamar?...cit.*, p. 29.

⁸²² *Ibidem*, p. 30.

apuntillar”). *Se protege solo el reportaje neutral en sentido objetivo (decir lo mismo, citar, dejar claro que se está diciendo lo que otro afirmó) y subjetivo (sin mala fe o culpa grave en relación a su absoluta falsedad)*”. Ahora bien, también afirma que la doctrina del reportaje neutral no ampara las tergiversaciones o deformaciones en la información, pero ello no quita que el informador pueda comentar o realizar apreciaciones críticas.⁸²³

Con respecto a esta última apreciación del autor, entendemos que avocándonos al concepto estricto de reportaje neutral, los agregados de contenidos críticos o valorativos que no son parte de la información están excluidos de este concepto. Por tal creemos que no puede ser entendidos como elementos integrantes del concepto de reportaje neutral todos los aditamentos, agregados, opiniones o valoraciones que no son parte de la información, conforme los caracteres que le otorgan el marco al concepto de reportaje neutral. Pues si postulamos la posibilidad de que en el marco de la información, el informador tenga apreciaciones valorativas o juicios de valor; no estamos ante el reportaje neutral en una correcta conceptualización. No podemos confundir derecho de información con opinión, ni con reportaje neutral; pues con el primero existen marcadas diferencias, las que ya desarrollamos en acápites anteriores, y con el segundo existe, como dijimos anteriormente una relación género especie; En donde este último posee elementos inalterables constitutivos de su entidad.

Dar cabida dentro de un concepto restringido de reportaje neutral a juicios de valor, opiniones, conjeturas, apreciaciones, etc.; no solo no estaríamos dentro del marco conceptual de esta figura, sino que estaríamos otorgando una herramienta peligrosa al individuo informador que no solo emitiría la noticia, sino que le agregaría manifestaciones que pueden tergiversar la objetividad de la misma, desvirtuando el fin último, constituido por el derecho constitucional a recibir información veraz, y la búsqueda y formación de la opinión pública libre y carente de sesgos tendenciosos en asuntos de interés general.⁸²⁴

⁸²³ SALVADOR CODERCH, PABLO, *El Mercado...*, cit., p. 154 y ss. “Mas lo anterior no quiere decir que el informador que respeta en su trabajo la verdad de los hechos no pueda comentar, valorar críticamente estos mismos hechos: la doctrina del reportaje neutral sujeta al periodista a los hechos pero no restringe su libertad de formarse y difundir una opinión crítica –nada neutral- de estos hechos...la neutralidad debe predicarse de los aspectos informativos de la noticia debatida mas no, como es natural, de los valorativos. Otra cosa supondría, como ha señalado un autor, “una reducción notabilísima del papel de los medios de comunicación como causa para el debate en la sociedad democrática”.

⁸²⁴ STC 1/2005 del 17 de enero. En lo manifestado por la misma encontramos la delimitación de lo que constituye el reportaje neutral y el tratamiento de la información veraz en la trasmisión y obtención diligente de la noticia.

PIZARRO, no comparte la aplicación de esta doctrina por sostener que su base normativa es dudosa y excesivamente amplia, máxime, si se lo presenta como una regla de valor casi inmovible, emplazada a nivel de causas de justificación. Ya que el desvanecimiento del juicio de antijuridicidad, a individualizarse la fuente es demasiado peligroso, y ni siquiera si atendemos a la culpa del informador, ya que la culpa solo se predica de acciones antijurídicas.⁸²⁵

Creemos que el reportaje neutral es una figura de caracteres propios. Por ello, cuando un informador trasmite una información y dentro de ella emite juicios de valor, opiniones o apreciaciones *ad libitum*, estas no son parte de un reportaje neutral propiamente dicho. Podemos hablar que en ellos se ejercita la libertad de expresión o la libertad de información en lo que respecta al aspecto subjetivo del contenido informativo o ajeno a la información original, pero no constituye la órbita conceptual del reportaje neutral.

5.4.2 RELEVANCIA PÚBLICA O INFORMATIVA DE LA INFORMACIÓN. ELEMENTOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS

La relevancia pública o interés general constituye un elemento determinante en la legitimidad propugnada por la CE, sin el cual la veracidad carecería de sentido en la gran mayoría de los casos y especialmente con respecto a la intimidad y la propia imagen,⁸²⁶ donde la veracidad no constituye por sí misma un elemento legitimador por antonomasia.⁸²⁷ Este requisito adquiere trascendencia y fundamento en la función de las libertades consagradas por el art. 20 CE como garantía en la formación de la opinión pública.⁸²⁸

Este concepto está integrado por elementos que podemos dividirlos en: a).- *Elementos de carácter subjetivo*, que hacen referencia a la persona objeto de la información (personaje de relevancia pública permanente, sujeto de relevancia pública de carácter circunstancial y sujeto de

⁸²⁵ PIZARRO, DANIEL RAMÓN, “La Protección de la dignidad humana frente a la agresión de los medios masivos de comunicación social por informaciones inexactas o agraviantes”, en Ponencia para la Comisión de Derechos Humanos en Seminario *discusiones de derecho civil* grupo de investigación del CIUNT (centro de investigación de la Universidad Nacional de Tucumán), octubre 2000, p. 5.

⁸²⁶ Cabe reseñar que la veracidad y el interés público operan de manera diferente se trate del honor, intimidad o imagen.

⁸²⁷ CARRILLO, MARC: *El derecho a no..., cit.*, p. 80 y ss, expresa que el criterio fundamental para determinar la legitimidad de las intromisiones en la intimidad, es la relevancia pública del hecho divulgado, por lo tanto, para que no exista ilegitimidad, no sólo es precisa la veracidad de la información, sino que su difusión y conocimiento por la opinión pública resulte justificada en función, precisamente, del interés general del asunto sobre el que se informa.

⁸²⁸ Podemos mencionar las siguientes sentencias que definen conceptualmente a la relevancia pública. STC 107/98; STC 171/90 del 12 de noviembre en BOE 30 de noviembre; STC 105/90 del 6 de junio en BOE 5 de julio; STC 138/96; STC 219/92 de 3 de diciembre en BOE 18 de diciembre; STC 76/95.

carácter privado).⁸²⁹ b).- *Elementos de carácter objetivo*, que hacen referencia al contenido de la información (noticia relevante a la opinión pública permanente o circunstancial la que puede recaer sobre actividades de carácter público o privado). Elementos que analizamos a continuación.

Como expresamos con anterioridad, el interés público en la información, ya sea que hagamos referencia a información pura (libertad de información) o mixta (libertad de información y expresión), constituye un elemento fundamental en pos de la formación de la opinión pública libre. Por ello podemos afirmar que el mismo constituye un elemento legitimador, en razón de su finalidad, que le otorga su entidad y actúa en reciproca interacción con su esencia legitimadora.⁸³⁰ Ahora bien, su objeto o finalidad, es lo que le otorga la función legitimadora cuando colisiona con el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, aunque ya señalamos que la misma no actúa de idéntica manera, se trate de una u otra, ni siquiera cuando hagamos referencia a un personaje público como sujeto pasivo de la información o a un sujeto de carácter privado.⁸³¹

En este sentido nos preguntamos: ¿Como elemento legitimador, la formación de la opinión pública, funciona con la sola presencia de elementos subjetivos que describimos, con los objetivos o con la interacción de ambos?

Para deducir esta cuestión, primero debemos definir ciertos conceptos y por ello partiremos del significado del elemento subjetivo en la relevancia pública. En la LO 1/82 encontramos dos artículos que nos pueden ayudar en su descripción, aunque la misma no afronte el problema

⁸²⁹ Lo analizaremos como sujeto pasivo de la relevancia informativa a diferencia de su situación de sujeto activo de la información o expresión. No desconocemos los sujetos pasivos posibles de intromisión como lo sería una persona física pública o privada, una persona jurídica (aunque no compartimos esta postura en su totalidad), la persona fallecida. Pero nosotros solo nos referiremos a las persona físicas de carácter público y privado, debido a que abarcar los otros sujetos escapa a nuestro estudio y considerando lo extenso que sería profundizar en el dicho aspecto.

⁸³⁰ STC 107/1988 de 8 de Junio en BOE 152 de 25 de Junio, STC 219/1992 en BOE 303 de 18 de diciembre y en similar pronunciación la 171/1990 de 12 de Noviembre de 1990 “...resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información, como regla general, debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz, y este referida asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos mismos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública...”

⁸³¹ Queremos en este acápite conceptualizar al sujeto público y privado en general, sin pretender entrar en otros sujetos posibles de intromisión ilegítima, como lo serían las personas jurídicas, fallecidos, los sujetos colectivos y el prestigio profesional.

concretando una distinción. El primero es el art. 2.1⁸³² y el otro es el art. 8.2.a de la LO 1/82.⁸³³ Este hace un descripción de lo que se considera personaje público cuando expresa “...*Personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública*”, por lo que coincidimos con VIDAL MARTÍNEZ⁸³⁴ cuando expresa “...*lo que significa, en nuestra opinión, que la susodicha persona, por haber incidido con su actividad –de una manera notable- en la vida de la comunidad o por servir directamente en el ejercicio de su función a intereses públicos, ha hecho surgir en torno a su persona un derecho a la información del que es titular la comunidad. Otros supuestos en que tal derecho a la información no resulte de una actividad, sino de hechos, actos o circunstancias aisladas...*”. Más allá de que dicha definición haga referencia a la captación de la imagen de una persona, y no constituya una definición general, hacia otros tipos de intromisión ilegítima, creemos que definiría a modo general y con efectos a todo el articulado lo que podemos entender por personaje público.

En segundo lugar, aun en el caso de “personalidades”, éstas gozan de un ámbito de autonomía personal inviolable que hace a su privacidad. En “*Vago v. La Urraca*” se establecieron tres categorías de personas: a) Las figuras públicas oficiales; b) Las figuras públicas no oficiales; y c) Las figuras privadas. Con relación a las figuras públicas, “su actuación pública o privada puede divulgarse en lo que se relacione con la actividad que les confiere prestigio y notoriedad, siempre que lo justifique el interés general. Pero ese avance sobre la intimidad no autoriza a dañar la imagen pública o el honor de estas personas y menos sostener que no tienen un sector o ámbito de vida privada protegida de toda intromisión”. Para evaluar la legitimidad de tal avance sobre la privacidad de las figuras públicas, la CSJNA -en los casos “*Ponzetti de Balbín*” y “*Costa*”- elaboró el criterio por el cual la conducta anterior de la persona es definitiva en cuanto a autorizar expresa o tácitamente la invasión a su privacidad.

Para nosotros, el carácter subjetivo de la relevancia pública de la información puede estar otorgado por un cargo, profesión o actividad, actos, hechos o circunstancias eventuales, de lo que podemos inferir perfectamente que los personajes que involucra esta clasificación son los personajes públicos en razón de su actividad, el personaje público circunstancial o eventual.

⁸³² “*La protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales, atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma y su familia*”.

⁸³³ HERRERO TEJEDOR, FERNANDO, *Honor, intimidad...*, cit., p. 207. Critica la manifiesta omisión de una clasificación o conceptualización general entre personas públicas y privadas especialmente con respecto a la caracterización del honor y la intimidad, ya que para la propia imagen no corre esta carencia.

⁸³⁴ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 136.

HERRERO TEJEDOR, citando a PROSSER, expresa que son tres los argumentos judiciales donde podemos encontrar la pérdida parcial del derecho a la intimidad, las que podemos resumir en:

- En razón de sus propios actos (libre disposición o actividad).
- Por su actividad pública (función o finalidad).
- Interés público de la información, con independencia del sujeto (elemento objetivo).

Como dijimos anteriormente, más allá que la LO 1/82 no haya conceptualizado dicha clasificación, no implica que la protección sea la misma entre los personajes públicos y los privados.⁸³⁵ Tampoco quiere decir que los personajes que tienen cierta relevancia pública están desprotegidos o carezcan de protección en su honor, intimidad o propia imagen,⁸³⁶ sino que simplemente, su marco de tutela es menor a aquellos sujetos de carácter privado,^{837 838} siempre y cuando la información guarde relación e interés público con el objeto o con su actividad.^{839 840 841}

⁸³⁵ En RAJ encontramos la STS 1ª 17-6-2004, 604/2004, recurso casación 1064/2000. En ella una vez más el tribunal hace alusión a los personajes públicos y su relación en la ponderación y protección del derecho al honor.

⁸³⁶ STC 83/2002 de 22 de abril, RAJ, fj. 5º.

⁸³⁷ La CSJNA en el caso “Costa Héctor R. vs Municipalidad Capital y Otros”, 12-987, La Ley 1987-B267 y SS; en su considerando núm. 12, además de otros considerandos aplicó la doctrina de la real malicia al distinguir entre el funcionario público, del simple particular, debiéndose probar, para la existencia de responsabilidad por parte de la prensa el dolo o culpa grave en el primer caso o simple culpa o negligencia para el segundo.

⁸³⁸ Cuando la información versa sobre una persona privada o que no está en relación al juicio crítico del público de ningún tipo, la prevalencia legitimadora que le otorga la relevancia pública ante el peso del anonimato. Así lo encontramos manifestado en la STC 170/1994 de 7 de Junio, en BOE 163 del 9 de julio. Asimismo, cuando es el sujeto pasivo una persona privada pero que en relación a un acontecimiento entre en la esfera de la crítica pública esta protección decae, pero solo en relación a los hechos sobre los que versa dicha cuestión y porque estos últimos son los que de alguna manera otorgan prevalencia legitimadora al mensaje.

⁸³⁹ WARREN, SAMUEL Y BRANDEIS, LOUIS: *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995, p. 62 y ss, establecen como regla la imposibilidad del derecho a la intimidad de ser condicionante de aquellas noticias que sean de interés público. Pero no gozan de dicha protección los que hacen referencia a la vida privada, costumbre y hechos de un individuo cuando no tienen una relación o adecuación legítima a su cargo o función. STC 115/2000, fj. 5º, Aranzadi, expresa: si bien los personajes con notoriedad pública inevitablemente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás su intimidad permanece y, por tanto, el derecho constitucional que la protege no se ve minorado en el ámbito que el sujeto se ha reservado y su eficacia como límite al derecho de información es igual a la de quien carece de toda notoriedad (STC 134/1999, fj. 7º).

⁸⁴⁰ STEDH Caso Lingens de 8 de julio de 1986 y el Caso Janowski de 21 de enero de 1989 en las que el tribunal señala que los personajes públicos han de soportar un mayor grado de injerencia en sus derechos de la personalidad que los particulares, matizando que los límites serán más amplios en la medida en que el ataque se centren la dimensión pública del personaje en el ejercicio de sus funciones. También destaca que cuando se ataca la reputación de personas que desempeñan cargos o funciones públicas un elemento muy importante a tener en cuenta es que necesitan de la confianza del público para el desempeño de sus funciones, primando el concepto objetivo o externo de reputación como en las sentencias Barford de 22 de febrero de 1989 y Oberschilck de 3 de mayo de 1997. Cuando el TEDH se refiere a la reputación comercial, como en el caso Maekt Intern Verlag GmbH y Klaus Beerman de 20 de noviembre de 1989, el tribunal estima que en una economía de mercado las informaciones publicadas sobre esta empresa repercutían negativamente sobre el prestigio comercial de dicha empresa. En este caso prima una vez más la dimensión objetiva del concepto de reputación.

⁸⁴¹ Disentimos con CARRILLO, MARC, *El derecho a no... , cit.* p. 84, en este sentido, cuando afirma que los famosos no padecen una aminoración en el contenido de su intimidad. Por el contrario creemos que por su misma elección de entrar a formar parte de un sector que tiene más y fácil acceso a los MMC, cualquiera sea el cargo, función

El elemento objetivo que integra el concepto de interés general está compuesto por la relevancia misma del mensaje o sobre la materia que se está difundiendo, y no por el sujeto pasivo sobre el que se informa.⁸⁴² Pues la misma tiene la característica de relevancia por su carácter público o circunstancial, en razón de un hecho concreto.

Ahora lo que corresponde determinar cuál es el tipo de información que posee estas características y la convierte en elemento legitimador,⁸⁴³ en pos de lograr una correcta individualización entre el interés general verdadero, y no la mera trascendencia pública, artificialmente fundada en el morbo o la vaga curiosidad. Asimismo las noticias o informaciones que carecen de toda relevancia pública o de contenido social e informativo, conforme a su finalidad “formadora de la opinión pública”, plantean graves problemas sobre el verdadero alcance y esencia de este derecho. Ahora bien, teóricamente parece muy sencillo conceptualizar lo que constituye interés público y lo que no, aunque en la práctica, dicha tarea no sea nada sencilla. No solo por lo variado de los matices de valores dentro de una sociedad, sino por el incremento de cuestiones privadas, que caprichosamente, muchas veces, pretenden ser trasladadas, dentro de marco de interés público. Por lo cual resulta esencial esbozar un principio de conceptualización de referencia lo que encuadra el concepto de información de interés general. Así, una postura abierta y a la vez comprensiva de los distintos aspectos, residiría en conceptualizar al interés general, no solo respecto a lo que le interesa al público en general, sino también sobre lo que debería interesarle. Aunque la solución no puede ser única, consideramos que la misma debe alejarse de construcciones teóricas pétreas y fundarse sobre el pragmatismo. Por ello la actualidad, la importancia y trascendencia de lo acontecido, sus proyecciones sociales y culturales, la notoriedad, la proximidad por incidencia espacial y temporal, serían algunos de los factores que permitirían inferir la calidad de interés general, categoría sobre la que deberíamos aplicarle dicho adjetivo.

En sentido similar adquiere trascendental importancia el concepto de *actualidad* y *comunicabilidad*, elementos que no sólo otorgan entidad material a la información, sino que

circunstanciales o permanentes ello conlleva por su propia entidad una disminución en su protección, ya que constituyen elementos de críticas y opiniones por parte del resto de la sociedad que los observa.

⁸⁴² No pretendemos abordar las justificaciones contenidas por el art.8.1 LO 1/82, sino el concepto de interés público, como elemento abstracto y mutable.

⁸⁴³ Cabe señalar que las costumbres sociales han variado de manera trascendental. Hoy la sociedad no sólo le interesan las cuestiones de trascendencia pública sino que vas más allá y la relevancia comunitaria muchas veces se entremezcla con la mera satisfacción de la curiosidad ajena, lo que genera que para los sujetos receptores el elemento de interés general no constituya un elemento esencial en la información. Asimismo, la finalidad que otorgaba preponderancia a esta libertad ha mutado, ya que hoy todo ha pasado a ser parte del plano de discusión, sin discriminar si es trascendente para el interés general, entendido éste como un elemento abstracto, un concepto que engloba fines generales beneficiosos para la sociedad.

sanean en muchos casos el ejercicio del derecho de informar, ya que su ausencia podría generar una trasgresión a los límites internos del derecho de informar.⁸⁴⁴

Creemos que la relevancia de una noticia o información con las características del carácter público resultaría indudablemente legitimadora. Más allá de la casuística, la relevancia pública en sentido objetivo de una noticia o información, está determinada no sólo por su finalidad y trascendencia social,⁸⁴⁵ sino por el interés social en la formación de la opinión pública, que no necesariamente debe ser entendida como dirigida a toda la sociedad.⁸⁴⁶

La pregunta obligada radica en determinar si los elementos subjetivos y objetivos de la información funcionan independientes unos de otros, o interactúan en relación de interdependencia. Podríamos decir, sin temor a equivocarnos, que tanto el aspecto subjetivo como el objetivo integran o dan forma al calificativo “relevancia pública” de la información; y encontramos entre ellos una interdependencia teórica y práctica en su aplicación, ya que ambas caras de este instituto son poseedoras de la función legitimadora.

Creemos en la necesaria la combinación y existencia de ambos criterios, para lograr su función legitimadora, sin que exista preeminencia o subordinación de uno de ellos, otorgando injustificadamente mayor jerarquía a unos de ellos. Ahora bien, esta regla se impone cuando nos referimos al sujeto pasivo de la información; pero cuando éste, personaje público genera información de sus propias declaraciones, el elemento objetivo de la información puede surgir a posteriori, cuyo elemento subjetivo es preexistente.⁸⁴⁷

5.4.3 VEHÍCULO DE LA NOTICIA O INFORMACIÓN

Partimos de lo expresado por la STC 219/1992, cuando hace alusión a la prevalencia de la libertad de información y expresa: “...Alcanzando su máximo nivel cuando dicha libertad es

⁸⁴⁴ En este sentido ha tenido oportunidad de pronunciarse la jurisprudencia argentina de la CN en los Civil, Sala C el 27 de diciembre de 1989 en el caso: “Warszawsky, Paul vs Edit. Sarmiento S.A.” con voto del Dr. Santos Cifuentes, SAIJ. “ Si la publicación cuestionada consistió en una noticia mediante un gran título que hablaba de prisión para un médico y abogado por violación – a secas, sin aclarar siquiera que se trataba de una violación de domicilio dando por responsable del delito al letrado actor, silenciando que la sentencia penal condenatoria databa de dos meses y días anteriores a la publicación de la noticia, y que la misma no estaba firme, sino apelada, desde antes del tiempo en que se la hizo pública, no cabe duda que en el caso no hubo urgencia de actualidad y si opinión dañosa al difundió como definitiva una condena penal no firme”.

⁸⁴⁵ STC 232/93 del 12 de julio en BOE 192 de 12 de agosto.

⁸⁴⁶ STC 320/1994 de 28 de Noviembre en Boletín de Jurisprudencia Constitucional núm. 164, p. 104 y ss, BOE 310 del 28 de diciembre.

⁸⁴⁷ Disentimos con PLAZA PENADÉS, *op. cit.*, p. 117, el que manifiesta que es necesaria una mayor preponderancia del criterio objetivo para otorgarle relevancia pública. Como dijimos anteriormente, ambos son necesarios en igual medida.

ejercitada por los profesionales de formación de la opinión pública, que es la prensa”. De lo que deducimos, conforme expresa la jurisprudencia, que el elemento de prevalencia está compuesto en este aspecto, nuevamente por dos elementos, uno subjetivo y otro objetivo. El primero está encarnado en la persona del profesional de la información, elemento creativo de la información, mientras que el elemento objetivo está constituido por los canales normales de emisión o difusión de la información y sus fuentes.

Sin lugar a dudas, respetamos la razonabilidad de la jurisprudencia,⁸⁴⁸ al momento de ponderar cuáles son los cauces normales de la información. Aunque en lo teórico, resulta inquietante cuando la misma, en la última sentencia nombra como cauce normal de la información y formación de la opinión pública a la prensa, aunque no exprese que ésta pueda ser el único modo o causa de la misma, y que esta debe ser comprendida en su máxima expresión.⁸⁴⁹ Sería peligroso otorgar a la prensa, entendida estrictamente como una estructura empresarial u organizada, el monopolio de la opinión pública. Pues en la actualidad la opinión pública no solo puede estar formada por los MMC, sino también por una multiplicidad de otros mecanismos de la información, sin necesidad que se encuentren estructurados en empresas, como actualmente son las redes sociales y la internet, hoy instrumentos fundamentales de la información.⁸⁵⁰

5.4.3.1 ELEMENTO SUBJETIVO. EL PROFESIONAL DE LA INFORMACIÓN

Partimos coincidiendo con lo expresado por la CSJN,⁸⁵¹ para quien, la libertad de expresión, entendida ampliamente contiene a la libertad de información; presentando tres facetas bien diferenciadas:

- A).-Como ejercicio del derecho de industria o comercio por parte de la prensa, del cine, la radio y la televisión.
- B).-Como derecho individual de emitir el pensamiento a través de esos medios.
- C).- Como derecho social a estar bien informado o derecho a la información.

⁸⁴⁸ STC 219/1992.

⁸⁴⁹ Es por ello que damos el margen al sano criterio de los tribunales a la hora de decidir, pues si hubiese monopolizado jurisprudencialmente en la prensa, como único vehículo de la información, hubiese dictado su propia sentencia condenatoria, sobre todo respecto al honor y a la intimidad.

⁸⁵⁰ Creemos que como vehículo de formación de la opinión pública podríamos hacer referencia a una pancarta, folletos, anuncios a viva voz, etc. Siempre y cuando cumplan con los elementos esenciales y legitimadores de la información, ejercitados conforme su naturaleza y su función constitucional.

⁸⁵¹ CSJN: caso Ponzetti de Balbín Indalia vs. edit. Atlántida S.A.

Las libertades de expresión y de información son derechos fundamentales y, en consecuencia, son derechos cuyo ejercicio corresponde por igual para todos los ciudadanos, sean o no periodistas. Desde nuestra perspectiva, el periodista no tiene ninguna posición de privilegio respecto a los demás ciudadanos, todo lo contrario le genera más responsabilidad por su especialidad o profesionalismo en la materia. Los derechos fundamentales son comunes a todos y están garantizados por el principio de igualdad que proclama nuestra constitución.⁸⁵²

Los sujetos activos de la información pueden ser los profesionales de la información, y aquellos que no siendo profesionales, actúan como agentes de la información.⁸⁵³ Al periodista se le viene denominando en nuestro país, desde hace ya algún tiempo, como el profesional de la información. Y, tal vez, sería conveniente añadir el adjetivo “periodística” detrás del sustantivo información, en la búsqueda de una mayor concreción en el concepto de periodista y de su quehacer específico. Pues, como afirma Desantes, el término información por sí mismo resulta un tanto impreciso, y habría más perfiles profesionales que responderían al de profesional de la información: “Hay efectivamente, personas que sin llamarse ni estar consideradas profesionales de la información, informan.”⁸⁵⁴ Así los profesionales de la documentación, de la publicidad y las relaciones públicas, y del ámbito de la comunicación audiovisual se quejan de esta nueva monopolización del término “profesional de la información” por parte de los periodistas, y reivindican también su participación en el mismo.^{855 856}

Las libertades de expresión e información son derechos subjetivos que tienen su fundamento en la formación de la opinión pública.⁸⁵⁷ Todos los ciudadanos tienen derecho a

⁸⁵² STC 6/81 expresa: “Son estos derechos, derechos de libertad frente al poder y comunes a todos los ciudadanos. Quienes hacen profesión de la expresión de ideas u opiniones o de la comunicación de información, los ejercen con mayor frecuencia que el resto de los ciudadanos, pero no deriva de ello ningún privilegio....”

⁸⁵³ Como lo es quien sin ser periodista, actúa como tal (por eje. Un abogado que escribe una columna para un periódico habitualmente o se desempeña como agente de la información), desconociendo las reglas del arte y profesión. Aunque cuando esta actividad es habitual, este sujeto se equipara al profesional. Para nosotros esta diferencia es casi intrascendente, ya que postulamos la responsabilidad objetiva; aunque no es indiferente para aquellos que propugnan la responsabilidad por culpa. Esta clasificación es al solo efecto pedagógico, aunque sin relevancia jurídica.

⁸⁵⁴ DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA: “De la libertad de expresión”, *cit.*, pp. 26 y ss.

⁸⁵⁵ Para una mayor profundización sobre la ética periodística ver AZNAR, HUGO: *Ética y periodismo. Códigos, estatutos y otros documentos de autorregulación*, Paidós, Barcelona, 2005.

⁸⁵⁶ Los verdaderos intrusos, en palabras de Desantes son “aquellos que, sin cumplir con las condiciones legales para ser profesionalmente informadores, son contratados por las empresas informativas para realizar tareas de información. Los poderes públicos, para evitar problemas que pudieran derivarse de esta situación anormal, decretan en ocasiones una especie de amnistía y los convierten en profesionales, legalmente hablando por el mero hecho de estar dedicados a informar. De este modo, una situación fáctica al menos ambigua, se convierte en una vía de acceso a la profesión”.

⁸⁵⁷ Entendemos, como opinión pública un conjunto de visiones de la realidad cuya diversidad es consubstancial con la pluralidad social.

participar en la conformación de la opinión pública, sin perjuicio de que tengan un mayor o menor acceso a los medios de comunicación a causa de su posición en la sociedad o debido a su profesión.^{858 859}

Pero además de estos instrumentos que constituyen garantías, el periodista, como integrante de un medio de comunicación, se encuentra dentro de la sociedad democrática en unas condiciones especiales, en virtud de las características de la actividad que ejerce. Cualquier ciudadano es sujeto activo o pasivo de la libertad de información, pero el TC reconoce que la profesión periodística es el instrumento de la libertad de expresión más eficaz por su dedicación constante a la investigación de los hechos noticiables que constituyen la información (requisito previo al efectivo ejercicio de la libertad de expresión) y a su difusión. Por este motivo, aunque el periodista no tenga ningún privilegio en la protección de su derecho a la libertad de expresión, tiene una preferencia para el ejercicio de su actividad en aquellos casos en que, por la concurrencia de otros ciudadanos (por ejemplo, en caso de asistencia a un juicio con plazas limitadas para el público) los periodistas puedan verse privados de su ejercicio. Todo ello con el fin de garantizar que la información llegue a la opinión pública elemento esencial del pluralismo y el fundamento del estado democrático, pero este “privilegio operativo” nada tiene que ver con la responsabilidad y sus criterios de imputación.

Lo que da a los periodistas su estatus especial es la responsabilidad que tienen como instrumentos conformadores de la opinión pública. En consecuencia, los periodistas tienen un estatus especial en todas las circunstancias (y no sólo en lo antes expuesto).⁸⁶⁰

⁸⁵⁸ STC 6/81 expresa: “El derecho a comunicar que, en cierto sentido, puede considerarse como una simple aplicación concreta de la libertad de expresión [...] es derecho del que gozan también, sin duda, todos los ciudadanos, aunque en la práctica sirva, sobre todo, de salvaguardia a quienes hacen de la búsqueda y difusión de la información su profesión específica; el derecho a recibir es en rigor una redundancia (no hay comunicación cuando el mensaje no tiene receptor posible), cuya inclusión en el texto constitucional se justifica, sin embargo, por el propósito de ampliar al máximo el conjunto de los legitimados para impugnar cualquier perturbación de la libre comunicación social.”

⁸⁵⁹ Dentro del marco jurídico, la actividad periodística está protegida constitucionalmente a través del art. 20.1 CE. El derecho a la cláusula de conciencia o del secreto profesional (art.20.1.d). La prohibición de censura previa (art. 20.2). La prohibición del secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, excepto por resolución judicial (art. 20.5).

⁸⁶⁰ “Si bien la jurisprudencia constitucional ha reconocido como titulares de la libertad de información tanto a los medios de comunicación, a los periodistas, así como a cualquier otra persona que facilite la noticia veraz de un hecho y a la colectividad en cuanto receptora de aquélla (por todas, SSTC 6/1981, 105/1983, 165/1987, 6/1988, 176/ 1995, 4/1996), ha declarado igualmente que la protección constitucional del derecho ‘alcanza su máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa entendida en su más amplia acepción’ (STC 165/1987, reiterada en SSTC 105/1990 y 176/1995, entre otras). Afirmación con la que en modo alguno se quiso decir que los profesionales de la información tuvieran un derecho fundamental reforzado con respecto a los demás ciudadanos, sino sólo que, al hallarse sometidos a mayores riesgos en el ejercicio de sus libertades de expresión e información, precisaban –y gozaban de– protección

Nosotros, al abordar el concepto de periodista o profesional de la información nos referimos al sujeto que hace habitualidad de su actividad y es donde surgen las provocaciones. La LO 1/82 nada establece con respecto al sujeto activo, vehículo generador de la información, dejando regulada su actividad a los códigos deontológicos o de redacción, que nada hacen en pos de la aplicabilidad jurídica de un sistema de regulación profesional; y una vez más se debe suplir las deficiencias de la regulación legal acudiendo a la interpretación jurisprudencial.⁸⁶¹ Razón por la cual partiremos de una pregunta, que a nuestro entender, aún no está del todo clara. *¿El ser profesional de la información, constituye un privilegio a efectos de la atribución de responsabilidad, o, por el contrario, constituye un mayor nivel de responsabilidad?*

A efectos de responder la primera de las preguntas habrá que desglosarla en dos aspectos; estando supeditada dicha dicotomía, a que la prevalencia sea a favor de la libertad de información-expresión, o del honor, intimidad o propia imagen.

En principio, ni la doctrina ni la jurisprudencia otorgaron algún tipo de privilegio o supremacía al carácter de profesional de la información, muy por el contrario, este es un derecho del que gozan por igual todos los ciudadanos sin ningún tipo de privilegio. Pues establecer lo contrario podría equivaler a transformar un derecho de libertad común para todos los ciudadanos, en un derecho de prestación.⁸⁶² Pero un año después, y con la LO 1/82 en vigencia, la jurisprudencia superó esta postura, estableciendo un criterio preferencial, fundamentado en la función social que los MMC desempeñan en la sociedad, conforme lo expresa la STC 30/1982.⁸⁶³

específica. Protección que enlaza directamente con el reconocimiento a aquellos profesionales del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional, para asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información.” (STC 6/1981).

⁸⁶¹ Una vez más se debe acudir al criterio de jueces para otorgarle cuerpo a la LO 1/82 sostenemos la imposibilidad de la jurisprudencia de constituirse en fuente generadora del derecho aunque si fuente interpretativa, a efectos de actualizar la letra de la ley, pero sin alterar su esencia. Pues sostener este criterio sería otorgarle al Poder Judicial facultades propias del Poder Legislativo, inmiscuencia que resulta inconstitucional en un sistema democrático y de derecho con separación de poderes.

⁸⁶² STC 6/1981 de 16 de marzo en su f.j. 3° y 4°.

⁸⁶³ STC 30/1982 de 1 de Junio f.j. 4° expresa “...los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan de una privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho preferente, atribuido en virtud de la función que cumplen...”. Creemos disintiendo con el tribunal que la casuística de proclamación de esta preferencia es forzada y hasta arriesgada, pues más allá de pretender establecer el criterio de preferencia de este derecho al profesional de la información, lo que estaría en conflicto es la igualdad de criterio y la función social de la información y no el privilegio de los periodistas.

En esta línea la jurisprudencia ha venido otorgando la máxima eficacia legitimadora a la libertad de información, cuando es ejercida a través de los cauces normales de formación de la opinión pública; los que normalmente lo desempeñan profesionales de la información.⁸⁶⁴

Podemos entender de las citadas sentencias, que dicho valor preferente surge no sólo de la calidad de profesional de la información; sino que el mismo sea desarrollado a través de los cauces normales de difusión de la noticia. El centro de enfoque podría estar en determinar el vehículo de la información, y ello se puede traducir que el mismo esté perfectamente identificado, como mecanismo formal de la información. De lo que surge que la preferencia no radica solo en la persona del profesional, sino en los medios que utiliza para canalizar dicha información.⁸⁶⁵ Así, el criterio de preferencia funcionaría con doble funcionalidad, una positiva y otra negativa. El criterio positivo de preferencia para los profesionales de la información se define cuando se concretan los elementos propios y verdaderamente legitimadores de la información, lo que denominamos anteriormente “*determinantes de atribución*”. Pero creemos que este mismo criterio funciona de manera negativa, cuando hay una vulneración manifiesta de los elementos determinantes de la esencia preferencial de la información. Dicha argumentación surge del criterio de responsabilidad emergente del ejercicio de su arte, por parte del profesional de la información; situación está que profundizaría la atribución de responsabilidad en razón de su condición, cuando son violados los elementos determinantes de la información. Ahora bien esta situación negativa surgiría principalmente fundada en la exigencia natural exigible en aplicación del arte y la forma a cualquier profesional, más allá de los fines de su actividad, por lo cual sería más reprochable una conducta claramente negligente en la exposición de la información por parte de un profesional que por parte de un particular, que desconoce el buen arte en la exposición de la información.⁸⁶⁶

⁸⁶⁴ SARAZÁ JIMENA, RAFAEL, *op. cit.* p 246 y ss, quien cita la STC 165/1987 en BOE 275 del 21 de noviembre fj. 10° y 219/1992 fj. 2°.

⁸⁶⁵ STC 165/1987 dicha sentencia expresa “...Esto, sin embargo, no significa que la misma libertad no deba ser reconocida en iguales términos a quienes no ostentan igual calidad profesional, pues lo derecho de la personalidad pertenecen a todos sin estar subordinados a las características personales de quien los ejerce, sino al contenido del propio ejercicio, pero si significa que el valor preferente de la libertad si declina, cuando su ejercicio no se realiza por los cauces normales de formación de la opinión pública”.

⁸⁶⁶ No negamos ni mucho menos la finalidad primera y verdadera de la información y por ende de la actividad de los profesionales de la información y el aporte social que ello implica. Sin embargo no podemos establecer un criterio caprichoso de impunidad manifiesta ante los ataques o abusos de esta garantía constitucional, por parte de los profesionales de la información, que en muchas ocasiones desconociendo de manera manifiesta el objeto de su actividad, violan el verdadera esencia de la información ostentándose superpoderes en todos los asuntos, aunque estos escapen al interés público, disfrazando o forzando el interés público por una simple y morbosa curiosidad con grandes remanentes económicos. Creemos que el periodista más allá del origen y fundamento de su arte, debe responder como lo haría cualquier profesional, que conoce y se sirve de su arte. Leyendo un artículo de ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO: “Responsabilidad por informar”, en *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Dykinson, 2000, pp. 171 a

Aceptamos con ciertas reservas la posición preferente del profesional de la información. Creemos que la jurisprudencia ha sido coherente, e imbuida de sentido común en lo práctico. Pero creemos que en lo teórico el sistema ha sido un tanto anestesiado forzosamente. Partiendo del principio romano “*ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus non legislatoris*” no podemos hacer *ad libitum* un distingo donde la ley no lo hace; fundado solo en la garantía individual e institución que implica el ejercicio de la actividad informativa; otorgando preferencias discrecionales, posteriores a la publicación de la información, circunstancia extraña y vacía desde una postura normativa. Pues aplicando un mismo criterio podría menguar o anestesiar la responsabilidad de un médico de un hospital público o la del conductor de autobús público, fundando solo dicha preferencia en la funcionalidad y finalidad de su actividad.⁸⁶⁷ En esta línea y conforme los principios básicos de la responsabilidad civil: a mayor profesionalidad, mayor el nivel de diligencia en el desempeño del arte o profesional y, por consiguiente, mayor ajuste en la interpretación de los factores de atribución.⁸⁶⁸

5.4.3.2. ELEMENTO OBJETIVO. LOS CAUCES NORMALES DE DIFUSIÓN Y SUS FUENTES

La cuestión sobre los cauces normales o institucionales de la información o sus fuentes no es cuestión menor para gran parte de la doctrina.⁸⁶⁹ Para nosotros esta cuestión ha dejado de

203. El maestro expresa la responsabilidad que genera la información errónea, siempre y cuando se den los elementos propios para la atribución de responsabilidad, dejando de lado a la actividad periodística, que para el maestro tendría otra interpretación conforme su finalidad; aunque para nosotros cabría perfectamente dicho análisis. Bien ahora nos preguntamos, ¿eximimos o anestesiarnos la responsabilidad en base a un criterio social? ¿no estaría en la misma situación o mejor aún el médico de un hospital o un abogado que actúa gratuitamente en una defensora oficial? Además el periodista que cumple una función social, en caso de no cumplir con su finalidad desinformando o informando mal, incurriría en una responsabilidad social, en el cual cualquier ciudadano podría investirse la legitimación activa para proceder contra este, cuando sufra un daño por mal desempeño de su función profesional cuando desinforma.

⁸⁶⁷ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “*La constitución, el honor...*”, *cit.*, p. 1692. Este expresa lo establecido por ley 22/1994 de 6 de julio, por el que el fabricante de un producto defectuosamente elaborado, responde civilmente por los daños a causa del defecto de fabricación, aunque hubiese demostrado haber empleado todas las medidas necesarias para evitarlo (art. 1 y 3.2 de la ley). Por lo que sería impensable que el mismo argumento en su defensa que dicha norma violaría su derecho constitucional a la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE. En idéntico sentido se establece para los medicamentos, aun cuando, conforme al estado de la técnica, sea imposible descubrir los defectos. ¿No cabría juzgar insensato a quien, por ejemplo, edita un periódico (defectuoso) por incluir una información falsa, aunque diligentemente contrastada, haya de responder por los daños que dicha información cause, no a cualquiera que pueda leerla- a fin de excluir, en la conocida frase del juez Cardozo en *Ultrameres vs. Touche*, la creación de una *liability in a indeterminate amount for a indeterminate time to a indeterminate class*-sino aquella persona precisamente a quien la información falsa difama.

⁸⁶⁸ *Vid.* art. 1103, 1104 CCE y art. 902 CCA.

⁸⁶⁹ El profesional de la información necesariamente para poder exponer una información lo hace a través de los medios institucionalizados de la prensa, por ello expresamos que la misma es una condición necesaria en la práctica. Ahora bien, cuando la información no la da un profesional de la información sino un particular o un personaje público, no necesariamente el vehículo prensa entendido de manera estricta es condición necesaria sino que ésta puede ser subordinada o accidental, lo que quiere decir, es que puede o no constituir un medio de difusión.

contener importancia determinante, atento el desarrollo que han tenido estos canales a través de la sociedad de la información. Desde nuestra perspectiva, actualmente vivimos la era de la información y la comunicación. Por ello cuando hacemos referencia a estos elementos, no cabe duda que la explosión de información a través de distintos cauces informáticos no formales o estructurados (blogs- redes sociales, etc.) constituyen uno de los espacios de mayor transferencia de información y manifestación de la libertad de expresión e información. Razón por la cual, el concepto de prensa no debe ser entendido de manera estricta o institucionalizada, situación ésta que condicionaría la existencia y funcionalidad de otros vehículos de la información no formales, que han desarrollado una actividad respecto a las de la libertad de expresión e información.

En este sentido, consideramos como vehículo, de la información a cualquier medio de difusión, sea prensa escrita, oral, televisiva, internet o cualquier instrumento de difusión de información. La circunstancia de que la información se canalice a través de los MMC institucionalizados, solo viene a constituir uno de los canales de manifestación del derecho a la libertad de expresión e información, pero también constituye el ejercicio del derecho de industria o comercio por parte de éstos; con los riesgos que dicha actividad implica en el desarrollo de su actividad. Por lo cual, resulta a todas luces y desde nuestra óptica, difícil sostener la aplicación de un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad, pues el hecho de estar estructurado en una empresa o ser un profesional de la actividad conlleva un mayor grado de responsabilidad y diligencia en el desarrollo de la actividad. Argumentos estos que desarrollaremos con mayor detenimiento con el avance los capítulos.

5.5 LAS FUENTES INFORMATIVAS. ESPECIAL REFERENCIA A LA DOCTRINA “CAMPILLAY”

Algún perspicaz jurista se preguntará por qué tratar la real malicia en este acápite. Ahora bien, más allá de poseer el monopolio circunstancial de esta investigación, sin soberbia alguna creemos que la misma está directamente relacionada a las acciones que surjan de las fuentes de la información, con sus consecuencias sobre los factores de atribución.

En el derecho argentino, la doctrina del caso Campillay⁸⁷⁰ y Ramos,⁸⁷¹ estableció, a efectos de proteger la libertad informativa, la obligación de mención a las fuentes de forma cierta y clara, y la fidelidad de lo emanado de aquellas, acreditando esos recaudos por parte de quien difunde la noticia, salvo que el informador utilice el tiempo potencial u omitiendo la identificación del implicado. Para la CSJNA, la mención de la fuente, en la mayoría de los casos, funcionaría no solo legitimando la información, sino beneficiando a los medios informativos, desviando la responsabilidad a su fuente en caso de conflicto.

Ahora bien, en caso de que los beneficios de citar la fuente se vieran tergiversados por la connivencia entre la fuente y quien la difunde, cuando la fuente produce una noticia falsa y resulta insolvente a efectos de afrontar la responsabilidad ulterior; siendo el medio fiel trasmisor a sabiendas de una falsedad, ¿qué doctrina aplicaríamos?

Aquí comenzamos un proceso de combinación de doctrinas, a efectos de no dejar lagunas. En este sentido, creemos que no podríamos aplicar la doctrina Campillay, no sólo porque ésta exime de responsabilidad cuando se cita la fuente, sino porque el dolo modifica todo. Razón por la cual podríamos aplicar la doctrina de la real malicia. La doctrina de la real malicia sirve como pauta apropiada a efectos de apreciar la culpa o el dolo en obtención de información; y tuvo por objeto la protección ante la responsabilidad de los medios de prensa, cuando el sujeto pasivo fuese un personaje público,⁸⁷² aunque no hubiese exactitud entre la información y la verdad objetiva, siempre y cuando no hubiese dolo o culpa grave por parte del informador.⁸⁷³

En caso de que las fuentes no hubiesen sido eximentes de responsabilidad, cualquiera fuese el motivo, habrá ahora que determinar si actuó con real malicia. Razón por la cual ambas doctrinas

⁸⁷⁰ CSJN “Campillay Julio vs La Razón” fallos 308:789 año 1996, La Ley 1996-C411. Para una mayor profundización de este caso se puede ver en Constitución y Derechos Humanos, Astrea t 2, pp. 1005 a 1008, Milley Jonathan- Gelli, Angélica- Cayuso, Susana.

⁸⁷¹ CSJN Ramos Juan José vs Radio Belgrano y otros R. 134 XXXI año 1996. Con esta sentencia la corte amplía el standard exculpativo de la doctrina Campillay, expresando el tribunal que si el que va a transmitir la información tiene indicios racionales de que lo que se va a transmitir es falso, no exculpa de responsabilidad, debiendo reproducir la misma aclarando la sospecha de inexactitud o bien abstenerse de reproducirla.

⁸⁷² GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *op. cit.*, p. 97 y ss. Esta expresa que la doctrina de la real malicia surge en 1964 en el caso “New York Times vs Sullivan”, el que aplicaba dicho eximente ante los funcionarios públicos, pero con posterioridad en el caso “Gertz vs Robert Walsh Inc.” Maximizó la amplitud del sujeto pasivo, expresando que esta doctrina también era aplicable a personajes o figuras públicas.

⁸⁷³ Encontramos en la doctrina de la real malicia un factor económico importante en beneficio de los MMC. Así, en caso de difamación de un personaje o funcionario público, este sujeto tiene un menor costo de acceso a los medios a efectos de repudiar lo publicado, lo que implica un menor costo que ir a juicio. Por otra parte, la réplica tiene el beneficio de generar el aumento en la venta de periódicos. Por ello, si el periódico debe enfrentarse a demandas judiciales por publicar, esta sería reticente en la publicación de la misma, aunque el beneficio social sea alto, medidos por la voluntad de todos los lectores de periódicos de pagar por leer la información exceda dichos daños.

funcionan como filtros legales a efectos de determinar la responsabilidad. Con ello no queremos decir que el incumplimiento de la regla Campillay sea condición suficiente para determinar responsabilidad⁸⁷⁴, salvo real malicia manifiesta del informante, lo que implicaría la información dolosamente transmitida o con culpa grave, abarcando está a la negligencia precipitada o simple culpa.

5.6 LA DOCTRINA DE LA “REAL MALICIA”

Como sabemos, en el *common law* americano, el *Tort* de la *defamation* había estado sujeto a un régimen general de responsabilidad objetiva hasta que en la década de los años sesenta del siglo pasado, su Tribunal Supremo federal, en *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964),⁸⁷⁵ constitucionalizó el derecho al honor y limitó la accionabilidad de la difamación de servidores públicos a los casos en los que el demandado hubiera actuado con dolo o con absoluta desconsideración de la verdad o falsedad de la información inexacta que había publicado.⁸⁷⁶

Dicho estándar fue complementado en “*Garrison v. Louisiana*” (1964), en que se extendió su aplicación a las causas penales. Ulteriormente, en “*Curtis Publishing Co. v. Butts and Associated Press*” (388 US 130, 1967) amplía el espectro de personas alcanzadas, comprendiendo a las “figuras públicas”; y a particulares involucrados en cuestiones de relevante interés público, en “*Rosenbloom v. Electromedia*” (403 US 29, 1971).

En la jurisprudencia Argentina la doctrina aparece mencionada desde el año 1967.⁸⁷⁷ Se consagra en forma mayoritaria en nuestro superior tribunal en 1996 en los casos “*Morales Solá*” y “*Ramos, Juan J. vs. LR 3 Radio Belgrano y otros*”, y a partir de entonces se consolida en numerosos pronunciamientos, pese a no contar con la aceptación uniforme entre algunos tribunales de alzada.⁸⁷⁸

⁸⁷⁴ GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *op. cit.*, p. 99.

⁸⁷⁵ 376 US 255, 1964. Puede leerse el fallo completo, traducido por Héctor Mairal, en JA 1964-V-3 a 22, secc. Jurisprudencia Extranjera.

⁸⁷⁶ Sobre la base de dicha doctrina se revocó la sentencia condenatoria del superior tribunal estadual impuesta a la demandada *New York Times* a favor del comisionado de Montgomery, Alabama, L. B. Sullivan, a causa de la difusión de una solicitada signada por 60 personas que daba cuenta de las persecuciones raciales por parte de la Policía estatal.

⁸⁷⁷ En el dictamen del procurador general Ramón Lascano en las actuaciones “*Moreno y Timmerman*”, y la Corte Sup., a través de los votos aislados de sus jueces, aplicó o analizó el estándar en “*Costa, Héctor R. v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros*” (1987); “*Vago, Jorge A. v. Ediciones La Urraca S.A. y otros*” (1991); “*Abad, Manuel E. y otros s/calumnias e injurias*” (1992); “*Tabares2* (1992).

⁸⁷⁸ “*Pandolfi*” (1997, Fallos 321:2637); “*Amarilla*” (1998, Fallos 327:943); “*Menem, Eduardo*” (1998, Fallos 327:2168); “*Cancela*” (1998, Fallos 327:943); “*Roviralta*” (2004, Fallos 327:789); “*Guerineau*” (2004, Fallos 327:943); “*Vallejo*” (2004, Fallos 327:789).

El fundamento de la doctrina reside en la interpretación armónica de los arts. 14 y 32 CNA, y tiene por finalidad armonizar la protección del derecho de prensa ejercido especialmente en asuntos de interés público, con el derecho individual al honor, para garantizar la coexistencia, en procura que ambas prerrogativas no resulten superpuestas, sino más bien que se respeten unas a otras. Se procura un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que son afectados por comentarios lesivos, objeto de la información o de la crónica. Para el máximo tribunal, es el medio más idóneo para alcanzar la más amplia libertad de prensa por medio de la cual puede conocerse la verdad e importancia de los actos de gobierno.

La recepción de la doctrina en cuestión ha generado una controvertida discusión doctrinaria, y nos enrolamos entre los que sostienen que ella impone a los que se consideran, afectados la especial y reforzada carga procesal de demostrar que quien emitió la expresión o la imputación conocía la falsedad de la noticia y obró con conocimiento de que eran falsas, o con notoria despreocupación por su veracidad, que -en los hechos- desalienta el justo reclamo judicial de los daños, con el consiguiente menoscabo para la vigencia efectiva de los derechos personalísimos.

Acertadamente se ha señalado que la doctrina de la real malicia resulta perniciosa no sólo para el afectado, sino también para todo el medio social, que se ve expuesto al fundado riesgo de recibir información falsa sobre asuntos de interés público y personas públicas, por cuanto no puede descartarse la emisión de noticias a sabiendas de su falsedad o con despreocupación elemental acerca de sus circunstancias cuando el medio evalúa que la dificultad de la prueba, al menos en innumerables ocasiones, hará improbable la acción judicial.⁸⁷⁹

5.6.1 SUS LÍMITES

El criterio jurisprudencial de la CSJNA ha determinado los alcances y requisitos de procedencia de la doctrina en desarrollo.

a) Sujetos afectados.

Con el antecedente de la Corte Sup. EE.UU. de A. en “Gertz v. R. Welsh Inc.” (418 US 323), por el cual se restringe el aludido estándar al declararse inadmisibles cuando se trata de simples particulares que adquieren el carácter de figura pública por haberse involucrado involuntariamente en asuntos de interés público,⁸⁸⁰ en fallo dictado el 28/8/2007 en autos “S. L. E.

⁸⁷⁹ TOBIÁS, JOSÉ W: “Derechos personalísimos y libertad de información”, *LL* del 17/12/2007.

⁸⁸⁰ PIZARRO, RAMÓN DANIEL: *Responsabilidad civil de los...*, *cit.*, p. 429 y ss.

v. Diario El Sol”,⁸⁸¹ los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco, coincidiendo con el dictamen de la procuradora fiscal subrogante, Marta A. Beiró de Gonçalves, consideran que no resultaría de aplicación la invocada doctrina de la “real malicia”.

Consecuentemente, la tesis en tratamiento sólo es admitida cuando el afectado reviste el rol de funcionario público, o se trata de una figura de relevante actuación pública (artistas, escritores, deportistas, etc.) o particulares que hubieran intervenido en cuestiones de índole pública.

b) Violación del derecho a la intimidad o a la privacidad.

Si nos remontamos al origen de la regla de la “real malicia” en el célebre fallo ya citado, “New York Times vs. Sullivan”, los dos bienes tutelados constitucionalmente en conflicto fueron el derecho al honor y la libertad de expresión, y el superior tribunal estadounidense privilegió a esta última, fundamentada en una decisión política sobre el grado de libertad de prensa. Juzgó preferible proteger un amplio margen de libertad de expresión aun cuando ello pudiera redundar, en la lesión efectiva del honor en algún ciudadano en particular, es decir, que el daño actual al honor debe ser soportado para salvaguardar el derecho futuro de otros a la libertad de expresión, y en aras de dicha protección se tendría que soportar el costo de que, en ciertos casos, afirmaciones falsas quedaran sin ser indemnizadas.

Debemos destacar que nuestra CSJNA sentó doctrina expresando que “*Nadie puede inmiscuirse en la vida privada de una persona ni violar áreas de su actividad no destinadas a ser difundidas, sin su consentimiento o el de sus familiares autorizados para ello y sólo por ley podrá justificarse la intromisión, y siempre que medie un interés superior en resguardo de la libertad de los otros, la defensa de la sociedad, las buenas costumbres o la persecución de un crimen*”.⁸⁸² El juez Belluscio consideró irrelevante el debate en torno a la verdad o falsedad de la información difundida, pues si bien ello es de interés cuando el bien que se invoca como lesionado es el honor, no lo es cuando la lesión consiste en la invasión al ámbito reservado de la intimidad, es decir, cuando el bien lesionado en última instancia es la libertad que tiene todo ser humano en el núcleo

⁸⁸¹ LL 2007-F-446.

⁸⁸² CSJNA 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín, Indalia y otro v. Editorial Atlántida S.A.”, consid. 8 del voto de la mayoría, fallos 306:1892.

central de su persona. Pues en este ámbito no se encuentra en juego en el caso de la veracidad de la información, “extremo que resulta indiferente cuando lo que se intenta proteger es la intimidad”.

Por ende, la doctrina de la “real malicia”, de aplicación en los supuestos en que se afecta el derecho al honor, carece de admisibilidad cuando se viola el derecho a la intimidad o privacidad; argumento éste invocado con claridad meridiana y sólidos fundamentos por los tres magistrados intervinientes en el pronunciamiento en comentario.

c) Distinción entre opiniones y hechos

En la disidencia del juez Oliver Wendell Homes en el caso “Abrams v. United States” (250 US 616) aparece por primera vez en la jurisprudencia de la Corte del país del Norte la concepción relativa a la expresión de meras ideas u opiniones, al sostener que las mismas no pueden ser limitadas en ninguna medida, porque -rememorando a John Stuart Mill- la mejor manera de alcanzar el bien es someter las ideas a la competencia libre del mercado, para determinar cuál es la verdadera.

En el mencionado fallo “Gertz v. R. Welsh Inc.” (418 US 323) se formula la distinción entre situaciones fácticas e ideas, admitiendo que sólo las primeras son susceptibles de responsabilidad. En idéntico sentido se expide el TEDH, al considerar que la existencia de hechos puede ser demostrada, en tanto la verdad de los juicios de valor no es susceptible de prueba y su exigencia implica una violación al derecho de libertad de expresión consagrada en el art. 10 de la convención.⁸⁸³

La CSJNA adopta el criterio de que sólo respecto de las informaciones falsas puede aplicarse la doctrina de la real malicia, mientras que con relación a las opiniones, ideas, juicios de valor, juicios hipotéticos y conjeturas, no procede un test tendiente a probar si una falsedad fue afirmada con conocimiento de esa condición. Esta doctrina ha sido afirmada, sosteniendo la Corte

⁸⁸³Sent. del 8/7/1986, serie A, n. 103/1986, “Lingens v. Austria”. El caso se suscitó debido a que el periodista austríaco Lingens publicó dos artículos en una revista vienesa en los que acusaba al canciller austríaco y presidente del partido socialista austríaco de proteger a ex nazis mediante un “oportunismo de lo más bajo”; en sus notas, aquél calificó la conducta del canciller como “inmoral e indigna”. el tribunal europeo de derechos humanos cuestionó la decisión de los tribunales intervinientes que con fundamento en el art. 11 L NAC LO 11179_1984, párr. 3º, c. pen. austríaco, habían condenado a Lingens debido a que éste no había podido probar la verdad de sus dichos; para así decidir, el tribunal europeo consideró que no cabía exigir la prueba de la verdad en materia de opiniones (voto de la Dra. Highton de Nolasco, consid. 12, sent. del 24/6/2008), en autos “P., J. A. y otro vs. Diario La Nación”, JA 2008-III, fasc. 9, p. 31, del 27/8/2008.

que las opiniones son enunciados que, por definición, no contienen afirmaciones fácticas ni son verdaderos ni falsos.^{884 885}

En el mismo la corte afirma “*que no puede haber responsabilidad alguna por la crítica o la disidencia, aun cuando sean expresadas ardorosamente, ya que toda sociedad plural y diversa necesita del debate democrático, el que se nutre de las opiniones teniendo como meta la paz social [...]. Es función de esta corte fundamentar, propiciar y proteger los consensos básicos para el funcionamiento de una sociedad en la que se pueda convivir con tolerancia de opiniones diferentes. Uno de esos principios fundamentales es el de la libertad de expresión y el control de los funcionarios públicos, así como el debate sobre sus decisiones. Los debates ardorosos y las críticas penetrantes no deben causar temor, ya que son el principal instrumento para fortalecer una democracia deliberativa, que es principal reaseguro contra las decisiones arbitrarias y poco transparentes*”.⁸⁸⁶

Al comentar dicho pronunciamiento, MORELLO⁸⁸⁷ destaca que la discusión de ideas, en tanto no implique la atribución de hechos a otra persona, no puede tener límites, ya que ello impediría la existencia de un proceso indispensable para el mejoramiento del manejo de las cuestiones públicas. En cambio, es radicalmente diferente cuando las manifestaciones expresadas a través de la prensa contienen la afirmación de acontecimientos de hechos de la realidad que puede resultar lesiva para el honor o la dignidad de alguien, y concluye: “*La divisoria de aguas radica en la opinión y hechos. Aquélla (puntos de vista, pareceres, enfoques, juicios, críticas, convencimientos, consideraciones) es el espacio de mayor libertad para el medio y el periodista; en cambio, lo sucedido, los hechos, es ceñido a una regla diferente y más rigurosa*”.

5.6.2 INSUFICIENCIA DE FUNDAMENTOS NORMATIVOS EN LA DOCTRINA DE LA REAL MALICIA

5.6.2.1 A NIVEL CONSTITUCIONAL

⁸⁸⁴ Sent. del 29/9/1998, consid. 9, en “Amarilla, Juan H. s/recurso extraordinario en autos Gorvein, Diego R. s/querella calumnias e injurias”, expte. 797/1993, Fallos 321:2558.

⁸⁸⁵ Es en el pronunciamiento dictado el 24/6/2008 en autos “P. J. A. y otro vs. Diario La Nación” donde se desarrolla ampliamente la cuestión, no sólo en el brillante dictamen del procurador general de la Nación, Dr. Esteban Righi, sino también en los fundamentos invocados por la totalidad de los ministros intervinientes.

⁸⁸⁶ Los votos de los dres. Highton de Nolasco y Petracchi avalan con sus consistentes argumentaciones la distinción señalada.

⁸⁸⁷ MORELLO, AUGUSTO M: “Libertad de prensa: opiniones y hechos”, JA 2008-III, fasc. 9, p. 52, del 27/8/2008.

Conforme lo expresa PIZARRO,⁸⁸⁸ la doctrina de la “*real malicia*” importada de la jurisprudencia, fundada en la corte de los Estados Unidos, constituye otra de las vías de privilegios de los MMC, a nivel de factores de imputación y de carga probatoria. El autor manifiesta que la misma carece de sustento normativo, no sólo en el derecho argentino,⁸⁸⁹ sino en la mayoría de los países de tradición romanista que han importado esta doctrina. En España sostenemos que está también carecería de sustento normativo para su aplicación.

La doctrina de la “*real malicia*” suele ser presentada como una condición *sine qua non* para la existencia de la libertad de prensa; como una noble bandera, detrás de la que se sitúan quienes la consideran un bastión indispensable para la vida de la democracia. Pero tal es la entidad que se pretende otorgarle que al parecer, hasta su descubrimiento por la Corte de los Estados Unidos, hemos vivido en la penumbra o en un estado de naturaleza Hobbesiana, sin una correcta valoración del rol constitucional que ella debía tener.

Pero, ¿es esto real? ¿Se puede decir, seriamente, que la libertad de prensa fue “redescubierta” en su verdadera dimensión en 1964 por la corte de los Estados Unidos y, entre nosotros más de 20 años después? ¿Puede sostenerse que los tiempos que precedieron a *New York Times vs. Sullivan* mostraron una tutela raquílica de la libertad de prensa?

La respuesta negativa fluiría nítidamente desde nuestra hipótesis de investigación. La tutela de la libertad de expresión e información, alcanzó entre nosotros durante más de 130 años adecuada protección, no solo en el ámbito constitucional, sino también en las cuestiones relativas a las responsabilidades derivadas de abusos en su ejercicio, sin necesidad de acudir a la doctrina de la “*real malicia*”, la que rechazamos de plano. Pues entendemos sin mayores dilaciones que dicha tutela puede asegurarse y enriquecerse en el futuro sin necesidad de acudir a ella.⁸⁹⁰

Conforme surge de esta doctrina, la prueba de una información inexacta o falsa varía según se trate de un funcionario público y un particular. Los primeros para lograr la atribución de responsabilidad, deben probar dolo o total despreocupación por la veracidad de la información, mientras que los segundos solo simple culpa o negligencia a efectos de que sea procedente la

⁸⁸⁸ Vid. PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Responsabilidad civil de los...*, *cit.*, analiza con profundidad esta diferencia tutelar asimétrica.

⁸⁸⁹ *Ibidem*. Para el autor no encontramos ni en la constitución argentina, ni en los pactos internacionales de jerarquía constitucional, ni mucho menos en el CCyCA sustentos que permitan su aplicación. Es más, si una conclusión puede extraerse de dicha normativa es todo lo contrario.

⁸⁹⁰ PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Responsabilidad civil de los...*, *cit.*, p. 18.

reparación. Como surge de ésta, siempre precede al factor de atribución, el elemento culpa, con diferentes tipos de agravantes en su conducta o diligencia, lo que sitúa en una condición asimétrica a la persona y por consiguiente a la protección jurídica de los derechos personalísimos.

La constitución Argentina, como también la mayoría de las constituciones europeas y latinoamericanas otorga gran importancia a la libertad de prensa,⁸⁹¹ y en todas ellas campea la misma premisa: ausencia de controles previos, prohibición de censura previa en cualquiera de sus manifestaciones y responsabilidad ulterior por noticias inexactas o agraviantes. De dichos textos normativos, no podemos inferir ninguna situación de privilegio a favor de los medios, salvo la que impide la censura previa,⁸⁹² pero *no encontramos privilegios posteriores a la publicación o emisión de la expresión o información. Por ello, la tutela constitucional preponderante de la libertad de expresión e información, materializada en la libertad de prensa y esta última a través de la libertad de empresa* tiene una dimensión superlativa en la etapa previa a su publicación. No convalidando idéntico status una vez publicada la misma; razón por la cual posterior a su publicación, resultan de aplicación los mismos principios y reglas de derecho común, carentes de cualquier tipo de privilegio o preferencia. Por ello una solución concediendo privilegios posteriores a su publicación, debería estar consagrada en el texto constitucional para su vigencia y aplicación, ya que de otro modo infringiría inexorablemente el principio de igualdad y equilibrio fundamental receptado por los textos constitucionales modernos.

Buscar un fundamento especial en la constitución, y así apartarse de la aplicación del derecho codificado, que regula la actividad de los MMC importaría una idea inadmisibles y carente de sustento normativo, lo que potencia la ruptura del delicado equilibrio entre derechos. Por ello, las normas de derecho común,⁸⁹³ en la responsabilidad emergente de noticias erróneas o falsas son ampliamente aplicables y destinadas a reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías

⁸⁹¹ Art. 14 y 32 de la CA. El primero de los artículos reconoce el derecho a publicar ideas por la prensa sin censura previa y el segundo impone una categórica prohibición al Congreso de la Nación de dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa. Entre otras, podemos nombrar al art. 5 y 6 de la Constitución Mexicana, art. 20 de la Constitución Colombiana, art. 20 de la Constitución Española 1978 y en el art. 21 de la Constitución Italiana de 1947. Así la Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 13.2 y a nivel europeo la Convención Europea de Derechos Humanos en art. 10.

⁸⁹² Salvo algunas excepciones muy restringidas, por cuestiones de peligro al interés general.

⁸⁹³ En el ex CCA su regulación debe atender a los ex art. 512, 902, 1071, 1109, 1071 y 1113 (para los que sostenemos la responsabilidad objetiva) y actualmente los art. 1770 y 1771 del CCyCA, los que conjugados con los art. 50 a 55 del mismo digesto podrían generar el espacio hacia la objetivación del daño en este ámbito. En sentido similar, el art. 1757 CCyCA acompaña la línea doctrinal puesta de manifiesto por PIZARRO respecto de las actividades riesgosas y su factor de atribución, dentro de lo que podríamos integrar a los MMC, respecto la modalidad sobre la que realizan su actividad, siguiendo la línea de razonamiento del autor citado. En el derecho español por la LO1/82 y 5/92 y para aquel sector de la doctrina reticente a la especialidad de la LO 1/82 podríamos aplicar el 1903 y ss del CCE.

fundamentales de toda persona. En este sentido resulta imposible ser dejadas de lado antojadizamente, invocando antecedentes jurisprudenciales ajenos a nuestro sistema, o sin una declaración previa de inconstitucionalidad, so riesgo de desvirtuar totalmente el sistema; y como lo advierte CIFUENTES, “*no es la jurisprudencia, el sistema del precedente, sino la ley la que formula los principios en un orden jurídico continental como el nuestro. No son los jueces los encargados de establecer los márgenes reglamentarios de la conducta, ni la corte suprema cuya jurisprudencia tampoco es jurisdiccionalmente obligatoria*”.⁸⁹⁴

PIZARRO⁸⁹⁵ manifiesta que en defensa de la doctrina de la “*real malicia*”, se argumenta que las críticas formuladas a ella por quienes la consideramos ajena a nuestro sistema jurídico, evidencian un enfoque erróneo del problema, consistente en la creencia de que los problemas constitucionales pueden ser resueltos exclusivamente a la luz de la legislación común, con prescindencia de los prioritarios principios constitucionales que regulan el tema. Según esta concepción, la cuestión estaría por encima de la discusión técnica de aplicación de un artículo u otro de derecho común, en los casos de responsabilidad civil, derivados del ejercicio de la libertad de prensa. Ya que debería centrar la atención en el propio texto constitucional, y en los valores que ella protege como prioritarios, entre los que se ubica en primerísimo lugar a la libertad de prensa.

La aplicación a los MMC de los principios generales de la responsabilidad civil, sea sobre la base de una responsabilidad subjetiva simple o estableciéndola sobre parámetros objetivos, podría según aquella concepción, resultar idónea para afectar gravemente la esencia misma de la libertad de expresión. Dentro de ese esquema, el juicio de valor que necesariamente debería formularse, impondría la aplicación de la doctrina de la “*real malicia*”, por ser la que mejor se adecua a nuestro sistema constitucional.

Las cuestiones atinentes a los daños derivados de la actividad de los MMC tienen en el derecho español, un marco normativo preciso, conformado por LO 1/82 y en el derecho argentino por las normas del derecho común, que regulan la responsabilidad por daños.⁸⁹⁶ Ese orden normativo, cualquiera sea el alcance interpretativo que se le asigne, en modo alguno está en pugna con las respectivas estructuras constitucionales. Más bien todo lo contrario, pretender su no aplicación sobre la base de una supuesta incompatibilidad con la tutela que la ley fundamental

⁸⁹⁴ CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 545.

⁸⁹⁵ PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Responsabilidad civil de los...*, *cit.*, p. 228.

⁸⁹⁶ Código Civil y Comercial de la Nación Argentina.

otorga a la libertad de expresión e información, importa una idea que, en nuestra legislación carece de sustento, pues ningún tipo de privilegio se le reconoce a los MMC una vez efectuada la publicación.⁸⁹⁷

No existe contradicción entre las normas del derecho privado que regulan la responsabilidad civil de los medios y la constitución. De allí que la pretendida necesidad de adaptar el sistema de daños a los MMC, mediante la configuración de un tipo ultra subjetivo de responsabilidad civil, se presenta como una idea que, además de ser inaceptable, según nuestra visión, *vulnera elementales derechos y garantías constitucionales*. Lo que evidencia una interpretación poco convincente, que sólo encuentra sustento en la voluntad o criterio *ad libitum* de quien la formula.

Ahora bien, lo preocupante, ya no es solamente la importación legal de doctrina foráneas sin basamento normativo, sino el carácter fragmentario con el que suele ser importada a nuestro sistema (las experiencias de Argentina⁸⁹⁸ y España son elocuentes); disociada de ciertos componentes que constituyen complementos esenciales e inseparables de ella.⁸⁹⁹ Pues en el

⁸⁹⁷ Esta normativa constitucional guarda plena armonía con lo dispuesto en los pactos internacionales sobre derechos humanos incorporados a nuestro sistema con jerarquía constitucional. En todos ellos campea la misma premisa: ausencia de controles previos, esto es, prohibición de censura previa, en cualquiera de sus manifestaciones y responsabilidad ulterior del medio que publica informaciones falsas, inexactas o agraviantes. Adviértase que de los textos constitucionales y de la normativa supranacional antes citada- ninguna situación de privilegio a favor de los medios de prensa es posible inferir, como no sea la que impide la censura previa. No hay privilegios posteriores a la publicación

⁸⁹⁸ Si realizamos una comparación entre la constitución de los Estados Unidos y la constitución Argentina, advertiremos dos notables diferencias en materia de libertad de expresión: A).- La carta magna estadounidense, en sus enmiendas, carece de una normativa reglamentaria, como nuestro art. 14, que expresamente determina un privilegio en la etapa anterior a la publicación. B).- Los pactos internacionales sobre derechos humanos (que en su mayoría no han sido ratificados por los Estado Unidos) que tienen jerarquía constitucional en el derecho argentino, expresamente consagran esa solución. Esto constituye en aquel país, un cerrojo a toda pretendida invocación de privilegios constitucionales en la etapa posterior a la publicación de la información o expresión. De allí que la demonizada doctrina de la real malicia, más allá de otorgar útiles soluciones prácticas, no solo carece de bases constitucionales, sino que además es notoriamente inconstitucional por quebrantar el principio de igualdad. Lo expresado no implica en modo alguno que la libertad de expresión se encuentra desamparada. Todo lo contrario goza de una tutela que linda con lo absoluto en la etapa previa a la publicación y encuentra en la etapa posterior a su publicación los límites a que está sujeto todo derecho constitucional.

⁸⁹⁹ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, "*La constitución, el honor...*", *cit.*, pp. 1689 a 1694. El autor expresa en su punto 3: "*Mis discrepancias con la jurisprudencia constitucional no se refieren, por lo tanto a la responsabilidad penal, sino a la civil. En esta materia, y a instancias de renombrados juristas, (entre los que nombra a Muñoz Machado, Salvador Coderch y López Jacoíste) el Tribunal Constitucional ha asumido la doctrina establecida por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en New York Times vs. Sullivan y su progenie, desconociendo que las soluciones jurídicas no pueden importarse como frigoríficos; Al igual que el desarrollo de ciertos animales y plantas solo es posible en su hábitat natural, la racionalidad de las soluciones jurídicas descansa no pocas veces de tal manera en la estructura institucional en la que se producen que, desenraizadas de ella, pierden por entero su buen sentido. Y lo que en la importación que no ocupa se ha despreciado – pese a resultar perfectamente sabido por sus proponentes (Muñoz Machado y salvador Coderch)- es algo tan fundamental como que en el terreno de la libertad de la información en EEUU, el law torts, pertrechado de los punitive damages con el resultado de indemnizaciones típicamente millonarias en dólares, tiene, junto a la función resarcitoria y prácticamente el exclusiva una función*

derecho estadounidense se ha completado esta doctrina con otras instituciones que mitigan ese rigor, procurando el justo equilibrio entre los intereses comprometidos.

Lo curioso es que quienes proclaman la aplicación indiscriminada de la doctrina de la “*real malicia*”, únicamente analizan los elementos jurídicos, en cuanto son favorables o crean situaciones de privilegio a favor de los MMC, y no cuando estos complican o agravan la situación de los MMC. Nada expresan tampoco respecto a la necesidad de acompañar, junto con esos privilegios, otras medidas que afecten a los MMC, medidas estas que han sido aceptadas por la jurisprudencia norteamericana.⁹⁰⁰

Entendemos que la doctrina de la “*real malicia*” (*actual malice*) carece de bases normativas que la sustenten dentro del derecho español y el argentino. Más todavía si una conclusión puede extraerse de la normativa es precisamente lo contrario a su admisión.

En materia de responsabilidad civil derivada de publicaciones falsas o erróneas, las normas aplicables son las del derecho común, destinadas a reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales de toda persona. Se trata de normas que tienen plena vigencia y que resultan de aplicación obligatoria para la solución de los conflictos. Normas que no pueden ser dejadas de lado alegremente, a través de la invocación de precedentes jurisprudenciales ajenos a nuestro sistema. Por eso le asiste razón a lo manifestado por CIFUENTES *ut supra*.⁹⁰¹

punitiva. Y en consecuencia, resulta totalmente lógico que se sostenga que la constitución, la Primera Enmienda impone para tal responsabilidad “civil” los criterios de imputación que se acaban de considerar constitucionalmente indicados para nuestra responsabilidad penal -actual malice y reckless disregard for the truth-, cuya prueba corresponde al demandante por más que sea carga del demandado no hacer la imposible”. Cuando hace alusión al conocimiento por parte de Coderch de los inconvenientes en la aplicación de la doctrina de la real malicia, conforme a los punitive damages. No creemos que la sugerencia de Coderch en la aplicación de esta doctrina haya, estado imbuida de mala fe, como en algún renglón se ha dejado deslizar. Más allá de que la opinión emitida por Coderch no logre absoluta coherencia con el sistema español de responsabilidad, es coherente con su pensamiento respecto a la aplicación de una subespecie de sanción o punitive damages para estos casos. Razón por la cual queremos acompañar y apoyar la sinceridad de pensamiento en el autor citado.

⁹⁰⁰ Tales como los punitive damages o el denominado *discovery period* (Etapa judicial previa, con particularidades propias y específicas, donde ambas partes deben poner a disposición de la contraparte todos los documentos, elementos y evidencias que dispongan. El objeto fundamental de esta etapa es la investigación sobre la falsedad de la información y la determinación subsiguiente de la existencia de dolo o culpa grave. Imponiendo a los efectos probatorios deberes de conducta, con el fin de mitigar el rigor que implica para la víctima la prueba de lo que tantas veces es imposible: el particular ánimo subjetivo del informador. Por ende, los medios no pueden mantener una actitud pasiva institutos sin los cuales la doctrina sentada en el caso *New York Time vs. Sullivan* es impracticable.

⁹⁰¹ CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 497; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: “Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la actual malice” (a propósito de los casos “Morales Solá” y “Gesualdi”), LL 1997-A-936. En sentido similar la Dra. Zavala de González expresa que a la responsabilidad de los medios de comunicación deben aplicarse las normas que regulan la responsabilidad ordinaria: esto es, los arts. 1109 y 512 y sus concordantes, que no establecen ninguna discriminación en la culpa. ni en las condiciones de la víctima del obrar ilícito, y que deben ser lisa y llanamente aplicados a los casos de responsabilidad que se presenten.

Las normas que deben ser aplicadas no son otras que las que consagra el citado cuerpo normativo CCyCA⁹⁰² ante la ausencia de leyes especiales en la materia. Dicha normativa “no discrimina situación del autor o de la víctima”,⁹⁰³ y no puede dejar de ser aplicada a los medios, sin una declaración previa de su inconstitucionalidad, so riesgo de generarse una desnaturalización total del sistema.

Como bien lo enseña BUSTAMANTE ALSINA “... mencionar en los pronunciamientos la doctrina de la real malicia no significa adoptarla, acogerla o apoyarse en ella, como erróneamente se dice, pues ello supondría llenar un vacío que nuestro derecho no tiene, o desplazar los principios que nuestro derecho tiene para resolver con igual sentido de justicia que los tribunales norteamericanos cualquier situación que afecte la libertad de prensa”.⁹⁰⁴

Para el derecho argentino la doctrina de la “*real malicia*” es mucho más que una simple técnica procesal y va más allá del simplismo pragmático que se le pretende impregnar considerando que:

1. Con respecto a la carga de la prueba, se ha sostenido que la doctrina de la real malicia representa una mera “técnica procesal”, orientada a dilucidar “la distribución de la carga de la prueba, tanto en casos de responsabilidad civil, como frente a querellas criminales por afectaciones a la dignidad personal, hechas por medio de la prensa”.⁹⁰⁵

Nos permitimos discrepar pues tal como se la ha presentado, la doctrina de la “*real malicia*” importa mucho más que una mera técnica de distribución de la carga probatoria. Particularmente en materia civil, su ámbito natural, aparece claramente orientada a la consagración de un factor de atribución subjetivo agravado, idóneo para derogar tácitamente la normativa general del código civil aplicable. No se trata, pues, simplemente de trasladar a quien pretenda reparación la carga de la prueba de la falsedad de lo informado por el medio y de la culpa del informador. La doctrina de la real malicia es más que eso, pues exige la presencia de un factor subjetivo de atribución calificado en el ámbito específico de su aplicación: dolo o culpa grave. Y

⁹⁰² Art. 50 a 55, 1770 y 1771 del CCyCA. En sentido similar el art. 1757 CCyCA acompaña la línea doctrinal respecto a las actividades riesgosas y su factor de atribución, dentro de lo que podríamos integrar a los MMC, respecto la modalidad sobre la que realizan su actividad.

⁹⁰³ C. Nac. Civ, sala H, 29/3/96, “M. De D. De V., R. V. editorial p. S.A.”, JA, semanario núm. 6032 del 9/4/97 (con excelente voto del dr. Kiper).

⁹⁰⁴ Vid. BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: “Nuestro derecho común...”, *cit.*

⁹⁰⁵ BARRA, RODOLFO CARLOS: “La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema”, LL 1994-B-1139, en esp. n. 1, p. 1140.

excluye, al mismo tiempo, toda posible invocación de responsabilidad basada en la idea de culpa no grave, por llamarla de alguna forma, minimiza de manera total la invocación de presunciones legales o jurisprudenciales *iuris tantum* de culpa, y veda también la invocación de la responsabilidad objetiva, sea fundada en el riesgo creado (art. 1757 CCyCA) o en la doctrina del abuso del derecho (art.10 CCyCA).⁹⁰⁶

2. En otro orden, advertimos que tampoco son pacíficas las opiniones en torno a los alcances que tiene la pretendida inversión de la carga de la prueba. En efecto, en tanto algunos estiman que ella opera con absoluta rigurosidad, poniendo en cabeza del damnificado la demostración acabada de todos los extremos antes indicados y reservando al medio demandado un papel cómodo y pasivo.⁹⁰⁷ Otros en cambio, parecen inclinarse por ideas diferentes, de tono más moderado. Es el caso del ministro de la CSJNA, Adolfo R. Vázquez, en su importante voto en la causa “Dora Gesualdi”, donde luego de proclamar su adhesión a la doctrina de la real malicia (*actual malice*), procura mitigar su rigor admitiendo que “a mayor gravedad de la imputación vertida, mayor será la diligencia que habrá de exigir a quien la formule amparado en la libertad de información y publicar ideas por la prensa”. Y que “ninguna inversión rigurosa de la carga de la prueba o desplazamiento hacia una sola del onnus probandi es razonable”. Dentro de ese orden de ideas, sostiene que “... sin perjuicio de lo que especialmente le compete probar al funcionario demandante, el medio periodístico no está eximido de allegar, por su lado, los elementos de juicio necesarios para acreditar la improcedencia de la demanda, aunque por cierto, sin llegar al extremo de la prueba de la veracidad de lo divulgado, de su fin lícito o de que no tenía conciencia de la falsedad de la noticia”. Dicho de otra forma, le incumbe “la demostración de que actuó responsablemente y con diligencia en la obtención de la noticia [...]. Admitir como hipótesis que exclusivamente pesa sobre el demandante la carga de la prueba de la concurrencia de los presupuestos propios de la especial responsabilidad de que se trata, conduce indefectiblemente a condicionar de modo negativo el éxito de las demandas contra los medios periodísticos, pues es evidente la dificultad fáctica -no imposibilidad- que existe para acreditar el dolo o la grave negligencia en los términos de la doctrina de la real malicia, habida cuenta de que para lograr ello se debería tener acceso a los archivos del periodista u órgano de prensa demandado, a las

⁹⁰⁶ Idea esta última aceptada por muchos autores que participan de la aplicación del principio de la culpa en materia de responsabilidad de los medios. Vid. ZANNONI, EDUARDO Y BÍSCARO, BEATRÍZ: *Responsabilidad de los medios de prensa*, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 87 y ss.

⁹⁰⁷ Así, por ejemplo, BADENI, GREGORIO: “Doctrina de la real malicia”, *LL*, diario del 15/4/97, p. 1- 5.

constancias relativas a entrevistas, investigaciones previas, conferencias, correspondencia, etc.”.⁹⁰⁸

Compartimos la preocupación del Ministro Vázquez, cuyas ideas parecen aproximarse, en mucho, a la denominada doctrina de las cargas probatorias dinámicas, brillantemente impulsada por PEYRANO en numerosos trabajos. Justamente, por esas mismas razones, nos oponemos a la doctrina de la “*real malicia*” (*actual malice*), doctrina que resultaría incompatible con la doctrina de las cargas probatorias dinámicas y que, formulada en la forma que él lo hace, sólo conserva de tal su nombre.

3) Con respecto a la autodefensa del agraviado una de las razones que justificaron la irrupción de la doctrina de la “*real malicia*” en el derecho estadounidense, al menos en la formulación originaria de “*New York Times v. Sullivan*”, se vincula con la posibilidad que tendrían los funcionarios públicos, destinatarios originales de aquélla, para “auto-defenderse”. Ellos disponen de fácil acceso a los medios para replicar las afrentas, y para suministrar su verdad de los hechos, enervando de tal modo el daño que deriva de la publicación lesiva.

Nos parece que se deslizan en esta aseveración varios aspectos que merecen ser analizados y que hacen a la esencia misma de la doctrina. En primer lugar, es falso que a través del acceso a los medios, el sujeto agraviado por la información tenga inexorablemente la posibilidad de alcanzar una reparación del daño sufrido con motivo de una información agravante. A lo sumo podría admitirse la idoneidad de tal proceder para neutralizar los efectos dañosos futuros de la acción lesiva, total o parcialmente, según los casos. Pero de ninguna manera se borran los ya producidos. La simple “respuesta”, aun la canalizada a través de los medios, no necesariamente tiene virtualidad reparadora.

Autodefensa y reparación son dos conceptos que no transitan necesariamente por carriles coincidentes. Ordinariamente, la primera no excluye a la segunda, ni esta última se reduce a aquélla. Quien resulta agraviado arbitrariamente, sea funcionario público o no, tiene derecho a pretender del sistema algo más que el reconocimiento a su “autodefensa”. Tiene derecho a que el ordenamiento jurídico, a través de la aplicación de las leyes por los organismos jurisdiccionales del estado, lo asista, aplicando las sanciones resarcitorias y de otra índole pertinentes. Tanto un funcionario público como un simple ciudadano “particular” gozan cualitativamente de igual

⁹⁰⁸ Una concepción muy similar puede verse en el serio estudio de BIANCHI, ENRIQUE: “Los criterios de *The New York Times v. Sullivan* y su repercusión en la doctrina de la Corte Suprema”, *JA* 1992-III-905, nota 51.

derecho al honor, y merecen, por parte del ordenamiento jurídico, una tutela jurídica cualitativamente no diferenciada.

Esto no significa desconocer que el honor, como la intimidad o la propia imagen pueden tener en los personajes públicos un umbral cuantitativamente más circunscripto, por cuanto gran parte de los aspectos que normalmente están al margen de intromisiones de terceros pueden tener vinculación con la función que ellos cumplen y dar lugar a un interés general prevaleciente en conocer los hechos, actuando como causa de justificación que legitime el acto. Pero si los requisitos de la causa de justificación no concurren, es imputable responsabilidad por ese acto antijurídico aunque la culpa no Revista un nivel grosero.⁹⁰⁹

Los medios tienen derecho a la libre crítica de los funcionarios por los actos propios de su función, lo que constituye un pilar básico del régimen republicano y una manifestación esencial de la libertad de prensa. Los funcionarios públicos están expuestos a la valoración pública y a la crítica de los medios, sin que por ello puedan, en principio, agravarse; pero cuando aquélla se convierte en un instrumento arbitrario para difamar, no cabe otra solución que proteger al damnificado.⁹¹⁰ Lo expresado asume mayor relieve si se pondera que, a tenor de las marchas y contramarchas que ha experimentado el desarrollo de la doctrina de la real malicia en el derecho estadounidense, no siempre el afectado es un funcionario público o un político (destinatarios originarios de la doctrina de la real malicia). La aplicación de la doctrina a las figuras públicas o a simples particulares envueltos en una controversia de interés público torna todavía más preocupantes e injustas las derivaciones que arroja esta singular construcción, forjada a la medida de los intereses económicos de los medios de prensa. Adviértase que la propia determinación de quién es figura pública o qué debe entenderse por interés público puede terminar dependiendo de los propios medios de comunicación, ya que ellos pueden convertir a una persona en figura pública al erigirla en protagonista de una información inexacta o agravante que toma estado público precisamente a raíz de la publicación.⁹¹¹

⁹⁰⁹ Vid. ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE: *Resarcimiento de daños...*, cit., pp. 264/265.

⁹¹⁰ Señala CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 499: “*Quien tiene preeminencia social y poder, goza de beneficios, incluido el de la publicidad de sus explicaciones, descargos y rectificaciones, a la vez que se somete a la impugnación y crítica de los actos que se identifican con la actuación pública. No pierde el derecho al honor, ni tiene menos, sino que entrega por voluntad implícita en el área de su esfera de actuación, un sector a la opinión pública, pero conserva el ejercicio de su derecho en todas las esferas no consentidas. Hay, si se quiere, una disposición relativa presumida del honor y de otros derechos espirituales. Como se ha dicho en un fallo, una cosa es la crítica áspera o hiriente justificada por la libre discusión de las cuestiones públicas, para no quitar profundidad al debate, y otra la ofensa al funcionario, mero acto dirigido a su persona*”.

⁹¹¹ Vid. ROCHA CAMPOS, ALFREDO: “Hacia un replanteo de la doctrina de la real malicia”, *JA* 1996-IV-1001.

En este sentido la grave inseguridad jurídica que genera la actual jurisprudencia de la CSJNA en torno a la doctrina de la real malicia es preocupante. En materia civil, conforme lo hemos demostrado anteriormente, todavía no ha sido dictado un fallo en el cual el Tribunal, por las mayorías necesarias, le diga a la comunidad: “este es nuestro *New York Times vs. Sullivan*” y “éstos son sus alcances”. Alcances que nos seguirían pareciendo gravemente alejados de nuestro sistema normativo, pero que tendrían, al menos, la ventaja de hacer predecibles los criterios de la corte.⁹¹²

En resumen entendemos que la ausencia de pautas de conducta para los operadores de los medios periodísticos que los alerten sobre las posibles consecuencias de su obrar, y para quienes resulten damnificados en su integridad espiritual como consecuencia de informaciones inexactas o falsas, respecto de los límites de sus derecho, tiene efectos perniciosos en la actualidad. Efectos que se potencian frente a la propia actitud de los MMC y de las entidades que los nuclean, que no siempre ceden a la tentación de reclamar, como algo natural su propio ámbito de impunidad.

5.6.2.2 A NIVEL DE IMPUTACIÓN Y CARGA PROBATORIA

La doctrina de la real malicia, representa para muchos, una mera “técnica procesal”, destinada a justificar la distribución de la carga de la prueba tanto en casos de responsabilidad civil como penal. Nos permitimos discrepar, adhiriéndonos a la postura de PIZARRO.⁹¹³

Tal como se ha presentado, la doctrina de la real malicia es *mucho más*, que una simple técnica de distribución de la carga probatoria. Particularmente en materia civil, aparece claramente orientada a consagrar un factor de atribución subjetivo agravado, idóneo para derogar la normativa general aplicable.⁹¹⁴ No se trata simplemente de trasladar a quien pretenda reparación, la carga de la prueba de falsedad de lo informado, por el medio y de la culpa del informador. La doctrina de la real malicia *es más que eso*, pues exige la presencia de un factor subjetivo de atribución calificado: *dolo o culpa grave*. Y excluye, al mismo tiempo, toda posible invocación de

⁹¹² Si la CSJNA, de una vez por todas, se decide a aceptar la doctrina de la real malicia en materia civil, debe hacerlo de manera categórica, asumiendo la responsabilidad histórica que le va en ello. Fijando sus límites subjetivos y objetivos, precisando sus alcances y sus posibles excepciones. Ello permitiría superar la penosa sensación que deja la lectura de los más recientes fallos del tribunal, en donde los ministros hacen mención a ella o no, según les parezca, aplicándola (o no) según su discrecionalidad, con alcances variables y con formulaciones muchas veces no coincidentes y hasta contradictorias.

⁹¹³ PIZARRO, DANIEL RAMÓN: “*La Protección...*”, *cit.*, p. 172.

⁹¹⁴ Tanto en Argentina en el CCA como en España en el CCE y la LO 1/82.

responsabilidad basada en la idea de simple culpa, por llamarla de alguna manera, (muchas veces presumida *iuris tantum*) o de responsabilidad objetiva.⁹¹⁵

Tanto un funcionario público o personaje público, como un simple ciudadano particular gozan en esencia, cualitativamente, de igual derecho al honor, intimidad o propia imagen y merecen por parte del ordenamiento jurídico tutela judicial efectiva, conforme lo consagra la CE. Esto no implica desconocer que el honor, como la intimidad, puede tener en los personajes públicos un ámbito de demarcación más amplio, por cuanto muchos aspectos que normalmente están al margen de las intromisiones de terceros *pueden tener vinculación con la función que ellos cumplen y dar lugar a un interés general prevaleciente en conocer los hechos, actuando como causa de justificación que legitime el acto*. Pero si los requisitos de la causa de justificación no concurren, es imputable la responsabilidad por ese acto antijurídico *aunque la culpa no Revista el carácter de grave*.⁹¹⁶

Esta doctrina, fue la culminación de una línea de tendencia jurisprudencial de la Corte Federal americana que trató de preservar la libertad de prensa, como una de las máximas garantías del sistema democrático de gobierno. No hay duda, de que en ningún país del mundo la prensa se ha visto tan amparada como en los Estados Unidos y que su jurisprudencia, por eso mismo, marcha a la vanguardia en cuanto a su protección efectiva. Interesa en cambio precisar, aun telegráficamente, que el caso Sullivan se dicta en un contexto jurídico muy distinto al nuestro, pues:

- a) Nace pretorianamente, dado que en el *common law* se carece de normas de aplicación general y obligatorias, como es nuestro sistema continental;
- b) En el *common law*, la responsabilidad es siempre objetiva;
- c) El caso Sullivan fue el primero de una serie que comenzó a ser una herramienta efectiva de protección a la libertad de prensa con relación a los funcionarios públicos (*publics officials*),

⁹¹⁵ La consecuencia práctica de la doctrina de la "real malicia", consistente en que el damnificado debería probar no sólo el daño sufrido, y la culpa de quien lo cometió, sino el ánimo particularmente malicioso del propagador de la noticia (sólo entonces habría obligación de reparar), llevaría a una situación de auténtica indefensión de parte del ciudadano.

⁹¹⁶ PIZARRO, DANIEL RAMÓN, *Responsabilidad civil de los...*, cit., p. 18 y ss este expresa además "Los medios tienen derecho a la libre crítica de los funcionarios por los actos propios de su función, lo que constituye un pilar básico del régimen republicano y una manifestación esencial de la libertad de prensa. Los funcionarios públicos están expuestos a la valoración pública y a la crítica de los medios, sin que por ello puedan, en principio, agraviarse; pero cuando aquélla se convierte en un instrumento arbitrario para difamar o penetrar en su intimidad, no cabe otra solución que proteger al damnificado".

para luego extenderse esa tutela a personajes públicos, posteriormente a materias de interés público, hasta llegar a su máxima amplitud cuando se consideró que debía aplicarse este standard a toda discusión y comunicación que envuelva materias de relevancia pública, sin tener en cuenta si las personas afectadas son famosas o anónimas, jugando la inversión de la prueba como el presupuesto fundamental de la doctrina.

- d) El caso Sullivan es un proceso civil, pero su doctrina se extendió luego también a las causas penales.⁹¹⁷
- e) El caso Sullivan, según nuestro criterio, sólo se ha aplicado hasta ahora para la prensa escrita, no para los libros.⁹¹⁸

Ante los problemas que en el marco de nuestro sistema jurídico suscita la aplicación integral de la doctrina de la *real malice*, gran parte de la doctrina argentina se ha adherido a la posición vertida por BUSTAMANTE ALSINA, que frente a la necesidad de encuadrar estos casos y para proteger, por una parte la libertad de prensa, a la que considera fundamental en la sociedad democrática, pero también para proteger otros valores fundamentales para el sistema, se hace necesario volver a las fuentes, es decir volver a los principios esenciales del derecho civil.⁹¹⁹ El punto de partida de esta posición, es reiterar que en nuestro ordenamiento sustantivo, ni el dolo ni la culpa se presumen, -a diferencia de las grandes líneas del *common law*- donde la responsabilidad es objetiva. Por ello, en los tribunales argentinos, para requerir una indemnización, siempre es necesario probar el factor de imputabilidad subjetiva, o sea la culpa, o el dolo, de quien provocó el daño. Por supuesto que estos principios se aplican también a todos los medios de prensa, por lo que simétricamente no puede pretenderse un sistema excepcional de responsabilidad objetiva a los medios de prensa como si fuera una actividad siempre supuestamente riesgosa.

Ahondando más en la conformación de lo que constituye una verdadera doctrina integral sobre todos estos temas, BUSTAMANTE ALSINA formula una serie de distinciones de conducta que

⁹¹⁷ Garrison v. Louisiana (379, U.S., 64) fue el primero, luego -como decimos- la doctrina siguió aplicándose en algunos otros casos penales. Sobre el particular hemos consultado O'BRIEN, DAVID en *The public's right to know*, Praeger Publishers, 1981 (hay traducción castellana de editorial publicigrafics, México, 1983); MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *op. cit.*; MILLER, JONATHAN y otros, *Constitución y derechos humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991 y LORETI, DAMIÁN: *El derecho a la información*, Paidós, Buenos Aires, 1995 y en ninguno de ellos hemos encontrado su aplicación para los libros.

⁹¹⁸ GONZÁLEZ, JOAQUÍN V: *Manual de la constitución Argentina*, Estrada, Buenos Aires, 1959, p. 164.

⁹¹⁹ Véase por ejemplo de BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 583 y ss. Los efectos de las informaciones inexactas o agraviantes en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, academia nacional de derecho, Buenos Aires, 1989; *Responsabilidad civil y otros estudios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995; y sobre todo en "El marco normativo dentro del cual debe ejercerse la libertad de prensa", *LL*, diario del 31 de marzo de 1992.

son de gran importancia y que si bien ya en otra oportunidad presentamos, nos parece de interés volver a hacerlo ahora en que se confronta con la *real malice*. Así, afirma que la información inexacta es aquélla que no concuerda con la verdad por ser falsa o errónea. La información es falsa cuando es engañosa, fingida o simulada, para dar al hecho una apariencia distinta de la realidad. La información es errónea cuando ella es el resultado de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la realidad. En uno u otro caso la información no es verdadera, pero cuando ella se da falsamente consiste en un acto consciente y deliberado con el fin de engañar. El informador obra con dolo o de mala fe. Cuando la información se da por error consiste en un acto no consciente que no se quiere, no se siente, ni se piensa. El informador obra de buena fe. Si la información no verdadera es transmitida con falsedad, continúa el autor, es responsable civil y penalmente según la naturaleza del bien jurídico afectado.

Si la información no verdadera es transmitida por error, el autor no sería responsable civilmente del perjuicio causado si el error fuese excusable, esto es si hubiese empleado los debidos cuidados, atención y diligencia para evitarlo. En cambio sería responsable si hubiese faltado al deber de veracidad que consiste en el obrar cauteloso y prudente en recibir y transmitir la información.

Por último, la información es agravante, independientemente de ser inexacta o no, cuando afecta la dignidad de las personas hiriendo la propia estima que cada uno tiene de sí mismo o cuando ataca la reputación, honor, fama o decoro de que goza ante los demás. Tanto la información inexacta desde una apreciación objetiva, como la información agravante desde una valoración subjetiva, producen efectos civiles, además de las consecuencias penales, si ellas tipifican delitos.

Hay dos situaciones que se han dado últimamente y que consideramos de sumo interés puntualizar. Primero, es que esta posición doctrinaria que sustenta BUSTAMANTE ALSINA, ya tuvo acogimiento en el ilustrado voto de los ministros de la CSJNA, Carlos S. Fayt y Enrique S. Petracchi -mencionándose inclusive la fuente- en el caso Vago, Jorge c/Ediciones La Urraca S.A., pero empalmándola con la doctrina de la *real malice*. Y segundo, también se retorna al código civil, cuando el alto tribunal en la causa Pérez Arriaga, Antonio c/Arte Gráfica Editorial Argentina (ED, 154-330) en su considerando N° 10 sostiene textualmente: “*Que como se ha expresado en reiteradas oportunidades el derecho de informar no escapa al sistema general de responsabilidad por los daños que su ejercicio pueda causar a terceros. Por tanto, si la información es lesiva al honor, el órgano de difusión debe responder por el perjuicio moral causado. En tal caso,*

*comprobado el exceso informativo, quien pretenda el resarcimiento deberá demostrar la culpa o negligencia en que incurrió el informador conforme al régimen general de responsabilidad por el hecho propio que contiene la fórmula del ex art. 1109 del CCA. En efecto, no existe en el ordenamiento legal de nuestro país un sistema excepcional de responsabilidad objetiva para aplicar a la actividad supuestamente riesgosa de la prensa. Si fuera así, el deber de resarcir debería imponerse ante la sola comprobación del daño. Por ello, en el sistema legal vigente es imprescindible probar aun el factor de imputabilidad subjetivo -sea la culpa o el dolo- de la persona u órgano que dio la noticia o publicó la crónica”.*⁹²⁰

Todo esto, y en lo que hace a la libertad de prensa, su protección es mayor con esta doctrina consagrada en el código civil, tal como reiteradamente lo viene preconizando BUSTAMANTE ALSINA. Pero lo que consideramos aún más interesante, es que mientras por aplicación del caso Sullivan la inversión de la prueba juega para los funcionarios públicos, salvo que se probare que el periodista tenía conciencia de la falsedad de la noticia. Por el contrario la aplicación de las normas del CCA en consecuencia con la teoría general de la culpa obliga siempre a rastrear la existencia del factor de imputación, por lo que la inversión de la prueba en nuestro derecho se debe dar no sólo para el hombre público sino también para los particulares con lo que se amplía totalmente la protección.

Como manifestamos anteriormente, nosotros entendemos que la libertad debe ir de la mano de la responsabilidad. Por nuestra parte, adherimos con firmeza a la doctrina de los autores que, provenientes de una corriente civilista, desestiman la aplicación de la doctrina de la real malicia. Coincidimos con postura de la ZAVALA DE GONZÁLEZ, para quien deben aplicarse a la responsabilidad de los medios de comunicación las normas que regulan la responsabilidad ordinaria. En la misma postura, se ubica el pensamiento de BUSTAMANTE ALSINA, quien manifiesta que hablar de introducir un factor de atribución subjetivo de responsabilidad, de carácter específico, distinto y cualificado del general, contemplado en las normas vigentes de la legislación de fondo significa alterar el sistema legal de nuestro derecho común, sin intervención del legislador y es además, irrealizable, porque no existen, ni se conocen históricamente, otros factores de imputabilidad distintos del dolo y la culpa. Coincidimos con esta postura, contraria a la aplicación de la doctrina de la real malicia; establecer una distinción en donde la ley no la establece constituiría un privilegio inaceptable en beneficio de los MMC, y pondría en peligro

⁹²⁰ Véanse autos Pérez Arriaga, Antonio c/Arte Gráfica Editorial Argentina S.A. en ED, 154-959.

derechos personalísimos de fundamental importancia, como son el derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen acciones.

SANTOS CIFUENTES⁹²¹ Y PIZARRO⁹²² rechazan también la aplicación de esta doctrina proveniente del derecho norteamericano, a la que consideran ilegal, por contravenir el art. 14 de la CNA. Nos adherimos al pensamiento de los autores citados: el requerimiento de una especie de causal ultra subjetiva, o de una culpa intensificada (que el código no prevé en modo alguno) resultaría una arbitraria creación jurisdiccional que rompería con el sistema de responsabilidad del código civil, y plasmaría un importante grado de desprotección del ciudadano frente a la prensa.

La consecuencia práctica de la doctrina de la real malicia, consistente en que el damnificado debería probar no sólo el daño sufrido, y la culpa de quien lo cometió, sino también el ánimo particularmente malicioso del propagador de la noticia (sólo entonces habría obligación de reparar), llevaría a una situación de auténtica indefensión de parte del ciudadano afectado por la propagación de una noticia. Esta exigencia constituiría, por cierto, una suerte de prueba diabólica de parte de quien ha sufrido una arbitraria intromisión o la injuria de parte de la prensa.

Ya hemos dado nuestra opinión favorable a la aplicación de las normas del derecho común, a los juicios de responsabilidad contra los MMC que hubieran podido lesionar el derecho al honor, la intimidad o la imagen de las personas, Entendiendo que la responsabilidad emergente de las acciones resultará mayor cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

La prudencia de los medios de comunicación, antes de involucrar a una persona en una noticia, debe ser mayúscula, y debe regularse en base al respeto al honor, la intimidad y la propia imagen. Pero siguiendo esta línea argumental, consistente en la aplicación del derecho común a esta materia, nos encontramos con el interesante aporte de algunos autores que, en las antípodas de la admisión de la doctrina de la real malicia, proponen la consideración de la actividad periodística como una actividad riesgosa, encuadrada dentro de la responsabilidad objetiva. O aquella que funda en la idea del abuso del derecho, que también parece tener aplicación en este campo.⁹²³

⁹²¹ CIFUENTES, SANTOS, *op.cit.*, p. 497.

⁹²² Vid. PIZARRO, DANIEL RAMÓN, *Responsabilidad civil de los...*, *cit.*, p. 18 y ss.

⁹²³ PIZARRO utilizando la figura del ex art. 1071 CCA, en torno a la cual se ha ido tejiendo una rica jurisprudencia, diremos que el derecho a informar puede también ser ejercido abusivamente. Con frecuencia vemos que el manejo

Nos encontramos ahora, en cambio, en los dominios de la responsabilidad objetiva, a partir de la consideración de la actividad periodística como una actividad que entraña un riesgo, o un peligro en orden a la posibilidad de causar daños.⁹²⁴ SANTOS CIFUENTES es quien quizás ha expuesto más lúcidamente esta doctrina. Así, dice: *Se abre camino a la atribución objetiva que contempla el ex art. 1113, entre otras normas. Una parte de la doctrina no ha vacilado en sostener que la responsabilidad objetiva por el riesgo de la cosa, según la literalidad de ese precepto, se extiende a las actividades riesgosas. Y agrega: No es dudoso afirmar que los medios masivos de comunicación realizan una actividad riesgosa. Las consecuencias son, que si se ha producido un daño, es el medio el que debe probar la culpa de la víctima, de un tercero, o el caso fortuito externo.* Como se advierte, la audaz postura sostenida por CIFUENTES Y PIZARRO, la que compartimos, nos ubica muy lejos de la doctrina foránea de la real malicia pues en ésta se pretendía atenuar la culpa de los MMC.

5.6.3 TENTATIVAS DE REPLANTEAMIENTO DE LA DOCTRINA NEW YORK TIMES VS. SULLIVAN. CRÍTICAS

Ya hemos expuesto el alcance y la doctrina que hemos legado. Aceptada por algunos expresa o tácitamente; y rechazada rotundamente por otros. La situación actual obliga, según algunas voces calificadas a un replanteamiento de los alcances. Una de las primeras voces que han sugerido el replanteamiento de la misma, ha surgido de un miembro de la CSJ EEUU, J. White, que suscribió dicha sentencia. Luego de efectuar un profundo estudio de la doctrina, ha cambiado dicha posición, resaltando los resultados disvaliosos a que ella ha conducido.⁹²⁵ Sosteniendo que siempre y cuando se demande daños nominales o compensatorios, un funcionario o figura pública puede obtener sentencia favorable en juicio contra libelos. Ya que esta regla, conforme lo expresa el juez, fue creada con el objeto de proteger a los medios contra los *punitive damages*,⁹²⁶ más no para crearles un ámbito de impunidad.

periodístico de ciertos temas va más allá del fin tenido en mira por la ley al reconocer el derecho a la libertad de prensa (ex art. 1071 del cód. civil), o se entromete arbitrariamente en la vida ajena, mortificando a las personas en sus costumbres, o perturbando su intimidad (ex art.1071 bis). No es por casualidad que el ex art. 1071 bis CCA, que resguarda el derecho a la intimidad, haya sido intercalado por la ley 21.173 inmediateamente después del art. 1071 que sanciona, de manera general, el abuso del derecho.

⁹²⁴ BUSTAMANTE ALSINA, JORGE, en el artículo en notas anteriores no está de acuerdo con el funcionamiento de la responsabilidad objetiva a esta materia.

⁹²⁵ Jurisprudence Law Review, CSJ EEUU *Dun&Badstreet vs Geenmoss Builders*, 472 US-749-University of Bristol, England, 1985, p. 190.

⁹²⁶ Una de las contradicciones jurídicas que planteada la aplicación de la doctrina de la real malicia reside en este aspecto. La función de la responsabilidad civil en el derecho español es reparadora y no ejemplificadora o punitiva, razón por la cual no podría ser aplicable este instituto al derecho español. PANTALEÓN crítica a SALVADOR CODERCH junto a otros autores de calificado prestigio, el haber propugnado la aplicación de estos criterios. Asimismo en STS del 7 de diciembre de 1995, la sala primera ha manifestado que no acepta las indemnizaciones ejemplares. Pero esta

Como lo expresaba PANTALEÓN ⁹²⁷ en aquel país el protagonista temido en la responsabilidad civil por difamación, son los *punitive damages*. Instituto totalmente exterior e inexistente en el sistema español. Razón por la cual no encontramos el motivo válido jurídico en pos de sustentar y mantener dicha imposición.

En una postura similar se encuentra la sustentada por RONALD DWORKIN.⁹²⁸ Este reconoce, más allá de ser partidario de la doctrina Sullivan, que la misma adolece de algunas carencias que podría producir desfasajes, si no se asientan límites razonables. Este cree necesario enmendar la doctrina, no ya desde el punto de vista de la víctima del daño, sino desde la perspectiva de los MMC, estableciendo un derecho a retractación o réplica como eximente de responsabilidad, por parte de éstos. Este autor sostiene que en algunos estados prevén en caso de demanda a un MMC por difamación, su retractación oportuna funciona como defensa contra los *punitive damages*. Conforme expresa el autor una figura pública que se proponga accionar por difamación, debería exigir primeramente al medio una retractación o réplica por su parte. Si el medio se negare a ello, el agraviado, demandando y probando que la publicación era falsa, podría obtener una compensación.

Compartimos las posturas dadas por los autores citados estableciendo un criterio razonable de imputación, ya que se excluyen los efectos prejuiciosos para la actividad de los medios, al negarle al demandante los *punitive damages*, y dejando a salvaguarda la protección del honor, intimidad o imagen en el primer caso y mediante la retractación o la réplica en el segundo. Ambas soluciones constituyen elementos efectivos en una posible revisión de la doctrina.

Desde nuestra perspectiva, creemos que la primera de ellas establece un criterio más justo, conforme los factores de imputación de derecho común. Mientras que la segunda establece un eximente de imputación mediante la réplica o la retractación. No creemos que la misma establezca un criterio justo, ya que subsana cualquier daño mediante la retractación, cuando esta debería acompañar, muchas veces, al resarcimiento económico del daño.⁹²⁹ Dentro de este contexto

postura formulada por SALVADOR CODERCH ha sido reiterada ya no solo radicalmente sino con matizaciones acordes o posiblemente aplicables a nuestro sistema como lo podemos apreciar en el trabajo publicado en la *Revista electrónica Indret* titulado “*Punitive Damages*” en septiembre de 2001.

⁹²⁷ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “La constitución, el honor...”, *cit.*, p. 1690.

⁹²⁸ DWORKIN, RONALD: *Freedom's law. The moral reading of the American Constitution*, Oxford University Press, New York, 1996, p. 187-194.

⁹²⁹ Como expresamos anteriormente, una noticia falsa no solo viola el derecho a la información veraz, sino que puede generar réditos económicos perfectamente analizados y proyectados por los MMC, los que aplicando solo una la retractación o réplica, evadirían su responsabilidad, tercerizando el daño.

creemos que la retractación o réplica oportuna, tiene escaso valor en materia civil, siempre y cuando no logre una verdadera reparación del daño. No enerva responsabilidades, aunque podría mitigar el efecto del daño hacia el futuro. Asimismo tampoco coincidimos en que tenga valor eximente.

Resulta curioso que ante los múltiples planteamientos de revisión de la real malicia en el lugar de origen de la doctrina, no hayan actuado de igual manera o en idéntica línea la doctrina española o argentina; beneficiarias de este trasplante jurídico. Posiblemente la exigencia de culpa nacida en la jurisprudencia española con la STC del 6/1988 de 21 de enero de 1988 y adquirida del caso acaecido en 1964, Times vs Sullivan, legado tan oneroso heredado por voluntad propia, haya cumplido su ciclo, para aquellos que le otorgan el carácter de lícita; mientras que para nosotros, que rechazamos tal doctrina por no ajustarse a nuestro sistema; ya va siendo hora de hacer justicia y ceñirnos a derecho.⁹³⁰

Estamos completamente de acuerdo con los problemas que genera el trasplante de doctrina y leyes foráneas, que en palabras de PANTALEÓN, muchas veces separadas de sus instituciones, propias de origen, no encuentran su verdadero sentido en otros sistemas. Pero creemos que la misma, debería ser analizada en los aspectos beneficiosos para nuestro sistema y adaptarla a nuestras necesidades, como lo han hecho a *posteriori* en su lugar de origen, si es que se quiere adoptarla.⁹³¹

Creemos que la inconstitucionalidad fundada en la violación del principio de igualdad, provocada por privilegios posteriores a la publicación de la información, que las constituciones continentales no consagran, no ha tenido un tratamiento armónico. Como dijimos anteriormente la doctrina debería replantearse, analizando su esencia, conforme a la dinámica de la casuística y relatividad que impera en este aspecto. Procurando no confundir, los conceptos de privilegio con prevalencia. Mientras que el primero es un término originario o sea que nace con el instituto

⁹³⁰ Con anterioridad a esta sentencia en los Estados Unidos, la responsabilidad del periodista era objetiva, pues respondía cuando la información no era verdadera, por más diligencia que haya insumido en la obtención de tal noticia.

⁹³¹ Encontramos en el art. 14 de CCA que expresa lo siguiente: “*Las leyes extranjeras no serán aplicables: 1) Cuando su aplicación se oponga al derecho público o criminal de la República, a la religión del Estado, a la tolerancia de cultos, o a la moral y buenas costumbres; 2) Cuando su aplicación fuere incompatible con el espíritu de la legislación de este Código; 3) Cuando fueren de mero privilegio; 4) Cuando las leyes de este Código, en colisión con las leyes extranjeras, fuesen más favorables a la validez de los actos*”. Por ello, si una ley extranjera contraria a una norma interna u otorgasen meros privilegios, no cabría su aplicabilidad. En este caso el artículo se refiere a las leyes, pero lo podemos hacer extensivo a una doctrina, como podría ser la real malicia, ya que la doctrina al igual que la ley, conduce la interpretación del derecho. Por ello en base a la interpretación del artículo, cualquier situación de privilegio o incompatibilidad no sería aplicable. Situación que en Argentina no se ha concretado con la real malicia, siempre y cuando consideremos que la doctrina de la real malicia no es coherente a nuestro derecho.

jurídico y es parte de él, el segundo es un instituto accesorio, pues surge de las circunstancias relativas que imperan en un posible conflicto de intereses, como supone la colisión de derecho idéntico en jerarquías, pero de intereses subyacentes.

Para algunos, la postura sentada por la doctrina de la real malicia no implica en modo algunos privilegios a posteriori. Simplemente establece un criterio de igualdad. Fundado en las mayores y menores exigencias prácticas de acuerdo con la situación del sujeto. Pues decir lo contrario, sería como decir que la protección, conforme la conducta y costumbre del individuo determinan un margen de protección que quiebra el principio de igualdad, con proyecciones en el derecho común.

Ahora bien, no creemos que sea del todo, aplicable la doctrina de la real malicia en el derecho español, no solo por las consecuencias expresadas por PANTALEÓN, sino atendiendo a que su origen surge de la intención de evitar los *punitive damages*. Instituto que no existe en derecho español y por consiguiente, continuando con el razonamiento, si este instituto tan temido no es aplicable en nuestro derecho, no existiría fundamento alguno, para una aplicación integral de esta doctrina.

CAPÍTULO VI

RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN LA LO 1/82

SUMARIO. 6.1 SITUACIÓN ACTUAL Y SU PROBLEMÁTICA. 6.2 LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. FACTORES DE ATRIBUCIÓN EN PUGNA. 6.2.1 DOCTRINA SUBJETIVA. 6.2.2 CRITERIO SUBJETIVO CON LA ADMISIÓN DE HIPÓTESIS RESIDUALES. 6.3 LOS FACTORES DE ATRIBUCIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO Y SU SIMILITUD CON EL ESPAÑOL. 6.4 RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LO MMC EN EL DERECHO ARGENTINO. 6.4.1 ACTIVIDAD RIESGOSA. 6.4.2 ABUSO DE DERECHO. 6.5 APARIENCIAS, MITOS Y REPARACIÓN. 6.6 NUESTRA TESIS. LA OBJETIVACIÓN DE LOS DAÑOS GENERADOS POR LOS MMC. 6.6.1 PREEMINENCIA DE CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVO. CE Y LO 1/82. 6.6.2 RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL. 6.6.3 INTERPRETACIÓN ENTRE LA LO 1/82 Y EL ART. 1902 CCE. 6.6.4 LA ANTIJURIDICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN. 6.7 CRÍTICAS Y REFUTACIONES A LA OBJETIVACIÓN. 6.8 VENTAJAS DE SU APLICACIÓN. 6.9 LA REPARACIÓN COMO ARGUMENTO ARTIFICIAL DE UN CRITERIO SUBJETIVO.

6.1 SITUACIÓN ACTUAL Y SU PROBLEMÁTICA

Sin lugar a dudas la aplicación sistémica de los art. 18 y 20 CE con la LO 1/82 respecto a los factores de atribución de responsabilidad ha generado una profusa cantidad de argumentos respecto a la viabilidad de uno u otro factor, siendo mayoritaria en la doctrina y la jurisprudencia la aplicación de un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad por los daños inferidos de la actividad de los MMC.

Desde que comenzamos esta investigación, nos ha resultado curioso, cuanto menos del análisis de los fundamentos, como se ha sostenido el factor subjetivo de atribución de la responsabilidad por la actividad que desarrollan los MMC. Desde nuestra perspectiva, y como ya adelantamos, entendemos que la aplicación de un factor subjetivo de atribución no sólo vulnera el sentido semántico de la norma LO 1/82, sino también el espíritu, y la sistémica del art. 18 y 20 CE.

El argumento en defensa de la culpa como factor base de atribución, se ha sostenido en argumentos que no superaría un análisis jurídico en armonía con los criterios de justicia y equidad, que deben primar hoy en el derecho de daños. La situación actual de los MMC dentro de la sociedad de la información, no puede seguir siendo analizada con el criterio clásico de responsabilidad, que imprimieron aquellos conflictos originados en una prensa con otra génesis y entidad. En la actualidad donde el concepto de posverdad ha tomado relevancia, donde el nivel de riesgos que genera la actividad se ha potenciado por múltiples factores, el desborde de los canales o vías de información y la vulnerabilidad de la persona, la interpretación poco pragmática de la norma y la mayor asimetría en las relaciones generadas por los daños, entre otros elementos, han contribuido al fortalecimiento de la aplicación de un criterio o factor de atribución objetivo.

En este sentido, nuestra línea de investigación se ha sustentado en demostrar conforme argumentos de fondo y forma la aplicabilidad de un factor objetivo de atribución de responsabilidad acorde a nuestra realidad, más justa y pragmática, a las necesidades de protección de la persona integralmente, al fortalecimiento de la opinión pública como pilar de un sistema democrático y la sostenibilidad de la actividad de los MMC, sin convertirlos en presa fácil de acciones que desalienten esta actividad, tornándola antieconómica, pero marcando los aspectos esenciales para la aplicación de un factor objetivo de atribución necesario en esta problemática actual, despojada de mitos y temores de una reparación abusiva, que se torne un elemento negativo o de desaceleración de la actividad.

6.2 LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN. FACTORES DE ATRIBUCIÓN EN PUGNA

La división de la doctrina, tanto en el derecho Argentino como en el español es manifiesta, y aunque en su gran mayoría la postura subjetivista reviste un carácter mayoritario, en lo que respecta a este ámbito van asomando nuevos horizontes, fortalecidos en argumentos en pos de la aplicación de los factores de atribución objetivos.

Creemos que actualmente son abundantes los argumentos sociológicos, históricos, económicos y jurídicos para sostener la aplicación de un factor de atribución objetivo respecto a la responsabilidad que generan los MMC cuando sus ejercicios vulneran los derechos de la personalidad.

6.2.1 DOCTRINA SUBJETIVA

Esta corriente doctrinal es la mayoritaria, tanto en el derecho español como en el argentino.⁹³² Fundamenta el factor de atribución básicamente en el principio del comportamiento, conducta o diligencia, específicamente en la idea de culpa, centrando el factor de atribución en la conducta desplegada por el MMC o del profesional de la información.

Los que centran un criterio subjetivo de atribución de responsabilidad por parte de los MMC y profesionales de la información vinculan la génesis del factor de atribución a elementos circunstanciales, accesorios o conjuntivos del contexto informativo,⁹³³ como si estos funcionasen como instrumentos fortalecedores de la diligencia del profesional de la información, en definitiva, como si la diligencia o *lex artis* de los MMC no fuese suficiente argumento, conforme emana de esta concepción, los MMC no responderían siempre por las inexactitudes deslizadas en sus publicaciones, ya que de tener que hacerlo, verían seriamente reducida su actividad informativa.

⁹³² En la doctrina tanto argentina como en la española encontramos, a modo ejemplificativo e ilustrativo y sin que implique el agotamiento de los ponentes encontramos a: ALTERINI, ATILIO Y FILIPPINI, ANÍBAL: “Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo”, *La Ley*, 1986-C-406; MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *op. cit.*, p. 82 y ss; ALTERINI, ATILIO Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO: *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988, p. 293; BELLUSCIO, AUGUSTO: “Daños causados por la publicación de noticias”, *Derecho de daños*, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 371 y ss; LÓPEZ CABANA, ROBERTO: “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación social por la difusión de noticias”, *Responsabilidad por daños*, homenaje al profesor doctor Jorge Bustamante Alsina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 27 y ss; BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: “Responsabilidad de los órganos de prensa por informaciones inexactas”, *La Ley*, 1989-B-286; “Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes (en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, *La Ley*, 1989-D-885; ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE: *Resarcimiento de daños...*, *cit.*, p. 267; DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA: *La verdad en la información*, Servicios de publicaciones de la Diputación Provincial de Valladolid, 1976, p. 82 y ss.

⁹³³ Elementos determinantes: Veracidad, relevancia pública de la información y medios o canales de información.

La verdad informativa no sería sino la realidad vista por el informador diligente que, como todo hombre, está condicionado por sus limitaciones, cultura, ideología y es muchas veces propenso al error, sin desconocer que los MMC son empresas con líneas editoriales acordes a vuestros intereses. La objetividad, la exactitud y la veracidad de la información resultan, de tal modo, meras actitudes subjetivas del informador y no resultados exigibles por la actividad desplegada.⁹³⁴ Por ello no compartimos lo expresado por el maestro.

El sistema basado en el principio de la culpa, conforme lo expresan sus defensores, constituye el elemento de equilibrio necesario entre los intereses comprometidos: libertad de expresión y derechos personalísimos. De allí que un criterio que consagre responsabilidades objetivas, dejaría a los medios de comunicación expuestos a resarcir cualquier daño, por el mero hecho de haber difundido noticias inexactas o agraviantes, provocando un menoscabo irreparable para las libertades de expresión-información, postura a la que tampoco adherimos.

Dentro de este orden de ideas, tenemos quienes distinguen según el carácter que Revista la víctima (funcionario público, personaje público o no),⁹³⁵ conforme el objeto de la información (transmisión de información u opinión). Respecto a la libertad de información, podemos distinguir nítidamente como objeto de este derecho: la información falsa, inexacta o errónea (dentro de ellas, que el error sea sustancial y no).⁹³⁶

BUSTAMANTE ALSINA, expresa que en ambas situaciones la información no es verdadera, pero cuando ella se da falsamente, tal información es un acto consciente y deliberado que tiene como objeto el engaño, mediante el dolo o de mala fe. A diferencia, cuando la información se da por error o inexactitud, *diferenciando que el mismo sea sustancial o no*, el que consiste en un acto no intencionado, en la que el informador obra de buena fe. Si la información es falsa y deliberadamente transmitida, el autor es responsable penal y civilmente según la naturaleza del bien jurídico afectado. Si la información no verdadera es transmitida por error, el autor no sería

⁹³⁴ ZANNONI, EDUARDO-BÍSCARO, BEATRIZ: *Responsabilidad de los...*, cit., p. 82 y ss.

⁹³⁵ Fundadas principalmente en la jurisprudencia de Norteamérica en el caso *New York Times vs Sullivan* y “*Geretz Vs Welch Robert*”.

⁹³⁶ Siguiendo en ciertos aspectos lo manifestado por PROSSER/ KEATON: *The Law on Tort*, 5º edit. St. Paul, minn. west publishing, Co., 1984, para quien no hay responsabilidad por inexactitudes menores, si lo informado es básica o sustancialmente verdadero. La diferencia entre una información errónea en lo sustancial y otra no sustancial, radica en la trascendencia semántica teleológica, que la misma le otorga al texto, ya no sólo como elemento de la realidad, sino como objeto directo dentro del texto en su totalidad. Por ello debemos tener en cuenta cuándo la noticia es errónea o falsa, pero también cuándo la misma se asienta sobre un aspecto sustancial y cuando no. Lo que puede suscitar una causa de justificación, cuando el error es intrascendente, pero todo ello deberá supeditarse al caso práctico. Resulta interesante, aunque no lo compartimos en su contenido mayoritario, la lectura de la STS de 27 de enero de 1990 RAJ 100.

responsable civilmente, del perjuicio causado, si el error fuese excusable, o sea, si hubiese empleado la debida diligencia en la obtención y contrastación de la información a efectos de evitar el daño. En caso contrario, respondería por el daño infligido, según la doctrina mayoritaria.

6.2.2 CRITERIO SUBJETIVO CON LA ADMISIÓN DE HIPÓTESIS RESIDUALES

Dentro de esta problemática encontramos posturas eclécticas, en las que sin alejarse del sistema base de la responsabilidad subjetiva, se aceptan para algunas hipótesis criterios residuales, las que varían según los autores. Algunos admiten el factor objetivo de atribución como hipótesis de excepción de responsabilidad conforme a distintos criterios, como el abuso de derecho,⁹³⁷ deber legal de garantía del principal por el hecho de sus dependientes⁹³⁸, riesgo creado y la equidad.⁹³⁹

Como expresamos anteriormente algunos sostienen que debería distinguirse según la víctima sea un funcionario público o un simple “ciudadano particular”, siguiendo muy de cerca la jurisprudencia estadounidense a partir de los precedentes *New York Times vs. Sullivan* y *Gertz vs. Robert Welch*. En el primer supuesto, sería necesario dolo o culpa grave del informador, en tanto

⁹³⁷ En este sentido encontramos los que aceptan, sin alejarse del principio de culpabilidad, hipótesis residuales de responsabilidad objetiva cuando se ejercita abusivamente un derecho, ZANNONI, EDUARDO: “El factor de atribución de la responsabilidad de los medios masivos de comunicación”, *Responsabilidad por daños*, homenaje al profesor doctor Jorge Bustamante Alsina, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 23 y ss; MOSSET ITURRASPE, JORGE Y SAUX, EDGARDO IGNACIO, *op. cit.*, pp. 27 y ss; RIVERA, JULIO CESAR: “Libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente”, *La Ley*, 1985-B-114 y en similar sentido se manifestó en las Jornadas de Derecho Civil, Buenos Aires, 1983 en el punto 7 de las conclusiones acordadas, en contra de lo acordado por la mayoría, para quienes, en los derechos de la personalidad, es requisito ineludible la culpa o dolo, para la atribución de responsabilidad; este en contraposición estima que puede surgir una responsabilidad objetiva en este punto, fundada en el abuso de derecho; FERREIRA RUBIO, DELIA MATILDE: *El derecho a la intimidad*, Universidad, Buenos Aires, 1982, pp. 143 y 144 en idéntico sentido pero con algunas consideraciones personales resulta interesante la postura mentada por ANDRADA, ALEJANDRO: *op. cit.*, pp. 235 a 306.

⁹³⁸ KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA Y PARELLADA, CARLOS A: Ponencia presentada a las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990, para estos autores debería formularse una necesaria distinción: por un lado, la responsabilidad objetiva del medio de comunicación, fundada “*en el deber legal de garantía o el riesgo provecho por la actividad de sus dependientes u órganos*” en ocasión de sus funciones (ex art. 43 y 1113, párrafo 1 del CCA); por otro, la de los periodistas, que sería una responsabilidad profesional con base subjetiva en la que “*...del error o la inexactitud de la información surge in re ipsa la presunción de culpa que debe desvirtuar quien ha difundido la noticia errada, acreditando que ha tomado las diligencias debidas para evitarlo*”. Conforme esta doctrina es indispensable que el dependiente haya obrado de manera antijurídica y culpable en ejercicio u ocasión de sus funciones, para que pueda comprometerse la responsabilidad objetiva del medio. Por lo tanto siempre tendremos que indagar sobre la culpa del dependiente como requisito antecedente al del criterio objetivo.

⁹³⁹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños...*, *cit.*, p. 267 y ss. Esta es una de las posturas más amplias dentro de la concepción subjetiva., ya que reconoce la posibilidad de configurarse importantes supuestos de responsabilidad objetiva, entre los que incluye a los ya mencionados del abuso del derecho (ex art. 1071 *bis*, Código Civil) y de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente Esta autora admite, además, otros supuestos de responsabilidad objetiva de los medios de prensa, entre los que incluye a la responsabilidad con fundamento en la equidad, por aprovechamiento económico de una información errónea y nociva, aunque se la haya fundado por error excusable (ex. art. 907, párrafo 2, CCA) y a la responsabilidad del titular de la actividad por fallas en la organización del servicio, humanas o materiales; asimismo expresa que debe admitirse flexibilidad en la prueba, aun en los casos de responsabilidad subjetiva, inclusive por la vía de las presunciones *hominis*.

que, tratándose de un simple ciudadano, sería suficiente la culpa leve. También se propone formular distinciones según la naturaleza de la información (periodismo de opinión y de transmisión de información), utilizando criterios más flexibles para el primer supuesto y afinando los parámetros valorativos en el segundo. O según se trate de noticias nuevas o de aquellas que implican un seguimiento de una noticia ya emitida o publicada.

Otra corriente sostiene la aplicación de un criterio subjetivo, cuando el sujeto pasivo es un personaje público y uno objetivo cuando se trate de un particular o no personaje público. En consonancia con el ejemplo dado por Pantaleón,⁹⁴⁰ y haciendo un paralelismo, planteado el caso de que un conductor de un vehículo embistiese a una peatón que cruza por la senda peatonal y en idéntica hipótesis, a otro que no cruza por dicho sitio. Cabría preguntarse: ¿Respondería idénticamente en uno u otro caso? Seguramente ninguno de nosotros diría que sí, pues variaría conforme la concurrencia de culpas, etc. Ahora bien si la pregunta fuese, ¿respondería en ambos casos? O mejor dicho, ¿respondería por un sujeto que cruza la calle por la senda peatonal, y no respondería por quien no lo haga por este espacio? Seguramente ninguno de nosotros diría que no le cabe responder.

Los que sostienen el criterio variable o de excepción anteriormente expuesto, expresan que la responsabilidad, en este aspecto, es subjetiva y que no es factible un criterio objetivo salvo aquella excepción. Su principal argumento, reside en que para la existencia de un criterio objetivo, éste debe estar expresamente establecido y su interpretación debe ser restrictiva. Ahora bien, lo contradictorio, según nuestra postura radica en que los que aceptan un criterio objetivo de carácter excepcional, sostienen que este debe estar ajustado a interpretaciones restrictivas o debe estar establecido de manera expresa. Por ello no podemos aceptar, ni siquiera sugerir, un criterio objetivo, excepcional, conforme varíe el sujeto pasivo, aunque podrá haber más o menos exigencias y valores en los criterios de determinación y reparación del daño, pero no establecer un factor de atribución conforme el sujeto pasivo sea o no personaje público o el sujeto activo sea o no profesional de la información. Primero, porque con respecto a los sujetos pasivos una cosa es la integridad e identidad del daño respecto al factor de atribución y otra cosa es la reparación de ella. Por otro lado, respecto al sujeto activo, su condición profesional exige mayor diligencia profesional, por tanto mayor responsabilidad y no al contrario.

⁹⁴⁰ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: “*La constitución, el honor...*”, *cit.*, pp. 1689 a 1694.

Creemos que considerar un criterio conforme a las condiciones del sujeto, rompería el principio de igualdad establecido en la CE. Seguramente algún inquieto espíritu jurista nos podría argumentar que el principio de igualdad debe entenderse como igualdad en igualdad de condiciones y que en este caso existen diferencias marcadas entre unos y otros sujetos pasivos. Pero creemos que el error radicaría en el enfoque de imputación o atribución, el que debería estar orientado hacia el profesional de la información o MMC y no al sujeto pasivo de ella. En este sentido, los niveles de protección de los sujetos pasivos, conforme lo expresa la misma LO 1/82, están sujetos a las conductas de los mismos individuos.⁹⁴¹ Pero lo que ello determina, es el ámbito de protección de los derechos personales, pero no condiciona, ni impone una variabilidad de los factores de imputación según el sujeto pasivo. Por lo tanto, la diligencia exigida, aunque hablemos de un criterio objetivo, del profesional de la información, no debe variar conforme el posible sujeto pasible de daño. Por ello si aceptamos la responsabilidad objetiva para un caso, la debemos aceptar para todos, ya que no debemos confundir la diligencia del profesional de la información, que debe ser la misma cualquiera sea el sujeto objeto de la información, al ámbito de protección de sujeto pasivo, que está determinado por su misma conducta, generando a través de ella un consentimiento tácito al libelo. Lo curioso de esta postura resulta de considerar las posibles consecuencias que surgirían de aceptar esta postura, lo que devendría en la aceptación de distintos criterios de diligencia, conforme el posible objeto de daño y no centrar nuestra atención en el sujeto dañador.⁹⁴²

Así valorada la cuestión, el mentado subjetivismo sólo subyace en el plano de los principios teóricos proclamados, ya que, en la consideración de los elementos determinantes y conforme los hechos, la mayor parte de los supuestos concebibles de responsabilidad de los MMC centran su determinación en elementos subjetivos otorgando una cuasi presunción de inocencia ⁹⁴³ en torno al profesional de la información o MMC, totalmente incompatible con el ordenamiento civil.

6.3 FACTORES DE IMPUTACIÓN EN EL DERECHO ARGENTINO Y SU SIMILITUD CON EL ESPAÑOL

⁹⁴¹ LO 1/82 art. 2.1.

⁹⁴² YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: "Daños a los derechos de la personalidad...", *cit.*, p. 1110. Este expresa "...hay que advertir que una cosa es que la ley admita lo relativo del concepto de derecho al honor, según la actitud del titular del mismo... y otra muy distinta que quepa hablar de ese mismo relativismo en relación con la persona que ofende".

⁹⁴³ STC 72/1991 del 8 de abril RAJ, este tribunal dejó bien sentado que en materia civil, incluso derivada de un delito, no es aplicable el principio constitucional de presunción de inocencia, puesto que no se trata de una consecuencia punitiva y esta presunción siempre es referida a normas sancionatorias (en sentido estricto) ya que para algunos autores el carácter reparador o compensador implica una sanción. PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA: "*Función naturaleza y sistema...*"; *cit.*, p. 180 1º párrafo. La presunción de inocencia sólo tiene cabida en derecho penal y en materia tributaria, donde el estado tiene poder coactivo.

En el derecho argentino, la situación jurídica de desequilibrio anteriormente expuesto respecto por daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen se manifiesta de múltiples formas.⁹⁴⁴ Y a ellos no escapan los factores de atribución. PIZARRO enumera los distintos ámbitos del derecho donde se manifiesta el desequilibrio, producto de la protección de intereses corporativos que distorsionan la realidad del derecho de daños, siendo éstos:

a).- Causa de Justificación.

b).- Factor de imputación y carga probatoria.

c).- Derecho de réplica y su desconocimiento por parte de los medios de prensa.

d).- Ausencia de normas que tengan virtualidad suficiente para sancionar económicamente graves inconductas por parte de los medios.

e).- Responsabilidad penal que raramente se concretan y que tienen efectos de relativo valor.

f).- Poco incentivo para que el medio rectifique o reconozca el error.

g).- Rechazo injustificado de medidas judiciales preventivas, necesarias e indispensables en pos de la tutela de los derechos de la personalidad.

h).- Presión corporativa.

i).- Lentitud vejatoria de los procesos judiciales.

La responsabilidad subjetiva fundada en la culpa del profesional de la información, está presente en el extinto CCA⁹⁴⁵ y en caso de dolo en el ex art. 1072 CCA, pero a este último no haremos referencia, ya que su atribución de responsabilidad surge de manera clara, específica y deliberada, por lo tanto no es objeto de nuestro estudio.

Si bien, en el derecho Argentino no hay una ley especial que regule los daños al honor, la intimidad y la propia imagen como en el derecho español; aquel es regulado por el CCyCA, por

⁹⁴⁴ PIZARRO, RAMÓN DANIEL: “La Protección de la dignidad humana frente a la agresión de los medios masivos de comunicación social por informaciones inexactas o agraviantes”, en Ponencia para la comisión de derechos humanos en Congreso de Derecho Civil octubre de 2002 Tucumán-Argentina.

⁹⁴⁵ Ver ex art. 1067, 1109, 902, 1071 bis del CCA. Así también lo encontramos en el actual CCyCA.

lo tanto los factores de atribución, como muchos códigos decemónicos, están fundados en la conducta del informador, más que en la víctima y el daño. Sin embargo, han surgido posturas objetivistas que fundamentan esta postura en distintos argumentos como la teoría del riesgo, abuso de derecho, responsabilidad por el dependiente.

Conforme lo expresa ALTERINI Y LÓPEZ CABANA,⁹⁴⁶ detractores de la aplicación de una imputación de carácter objetivo, el ejercicio de la libertad de prensa no es susceptible de abuso de derecho, ya que el ex art. 1071 CCA, no sería de aplicación a las libertades de expresión, imprenta y circulación, considerando que estas libertades no son derechos subjetivos, pues no tienen sujeto pasivo determinado; por lo tanto, cuando exista un ejercicio irregular, habría que aplicar el ex art. 1109 (imputabilidad subjetiva) o en caso de un criterio objetivo el ex art. 1113 CCA.

En la postura contraria encontramos a BIDART CAMPOS Y PIZARRO, para quienes no cabe hablar de trasgresiones, sino de verdaderos abusos de las libertades ciudadanas, fundando su postura en la relatividad de los derechos establecido en la CNA,⁹⁴⁷ ya que tales posturas constituyen derechos subjetivos, los que pueden tener efectos jurídicos en los demás a causa de su acción u omisión. Asimismo, tanto el abuso como el ilícito poseen igualdad cualitativa, pues sólo varía su ejecución.

En el derecho argentino, los factores de atribución por daños derivado de la actividad de los MMC, no están muy definidos en la jurisprudencia y en algunos casos son confusos.⁹⁴⁸ ALTERINI, en alusión a la división de la doctrina en la aplicación de un criterio subjetivo u objetivo, inclina su postura por la exigencia de un criterio fundado en la culpa o factor subjetivo, argumentando que en el supuesto, que el profesional de la información o el MMC tuvieran que resarcir o indemnizar por difundir noticias erróneas o inexactas, se afectaría la esencia de la libertad de prensa.⁹⁴⁹

Ahora bien, en el supuesto de que admitiésemos la aplicación de un criterio objetivo de responsabilidad, ¿afectaría la libertad de prensa o la libertad de empresa de los MMC? Sin lugar a dudas, entendemos que cuando está en juego un derecho personalísimo, como el honor, la

⁹⁴⁶ ALTERINI, ATILIO Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO: *Cuestiones modernas...*, cit., p. 293 y ss.

⁹⁴⁷ Art. 14 y 18 de la CNA.

⁹⁴⁸ Así en el caso “*Campillay Julio c/ La Razón y Otros*”, mientras que el abuso de derecho (factor objetivo) ha sido sugerido en el considerando núm. 6, la ilicitud subjetiva lo ha sido en el núm. 5 y 9.

⁹⁴⁹ ALTERINI, ATILIO Y FILIPPINI, ANÍBAL: “Comentario a la Doctrina Campillay”, *La Ley* 198-C, p. 407.

intimidación o la propia imagen, éstos deben tener protección a priori. En este sentido no creemos que el criterio subjetivo otorgue una solución justa como doctrina uniforme; más aún, nos negamos a justificar que el riesgo que supone la actividad empresarial de los MMC, puedan tercerizarse o trasladarse, sobre derechos esenciales de la persona.

En el derecho español en sentido similar al derecho argentino, la responsabilidad que ha imperado por estos daños ha sido la subjetiva, fundada en el art. 1902 CCE,⁹⁵⁰ que exige necesariamente la *culpabilidad*. Sin embargo, la doctrina ha superado estadios de evolución hacia una “progresiva objetivación”, “soluciones cuasi objetivas” o expresiones un tanto ambiguas o poco esclarecedoras. Lo realmente importante en la doctrina es que con mucha frecuencia se mantiene la objetivación, aunque sin decirlo explícitamente se habla de culpa, cuando se quiere decir nexos causal y se sustituye la expresión de responsabilidad objetiva por la de culpabilidad cuando lo que se contempla es la causalidad.

La jurisprudencia se encamina, cada vez más, hacia la responsabilidad objetiva. Cuando se prueba una culpabilidad o ésta se presume, no hay inconveniente, pero cuando el caso es extremo, aplican la responsabilidad objetiva. En todo lo expuesto hasta aquí, debe matizarse que la doctrina y la jurisprudencia han llevado la responsabilidad objetiva a la obligación general de reparar el daño que proclama el art. 1902 CCE. Pero además, hay normas en el código civil que recogen claramente la responsabilidad objetiva, art. 1903 a 1910 CCE y por último, esta obligación de reparar el daño se halla regulada especialmente en leyes especiales de carácter y entidad totalmente objetiva.⁹⁵¹

Esto nos lleva a establecer tres estadios en la obligación de reparar el daño. El primero, la obligación general de reparar el daño que proclama el art. 1902 CCE.⁹⁵² El segundo, la obligación de reparar el daño causado por actos ajenos 1903.⁹⁵³ El tercero, la obligación de reparar el daño,

⁹⁵⁰ El artículo [http://doctrina.microjuris.vlex.com/generic/dispatch.asp? artículo](http://doctrina.microjuris.vlex.com/generic/dispatch.asp?articulo=CCE), CCE proclama la obligación general de reparar el daño: el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

⁹⁵¹ Como la LO 1/82.

⁹⁵² En el primer estadio se estudiaba la obligación de reparar el daño que causa el sujeto y se contempla en el artículo [http://doctrina.microjuris.vlex.com/generic/dispatch.asp? artículo](http://doctrina.microjuris.vlex.com/generic/dispatch.asp?articulo=), cuya aplicación conduce, cada vez más, a la objetivación.

⁹⁵³ En este segundo estadio se estudian los supuestos en que una persona queda obligada a reparar el daño que ha causado un acto de otra, con la que se tienen especiales vínculos. Así la obligación de reparar el daño por actos ajenos es la obligación que proclama el párrafo primero del artículo <http://doctrina.microjuris.vlex.com/generic/dispatch.asp> cuyo fundamento se buscaba en la *culpa in vigilando* o *culpa in contrahendo* y se considera hoy una obligación de carácter objetivo, que surge directamente al deudor por el acto ajeno. Precisamente por su carácter objetivo, el último párrafo del mismo artículo 1903 prevé una causa impeditiva de la obligación. En el caso de que aquél deudor acredite la ruptura del nexo causal, probando que empleó *toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño*.

prevista en leyes especiales. El primero va hacia la objetivación, el segundo es objetivo; el tercero es objetivo pero fundado en leyes especiales, como lo es la LO1/82.⁹⁵⁴

En este sentido, tanto en el derecho argentino como el español el criterio imperante es el que se funda en la culpa, más allá de una postura minoritaria que sostiene un criterio a atribución objetivo,⁹⁵⁵ doctrina en la que nos enrolamos.

Sostenemos que la aplicación de un criterio objetivo de atribución de responsabilidad respecto a la actividad que desarrollan los MMC, establecería un criterio más justo, conforme lo establecido en el espíritu de la CE, la LO 1/82 y acorde a los derechos en pugna. La asimetría de los sujetos en conflicto y la relación obligacional, la entidad social y económica de los MMC, el riesgo empresarial, la previsibilidad del daño y su proyección económica no pueden ser argumentos invisibles a la hora de reflexionar respecto a la objetivación del daño en este ámbito. En este sentido creemos que, por el contrario a los argumentos que pronostican una detracción de la actividad por la aplicación de un criterio objetivo de atribución; y estableciendo un paralelismo con otras actividades, la aplicación de este criterio de responsabilidad no ha detraído la actividad. Por el contrario se ha desarrollado con mayor intensidad, pues el daño se ha tabulado, proyectado en las previsiones económicas de la empresa y estandarizado en el mercado. Con respecto a la formación de la opinión pública, resulta curioso y hasta inquietante que en el libre mercado de ideas formadoras de opinión pública se beneficie a la aplicación a los MMC de un factor subjetivo

El caso que nos interesa en este ámbito es el del empresario por el hecho del dependiente y específicamente por la modalidad de los MMC.

⁹⁵⁴ En el tercer estadio encontramos a la obligación objetiva pura, prevista en leyes especiales que distinguen perfectamente la obligación por culpa y la objetiva e imponen la objetiva pura, sin paliativos. Son las leyes siguientes. 1. Circulación de vehículos de motor. 2. Navegación aérea. 3. Energía nuclear. 4. Consumidores y usuarios. 5. Honor, intimidad, imagen. El artículo 18.1 de la Constitución proclama como derechos fundamentales - derechos de la personalidad desde el punto de vista del derecho civil- el honor, la intimidad y la imagen, los cuales son desarrollados en la ley orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En esta ley se establece un elenco de conductas, aunque no como *numerus clausus*, que son tipificadas, como si se tratara de tipos delictivos, como “intromisiones ilegítimas” y dan lugar a una indemnización por el perjuicio causado que *se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima* (artículo 9.3); se trata, pues, de una presunción *iuris et de iure* (por tanto, no es una presunción, sino una imposición legal) que impone la obligación de indemnizar siempre que se ha causado el atentado (intromisión ilegítima) al honor, intimidad o imagen. Cuya obligación tiene carácter objetivo puro; no se plantea siquiera la concurrencia de dolo o culpa. Se da la obligación de indemnizar cuando se dan los elementos de la “intromisión ilegítima” sin que se analice elemento subjetivo alguno. Antes de promulgarse aquella ley, los casos de protección al honor (no se había dado ninguno sobre la intimidad o la imagen) se fundaban en el artículo 1902 CCE como supuestos de obligación de reparar el daño causado por acto ilícito, con toda su problemática de la culpabilidad. Hoy está superado y una ley moderna, presume el daño e impone la objetividad pura.

⁹⁵⁵ Entre los factores objetivos encontramos los que sostiene como PIZARRO la teoría del riesgo solamente aplicada a las informaciones y no a las opiniones; por otro lado quienes sostienen la aplicación de abuso de derecho y por último a quienes en conjunto con esta última defienden la responsabilidad por el dependiente cuando la modalidad de la actividad informativa es de carácter empresarial.

ante informaciones falsas o erróneas bajo la protección de la culpa o accionar deontológico, que no solo desinforman lesionando el derecho del consumidor de información, sino que dañan el fortalecimiento de la sociedad democrática, a través de la deformación de la opinión pública y fundamentalmente a la persona.

6.4 RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LOS MMC EN EL DERECHO ARGENTINO

Por el contrario, en el derecho comparado, especialmente en el derecho argentino, resultan múltiples las posibilidades para encasillar un criterio objetivo⁹⁵⁶ (riesgo creado, abuso de derecho, equidad, hecho ajeno, producto defectuoso, etc.) ante la ausencia de una norma especial, como existe en el derecho español.⁹⁵⁷

⁹⁵⁶ Aunque muchos autores justifiquen una distinción entre la responsabilidad objetiva y la responsabilidad por riesgo como SALVADOR CODERCH en “Riesgo responsabilidad objetiva y negligencia”, en *Revista electrónica Indret*, 2002, nosotros no pretendemos hacer un examen exhaustivo sobre esta pretendida diferenciación, objetivo que analizaremos con mayor énfasis en otra aproximación, sencillamente la abordaremos como elementos idénticos en la práctica aunque conceptualmente constituyan elementos diferenciados.

⁹⁵⁷ El derecho de daños de una sociedad compleja en la que los individuos interactúan para la consecución de intereses diferentes, evoluciona irremediabilmente hacia la imputación de daños con base en la titularidad de actividades o relaciones y no mediante criterios más o menos estrictos de causalidad o evitabilidad. Podemos afirmar, por tanto, que agencia, dependencia y propiedad se rigen por las mismas reglas de reparación de daños. En el CCE de 1889 no hay una regla general de responsabilidad objetiva del dueño o del tenedor de cosas. El código sólo incluye manifestaciones concretas de aquel principio en sus artículos 1905 y 1910. En el sistema español de responsabilidad por hecho de otro el responsable no es ajeno a la causación del daño. Por el contrario, la ley presume su participación en el mismo a través de una conducta negligente consistente en no haber evitado, debiendo hacerlo, el daño. Con otras palabras, no existe responsabilidad por hecho ajeno sino, más bien, un verdadero caso de responsabilidad por hecho propio, o mejor dicho, responsabilidad de la organización de la que se es titular. La responsabilidad por hecho ajeno ya no es un reproche sino una garantía legal en favor de las víctimas que asume quien decide participar en el tráfico, conforme a alguno de los roles previstos legalmente. En efecto, la concepción clásica de la responsabilidad vicaria como un régimen en el que un principal responde por un agente a quien encomienda la realización de una actividad queda desdibujada cuando pretendemos aplicarla a un agente que desempeña sus funciones en una organización compleja. En una organización, las funciones de control y supervisión se diluyen en una infinidad de relaciones de agencia. La responsabilidad vicaria se convierte entonces en un coste más de la actividad empresarial, en una prima que paga el empresario en favor de las víctimas potenciales de daños causados por la actividad propia del giro de la empresa. Un seguro obligatorio que la ley otorga a las víctimas de daños causados por organizaciones. El empresario no es más que un codeudor que asume el riesgo de la insolvencia de sus colaboradores y los costes de identificación de la víctima, como lo podría manifestar en las relaciones entre periodistas y los titulares de los MMC. Por otro lado en la responsabilidad de la organización, el paradigma ya no es la relación principal-agente, sino la asunción objetiva de responsabilidad por todos los daños derivados de la actividad de la organización de la que se es titular o de los bienes que componen el propio patrimonio. El paradigma es ahora la responsabilidad civil del fabricante por daños causados por productos defectuosos. Estos responden de los daños que cause un producto defectuoso, responsabilizando a quien crea una fuente de peligro (el producto defectuoso, en nuestro caso, podría ser una noticia errónea o defectuosa de una agencia que se dedica a ello) que causa un daño, con independencia del concreto curso causal de los acontecimientos y al margen de todo juicio sobre la responsabilidad del causante material del defecto causante de daños. De esta forma, la acción de daños se dirige en todo caso contra un responsable presumiblemente solvente, y fácilmente identificable.

Compartimos la postura sustentada por PIZARRO⁹⁵⁸ y PANTALEÓN,⁹⁵⁹ principalmente en sus estructuras centrales (imputación objetiva por noticias objetivamente falsas), pero con algunas matizaciones propias.

El primero de los autores citados ubica el acento en la modalidad de la actividad, como elemento determinante del riesgo o peligrosidad en la que se desarrolla la actividad con carácter empresarial.⁹⁶⁰ El segundo pregona una responsabilidad objetiva por noticias objetivamente falsas, cuando el difamado es un particular. Aunque con respecto a los personajes públicos no acepta del todo un criterio objetivo, más allá de que no le disguste la posibilidad, siempre y cuando no recaiga sobre ello una responsabilidad civil punitiva o al estilo del *Common law*.⁹⁶¹

Sostenemos, en idéntico sentido a PIZARRO, que la responsabilidad civil de los MMC, o profesionales de la información⁹⁶² derivada de informaciones o noticias (hechos) erróneas o inexactas debe conducirse hacia una objetivación,⁹⁶³ conforme una modalidad propia de nuestra época, delineada como una actividad riesgosa típica empresarial, conforme a los argumentos que

⁹⁵⁸ PIZARRO, RAMÓN DANIEL: *Responsabilidad civil de los...*, *cit.*, criterio sostenido por el autor en las Jornadas Sobre Responsabilidad Civil en homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990. En dichas Jornadas se adhirieron a esta concepción, entre otros, los doctores CIFUENTES, BANCHIO, VALLESPINOS Y BÍSCARO. Con posterioridad, ha enriquecido esta corriente, con importantes aportes, CIFUENTES, SANTOS, *op. cit.*, p. 494 a 502.

⁹⁵⁹ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “La constitución, el honor...”, *cit.*, p. 1691 “...en mi opinión la disciplina legal y práctica judicial sobre responsabilidad civil por daños causado por informaciones objetivamente falsas, bien establecido su carácter exclusivamente indemnizatorio, carece de relevancia constitucional. Dicho con más claridad: en nuestro ordenamiento jurídico no puedo considerarse inconstitucional una responsabilidad civil objetiva o sin culpa por los daños causados por las informaciones objetivamente falsas, es decir, por aquellas informaciones que han resultado falsas, pese a haber empleado la debida diligencia profesional...” “...haciendo abstracción plena de la culpa o no del informador” por lo que son constitucionalmente susceptible de consecuencias jurídicas no punitivas. Siempre y cuando no se dolosa o culposa o no infiera sobre un dato sustancial (el subrayado es nuestro) continúa el autor en la p. 1692 para quien la objetivación del daño en este aspecto es un paso sensato que debe dar la jurisprudencia en su mayoría. **“Considero poco razonable en todo caso la responsabilidad subjetiva de los autores de las informaciones falsas diligentemente contrastadas; opinión que mantendría también para los directores y editores de periódicos o programas en que se publicaron o emitieron Al menos una culpa leve de su parte ha de ser condición necesaria para hacerles responder civilmente del daño causado por tales afirmaciones”.** (Creemos poco apropiada la remisión a una culpa leve, por parte del maestro luego de sus críticas ante las ficciones de la jurisprudencia respecto a los factores de imputación).

⁹⁶⁰ MAZEAUD, HENRI-TUNC, ANDRÉ: *Traite theorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, 6° Edic. Paris, Montschrestien, DL 1968, p. 438. Para este la existencia del beneficio constituye un factor decisivo en la existencia y viabilidad de la responsabilidad por riesgo. Es por ello que la ausencia de un beneficio negara en general una responsabilidad objetiva fundada en este aspecto. El beneficio constituye un elemento determinante. Nosotros, a contraposición de este tesis, creemos que el elemento, beneficio, no debe ser entendida como actividad lucrativa restrictivamente, sino la actividad que es realizada con carácter industrial y/o empresarial, sin que importe elemento determinante el beneficio, ya que el solo hecho de realizarla implica el ejercicio de un derecho del cual se beneficia, más allá de los balances económicos, que una actividad puede deportar.

⁹⁶¹ *Ibidem*, p. 1692.

⁹⁶² Con el término “agente de la información” hacemos alusión a los periodistas, a efectos de distinguir nuestra posición de la sostenida por la Dra. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA R. y PARRELLADA, CARLOS A, *op. cit.* Asimismo por considerar que agentes de la información es un término de mayor amplitud que el de periodista, ya que no es necesario ser periodista para ser agente de la información como sería el caso de un columnista ad hoc.

⁹⁶³ ESTEVILL, LUIS PASCUAL: *Derecho de daños*, t. II, Bosch, Madrid, 1995, pp. 808 a 819.

dieron origen a esta doctrina.⁹⁶⁴ En la responsabilidad actual se ha producido una transformación hacia una posición de ablandamiento del criterio subjetivo, pasando de la prueba de la culpa por el demandante, a la prueba de la diligencia por el demandado. Pero insistimos en que la misma no debe ser entendida como una mera conducta o diligencia normal en la obtención de la información, sino como sujeción a los elementos determinantes anteriormente nombrados.

Creemos que el carácter riesgoso de la actividad deviene de circunstancias extrínsecas, de persona, tiempo y lugar, que la tornan peligrosa o una actividad potencialmente riesgosa para terceros; y no porque los MMC quieran producir un daño, sino porque pueden producirlo, aunque el daño no sea intencionado.

La ponderación de las circunstancias y su incidencia en el riesgo deben ser valoradas *in abstracto*. La cuestión se traduce en el grado de previsibilidad de producción del siniestro partiendo de la naturaleza o circunstancia de la actividad. Estas circunstancias deben, aunque no necesariamente, vincularse a los medios con los que se sirven para el desarrollo de la actividad.⁹⁶⁵ Por ello si sobre esta base existen claras probabilidades de posibles perjuicios, sería posible la aplicación de un criterio que tienda hacia la objetivación si el daño se produce.⁹⁶⁶ La responsabilidad en este sentido recaería sobre quien genera, fiscaliza, supervisa o potencia la actividad riesgosa. En consecuencia, es posible una pluralidad de sujetos obligados en forma concurrente, ya sea mancomunada o solidariamente; obtengan o no un beneficio de la actividad, pues ésta radica sólo en la creación del riesgo, y no en los posibles beneficios económicos, sin perjuicio de las acciones de regreso entre los obligados.

6.4.1 ACTIVIDAD RIESGOSA

La realidad expansiva mediática, el contenido y existencia del término posverdad, las preeminencias económicas de los MMC, la nueva dinámica informativa, la comercialización informativa, la industrialización de la prensa, el rol de la publicidad, el impacto tecnológico en la comunicación social y la concentración monopólica u oligopólica de los MMC constituyen aspectos decisivos para configurar una actividad típicamente riesgosa para terceros, lo que

⁹⁶⁴ En contraposición de quienes sostienen que el criterio de riesgo ya está codificado y en este marco solo el legislador le compete ampliar su aplicación, como lo sostiene entre otros DIEZ PICAZO, LUÍS, “La interpretación...”, *cit.*, p. 118.

⁹⁶⁵ Por ello poco importa que la actividad riesgosa intervenga o no una cosa activa o pasivamente. Este ha sido el criterio sostenido por la doctrina mayoritaria en el proyecto de unificación civil y comercial de 1987 en Argentina, entre quienes podemos nombrar TRIGO REPRESAS, ALTERINI, MOSSET ITURRASPE, STIGLITZ, entre otros.

⁹⁶⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE: “La noción de actividades riesgosas en el proyecto de Código Civil”, *JA*, 1988-I-901.

proyecta un componente necesario a la hora de establecer los criterios aplicables en materia de responsabilidad civil.⁹⁶⁷

En la actualidad, es común creer que los MMC median sobre la realidad social, actuando como un vínculo democrático que nos informa sobre los acontecimientos sociales, culturales y políticos. Sin embargo, los MMC que observamos, escuchamos y leemos a diario, no son simples medios que nos informan de modo imparcial y objetivo acerca de la realidad. Por el contrario, el sistema mediático está constituido en su mayoría por conglomerados o grupos económicos fuertemente diversificados e integrados con intereses económicos multimillonarios en decenas de empresas de diferentes y muy variados rubros,⁹⁶⁸ lo que genera la imposibilidad de transmitir objetivamente información que pueda afectar sus intereses económicos. Hoy es indudable la influencia de los MMC en la sociedad, como así también los intereses que estos ocultan, enmascarando la libertad de empresa en la libertad de prensa. Por ello debemos creer que debemos desmitificar la actividad de los MMC como informadores, formadores de opinión pública o garantes del sistema democrático.

Actualmente el valor de la noticia se potencia en la medida que se difunde con mayor celeridad, como también las consecuencias de los daños producidos por ésta.⁹⁶⁹ Existe o surge una suerte de despersonalización en el manejo de la información, que no siempre es confirmada o

⁹⁶⁷ Las profundas transformaciones producidas como consecuencia del tránsito de la sociedad tradicional, de tipo rural y agrícola, a la sociedad industria y de la comunicación, y los avances de la ciencia y de la técnica y el consecuente proceso de masificación, influyeron en los dominios de la prensa toda vez que las nuevas formas de comercialización e industrialización afectaron el ejercicio de publicar, la iniciativa y la libre competencia, hasta entonces concebidos en términos estrictamente individuales. El desenvolvimiento de la economía de la prensa y la aparición de las nuevas técnicas de difusión e información -cine, radio, televisión- obligan a un replanteamiento de la concepción tradicional del ejercicio autónomo del derecho individual de emitir y expresar el pensamiento. De este modo, se hace necesario distinguir entre el ejercicio del derecho de la industria o comercio de la prensa, cine, radio, televisión; el derecho individual de información mediante la emisión y expresión del pensamiento a través de la palabra impresa, el sonido, la imagen; y el derecho social a la información. (considerando 7° del voto impersonal en Ponzetti, citado).

⁹⁶⁸ Por ejemplo, en la Argentina, el Grupo Clarín es una misma mega-empresa que dentro suyo incluye al diario Clarín, radios como Mitre y FM 100, el canal de cable Todo Noticias (TN), el canal de aire canal 13, el diario deportivo Olé y el gratuito La Razón, la red de cable Cablevisión y Multicanal, la agencia de Diarios y Noticias (dyn), porcentajes accionarios en productoras de televisión (como Polka e Ideas del Sur), importantes diarios del interior del país (en particular, en Córdoba y Mendoza), relaciones en el sector financiero (Goldman Sachs), en sectores vinculados al agro (es dueño de Expo agro y de un porcentaje del canal Rural), a la red Internet (Ciudad Internet y Fibertel), al fútbol codificado (TyC Sports y TyC Max) y a la edición de libros (editorial Tinta Fresca), entre varios otros. Además, posee un porcentaje de participación accionaria en la empresa Papel Prensa S.A., que desde el acuerdo político organizado durante la última Dictadura militar (1986-1983), provee de papel a más bajo precio que otros diarios más modestos para imprimir el diario Clarín (Mastrini y Becerra, 2006; Califano, 2007). Esta alianza que les favoreció el Proceso - y que incluyó también a los diarios La Nación y La Prensa (quien luego abandonó el negociado)- es la que explica en gran medida que Clarín haya respaldado políticamente al Régimen cívico-militar que secuestró, torturó, asesinó e hizo “desaparecer” a miles de personas por el sólo hecho de que pensaban, sentían o vivían diferente a la moral dominante (Borrelli, 2008)

⁹⁶⁹ Conforme a LO 1/82 art. 8.3 y el art. 211 CP.

corroborada como corresponde. A veces por las ya mentadas urgencias, y en otros casos lisa y llanamente por imposibilidad del medio de hacerlo, en razón de que la información surge de agencias internacionales o nacionales “confiables”. Estamos en presencia de verdaderas “máquinas de informar”, que actúan con la vertiginosidad que imponen los nuevos tiempos y la creciente tecnología. No debe sorprender que en esa dinámica puedan inmolarse indebida y arbitrariamente los derechos de la persona, que hacen a su dignidad. Daños que para algunos estarían justificados, o mejor dicho, podrían tercerizarse, en detrimento de un sector de la sociedad, quienes deberían soportar los perjuicios, conforme a los beneficios que obtiene la sociedad toda, por la actividad que desarrollan los MMC.⁹⁷⁰

Negar el carácter riesgoso que representa la actividad que despliegan los MMC cuando difunden informaciones en sentido estricto, es negar la realidad. Esto ha llevado a la jurisprudencia a ir más allá de lo establecido por la descodificación de la responsabilidad, con carácter eminentemente limitativo y reinterpretar muchas veces el sistema base, con la finalidad de aplicar esta teoría no prescripta expresamente para algunas actividades, desnaturalizando forzosamente el criterio de culpa impuesto por la norma de cierre. Por ello proclaman la imposibilidad de fundar una responsabilidad netamente fundada en el riesgo, acudiendo al art. 1902 CCE como argumento jurídico.⁹⁷¹

Resultaría grave, desde nuestra perspectiva, pretender trasladar y aplicar construcciones jurídicas elaboradas para otra prensa, muy distinta de la actual, lo que torna anacrónico un principio de protección y favoritismo en beneficio de los MMC, generando una asimetría entre los MMC y el individuo.

⁹⁷⁰ Nada felices son las expresiones de SALVADOR CODERCH, PABLO, *El mercado...*, op. cit., p. 252, quien refiriéndose a la repercusión de los costes por errores en la información en la sociedad, esta expresa “*El importe de los daños producidos por las difamaciones, también justamente, aquella parte de los costes de producción que se va a repercutir a terceros. Pero señala Posner, no a todos sino solo a los difamados. Estos pagan, particularmente, por el beneficio que, generalmente, obtenemos todos los demás de la mayor cantidad de información generada como consecuencia de la (relativa) inmunidad derivada de la aplicación del modelo*” **Más allá de la calificada pluma del autor, estas expresiones no tienen desperdicio. Por ello, si aplicamos sus premisas, deberíamos concluir necesariamente que la víctima o difamado, además de sufrir un perjuicio, debe soportar una carga en beneficio de toda la sociedad, “cual mártir”, y en beneficio de la mayor cantidad de información en el mercado usando palabras del autor aunque ello implique mayor información inexacta. Ahora bien, nos preguntamos ¿la información inexacta o errónea sustancial es información o desinformación, beneficia o perjudica? Otra de las afirmaciones que no dejan de ser menos resonantes, es el calificativo de “inmunidad relativa” que utiliza para denominar la situación de los medios en este aspecto. Nos imaginamos que sólo es un término lego o pretende serlo, ya que una inmunidad establecida fuera de la Constitución no existe. (Las negritas son nuestras) y continua ya citando a Posner, con una afirmación más grave aún, por estar alejada de nuestra realidad jurídica “*No se trata solo de una cuestión de distribución; es que, como indica Posner, los costes de la difamación pueden hundir para siempre al perjudicado*”.**

⁹⁷¹ ÁLVAREZ LATA, NATALIA: “Responsabilidad civil por actividades empresariales de riesgo”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 308 y ss.

Suele sustentarse, que someter a los MMC a una responsabilidad que tienda hacia la objetivación, en caso de noticias inexactas o erróneas, significaría aniquilar la libertad de prensa, por cuanto sería imposible verificar siempre la exactitud o veracidad de todo lo que se publica, lo que devendría en un menoscabo cuantitativo de la libertad de expresión e información.⁹⁷² ⁹⁷³ Para nosotros, dichas afirmaciones no pasan de ser meras declaraciones dogmáticas con las que no coincidimos conforme múltiples argumentos ya expuestos en acápite precedentes.

Bajo el ropaje de la culpa ortodoxamente entendida o la denominada "verdad periodística o subjetiva", no como resultados, sino como meras actitudes de diligencia del informador, se esconde un privilegio económico inadmisibles e insustentable jurídicamente a favor de los MMC; y por consiguiente un menoscabo patente en los individuos. ⁹⁷⁴ *Por ello no creemos que los derechos de la personalidad deban quedar a merced de los medios. A un accionar deontológico, ya que si grande es la libertad, grande también debe ser la responsabilidad.*

Flexibilizar la noción de verdad a verosimilitud y a la vez reducir ésta a un mecanismo de mera diligencia profesional o pseudo deontológica, supone eximir a los medios de comunicación, en mayor o menor medida, del coste de verificar exhaustivamente la información difundida y de responder, en caso de posibles daños (Es de público conocimiento que, a veces, se dan a conocer noticias no contrastadas, debido a lo complicado y costoso en tiempo, dinero y márgenes de competitividad que resultaría su verificación total).⁹⁷⁵

Al desplazar el problema de la veracidad al terreno de la subjetividad deontológica (*lex artis*) se podría estar concediendo a algunas empresas periodísticas un privilegio de difícil justificación.⁹⁷⁶ El ejercicio del comercio y la finalidad lucrativa, es una aspiración legítima. Pero *¿debe tener más facilidades quien posee una empresa de medios de comunicación, que quien*

⁹⁷² SALVADOR CODECH, PABLO, *El mercado...*, op. cit., p. 250. Este expresa "La responsabilidad objetiva restringe los flujos de información en mayor medida que la responsabilidad culposa".

⁹⁷³ Creemos que este argumento no es más que espuma en el agua, que a poco que se agita desaparece. Resulta paradójico que en otras actividades donde existe igual riesgo de infringir un daño, la imposición de un criterio de responsabilidad objetivo, más que reducir su desarrollo ha incrementado en mismo generando un desarrollo sin precedentes.

⁹⁷⁴ Consideramos conveniente el ejemplo delicadamente expuesto como nos tiene acostumbrado el maestro PANTALEÓN, op. cit., p. 1689 en su párrafo 3º, 5º y 6º; conforme las consecuencias nefastas que acarrearía en la víctima, un noticia errónea, aunque diligentemente contrastada.

⁹⁷⁵ CASAS VALLÉS, RAMÓN: "Sobre la libertad de información y sus límites", *Revista jurídica de Catalunya, Catalunya*, núm. 3, 1988, p. 195.

⁹⁷⁶ Como lo sería la violación al principio de igualdad, enriquecimiento sin causa, violar los principios de derecho común respecto a la responsabilidad.

ejerce otro tipo de actividad? ¿Debe ser la libertad de información un salvoconducto para disfrutar de privilegios traducidos en una reducción de costes, negados a otras actividades?

Entendemos que no se debe otorgar a los MMC un trato diferenciado o privilegiado en materia de responsabilidad, consistente en la no aplicación de un factor objetivo de atribución, conforme a la actividad que despliegan y conforme al principio de igualdad. Se podrá argumentar para rebatir estas ideas, que los medios despliegan una actividad que interesa a la sociedad por constituir un pilar de intereses superiores de la comunidad democrática, y que tal circunstancia debería ser argumento necesario para mitigar el criterio legal en materia de responsabilidad. Pero coincidiendo con CASAS VALLÉS⁹⁷⁷ y en similar sentido con PANTALEÓN,⁹⁷⁸ debemos entender que existen otras actividades de idéntica y mayor importancia que aquellas que despliegan los MMC y que difícilmente podrían sustraerse a la tendencia de objetivar su responsabilidad cuando medien actividades riesgosas. Una empresa farmacéutica, por ejemplo, difícilmente se libraría de responder de los perjuicios causados por una vacuna o medicamento defectuoso o de efectos nocivos insospechados, alegando que en las investigaciones anteriores a su comercialización actuó con la diligencia exigible. Seguramente respondería aun en el caso de haber actuado con todas las precauciones. Las empresas de comunicación demandan, en cambio, sustraerse a esta tendencia. Su razonamiento es simple. Estamos, parecen decir, al servicio de una institución fundamental en una sociedad democrática (la opinión pública libre) y si se nos obliga a constatar las informaciones de manera exhaustiva, y a responder en caso de que no sean rigurosamente ciertas, podría suceder que nuestra actividad dejase de ser rentable. El mensaje que lanzan resulta obvio: sin rentabilidad de las empresas de comunicación no hay democracia. En suma: los medios de comunicación social deben asumir el riesgo que representan posibles inexactitudes sustanciales como una consecuencia propia de la actividad por ellos desplegada.

No creemos que los MMC, con el poder desproporcionado que ostentan y considerando su difusión, expansión, masividad de recepción y su condición de formador de la opinión pública, de

⁹⁷⁷ CASAS VALLÉS, RAMÓN: “*Sobre la libertad...*”, *cit.*, p. 195. Una empresa farmacéutica, por ejemplo, difícilmente se libraría de responder de los perjuicios causados por una vacuna o medicamento defectuoso o de efectos nocivos insospechados, alegando que en las investigaciones anteriores a su comercialización actuó con la diligencia exigible. Seguramente respondería aun en el caso de haber actuado con todas las precauciones. Las empresas de comunicación demandan en cambio sustraerse a esta tendencia. Su razonamiento es simple. Estamos —parecen decir— al servicio de una institución fundamental en una sociedad democrática (la opinión pública libre) y si se nos obliga a constatar las informaciones de manera exhaustiva —y a responder en caso de que no sean rigurosamente ciertas— podría suceder que nuestra actividad dejase de ser rentable. El mensaje que lanzan resulta obvio: sin rentabilidad de las empresas de comunicación no hay democracia. El idéntica ejemplificación podríamos decir de los daños causados en accidentes de tránsito ocasionados por una ambulancia pública o bomberos, etc.

⁹⁷⁸ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “*La constitución, el honor...*”, *cit.*, p. 1692.

creencias y opiniones, deba ser tratado con privilegios injustificados o justificar sus errores y los daños que de su actividad deriven, en honor de la libertad de expresión-información.. Pues en idéntico sentido y haciendo un paralelismo, y a modo de ejemplo, un sujeto que circula en un vehículo motor que sobrepasa un paso de cebra en unos centímetros y como consecuencia de ello, lesiona a un sujeto, debe responder, aunque haya tomado todas las medidas de seguridad. Porque no lo deberían hacer los MMC que lesionan el honor, la intimidad o la imagen por sobrepasarse en unas líneas, al igual que el paso de cebra, en la situación de un vehículo que lesiona un derecho.

Por ello creemos fundamentalmente en la necesidad jurídica y material, que los MMC asuman el riesgo que representan los posibles errores o inexactitudes, como una consecuencia propia y necesaria de la actividad por ellos desplegada. La base sobre la que desarrollamos nuestra postura, en el derecho argentino, parte sosteniendo que el criterio del riesgo debe ser entendido como una modalidad o forma, en la que se desarrolla la actividad de los medios en la actualidad. No sustentamos que la actividad de informar sea riesgosa genéricamente, sino cuando la misma es desarrollada con carácter empresarial.⁹⁷⁹

Asimismo opinamos que cuando la libertad de expresión-información, es ejercida empresarialmente, el primero de los derechos que está ejercitando es la libertad de empresa; y como objeto de esta libertad surge la libertad de expresión-información pragmáticamente hablando.⁹⁸⁰ Lógicamente, y así lo ha manifestado el TC, para que surja el derecho a la libertad de empresa en el ámbito informativo, debe haber libertad de expresión; por ello, de este último derivaría el derecho consagrado en el art. 38 CE. En la actualidad creemos que en vez de libertad de prensa, debemos hablar de libertad de empresa, como las dos caras de una moneda y con las connotaciones que surjan de ello.

Para aquellos que no quieren aún despojarse del criterio subjetivo, sostenemos además que la responsabilidad por riesgo no es incompatible con una mínima existencia de dolo o culpa por parte del informador. ***La realidad demuestra que siempre es dable atribuirle un mínimo de***

⁹⁷⁹ Coincidiendo con ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE: “La noción de...”, *cit.*, creemos que el carácter riesgoso de la actividad deviene de circunstancias externas, de persona, tiempo y lugar, que la tornan peligrosa para terceros. Estas circunstancias y su riesgo conforme a la actividad, deben ser proyectados en abstracto, analizando el grado de previsibilidad del daño conforme la naturaleza y circunstancias de la actividad desplegada y con prescindencia del juicio de reprochabilidad de la conducta del sindicado responsable. Por ello, si sobre esta base concurre una clara probabilidad genérica y abstracta de eventuales perjuicios, funcionaria el factor objetivo de atribución en caso de daño.

⁹⁸⁰ El TC ha sentado que el derecho de crear y gestionar empresas deriva directamente de la libertad de información y no del derecho que surge del art. 38 CE. Jurisprudencia recogida en la exposición de motivos de la LO 2/1997.

reproche subjetivo, lo que ocurre en el derecho argentino a través de la teoría del riesgo creado,⁹⁸¹ y en nuestra hipótesis de trabajo en el derecho español, es que la LO 1/82, hace abstracción de toda valoración subjetiva por parte del profesional de la información, pues toma en cuenta los elementos determinantes externos, que son los que justifican dicha solución. Ambos criterios transitan por caminos paralelos y concluyen en una idéntica finalidad: la plena satisfacción a la víctima.⁹⁸³

La respuesta que el desarrollo de la ciencia del derecho ante una nueva realidad, fue la “teoría del riesgo”, como fundamento de una responsabilidad objetiva. Se avanza hacia la objetivación en distintas áreas de la responsabilidad civil, con el paulatino aumento de las hipótesis comprendidas como el riesgo, la garantía, el abuso del derecho, la equidad, el exceso en la normal tolerancia o la solidaridad social. Por otro lado, también se ha acrecentado la posibilidad de reclamar a los legitimados activos y pasivos⁹⁸⁴ haciendo tambalear los mecanismos procesales tradicionales como la legitimación y la acción individual.

6.4.2 ABUSO DE DERECHO

El abuso del derecho⁹⁸⁵ es un ejercicio anti funcional de un determinado derecho propio, que contraría lo razonable y lo justo. Para que se configure se requiere que un derecho sea ejercido de un modo injusto, inequitativo o irrazonable, con afectación de los derechos de otros. Contamos

⁹⁸¹ Dice el ex art. 1113 CCA 2o. párrafo, 2a. parte: “pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad (la norma alude al dueño o guardián) acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe responder” (texto según ley 17.711).

⁹⁸² En la doctrina argentina existen dos corrientes doctrinarias: una se atiene a los términos de la ley y a su interpretación histórica y, en consecuencia, entiende que, de *lege lata*, no es posible extender la aplicación del ex art. 1113 del CCA a estos supuestos, si bien, de *lege ferenda*, se pronuncia en favor de la modificación del mencionado artículo. Otra, en cambio, confiere fuerza expansiva a la imputación por riesgo, e incluye este tipo de actividad, como lo sostiene KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA Y PARELLADA, CARLOS: en “Factores objetivos de atribución”, en *Responsabilidad civil*, director J. Mosset Iturraspe, Hammurabi, Buenos Aires, 1992, p. 199.

⁹⁸³ Asimismo la prueba del elemento subjetivo puede tener importancia para la víctima, aun dentro del contexto de la responsabilidad objetiva, ello sucede cuando existe dolo, lo que incrementa el resarcimiento y frena la posible morigeración por equidad.

⁹⁸⁴ Esta tendencia se evidencia en el derecho argentino, por ejemplo, en el caso del daño ambiental, donde se reconoce la posibilidad de acceder a la justicia, a los portadores de un interés difuso, sin perjuicio de legitimar a las asociaciones intermedias, como lo podría ser también en el caso de daños producidos por el mal ejercicio del derecho a la información, tanto el aspecto activo como también y de manera fundamental en el pasivo (sociedad).

⁹⁸⁵ De acuerdo a lo que surge de la letra de los arts. 10, 11 y 14 CCyCA, en el marco del enunciado del principio general de este título preliminar, se consideran tres supuestos diversos de regulación en materia de abuso: a) El “abuso del derecho”, concepto desarrollado largo tiempo por nuestra doctrina y jurisprudencia e introducido en el sistema normativo de derecho privado argentino en el año 1968, que puede generar una afectación ya de derechos individuales, ya del ambiente y de derechos de incidencia colectiva en general (art. 14, último párrafo). b) Las “situaciones jurídicas abusivas” (art. 10, párr. 3), en las que el abuso es el resultado del ejercicio de una pluralidad de derechos que, considerados aisladamente, podrían no ser calificados como tales, pero que sí presentan tal perfil cuando se contemplan las circunstancias generales de los vínculos entre los sujetos involucrados; y c) El “abuso de posición dominante en el mercado”, al que se refiere el art. 11 CCyCA.

con un concepto normativo, pues el propio CCyCA indica que debe considerarse ejercicio abusivo a aquel que: a) contraría los fines del ordenamiento jurídico; b) excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Ambos supuestos, que aluden a conceptos que deben ser objeto de interpretación en cada caso concreto, deben ser valorados en forma dinámica, pues la determinación de lo que es o no abusivo no puede quedar cristalizada al tiempo de la sanción de la norma.

Surge en el derecho argentino un línea doctrinal que acepta como hipótesis residual un factor objetivo de atribución, por aplicación de la doctrina del abuso del derecho (ex art. 1071 CCA). En este sentido quien transgrede funcionalmente fuera de los límites que el ordenamiento jurídico reconoce al derecho de emitir ideas y opiniones, puede, bajo ciertas circunstancias, incurrir en un ejercicio abusivo del derecho, idóneo para generar consecuencias resarcitorias.

La posición subjetivista moderada mencionada ut supra es la sostenida por ZAVALA DE GONZÁLEZ, que reconoce que pueden configurarse importantes supuestos de responsabilidad objetiva, entre los que incluye a los ya mencionados del abuso del derecho (ex. art. 1071 bis, CCA y 10 CCyCA) y de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente.⁹⁸⁶ La autora admite, además, otros supuestos de responsabilidad objetiva de los medios de prensa, entre los que incluye a la responsabilidad con fundamento en la equidad, por aprovechamiento económico de una información errónea y nociva, aunque se la haya brindado por error excusable (ex art. 907, párrafo 2, CCA) [...]. Y a la responsabilidad del titular de la actividad por fallas en la organización del servicio, ya sean humanas o de carácter material.

ANDRADA, quien encuadra la responsabilidad de los medios bajo la órbita de la doctrina del factor objetivo abuso del derecho (ex. art. 1071, CCA y actualmente en su art. 10 CCyCA),⁹⁸⁷ salvo en el ámbito de la crítica política, donde regiría el principio de la culpa.⁹⁸⁸

⁹⁸⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE: *Resarcimiento de daños...*, cit., pp. 267 y ss.

⁹⁸⁷ Art. 10 CCyCA abuso del derecho. “*El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal el que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. El juez debe ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o de la situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización*”. A diferencia de lo que ocurría con la regulación contenida en el ex art. 1071 CC, la nueva norma no hace referencia a los fines tenidos en cuenta al reconocerse el derecho, sino a los fines del ordenamiento, generando una valoración dinámica de los supuestos de abuso. Posibilita así una interpretación evolutiva, no cristalizada respecto del tiempo de la generación del enunciado normativo, legal o convencional; una mirada que comprende también los fines sociales del ordenamiento y la función ambiental de los derechos subjetivos y que guarda coherencia con los criterios de interpretación establecidos en el art. 2º CCyCA.

⁹⁸⁸ ANDRADA, ALEJANDRO, *op. cit.*, pp. 235 y ss.

6.5 APARIENCIAS, MITOS Y REPARACIÓN

Consideramos oportuno, lo expresado por MAQUIAVELO,⁹⁸⁹ en su obra cumbre, *El príncipe*, “*Todos ven lo que aparentas, pero pocos advierten lo que eres*”. *Mutatis mutandi*, es lo que podríamos predicar del criterio de imputación imperante en los daños al honor, la intimidad y la propia imagen derivado de la actividad que desarrollan los MMC. Pues en palabras de VON IHERING “*El derecho es como un Saturno devorando a sus hijos; no le es posible renovación alguna sino rompiendo con su pasado*” y nosotros le agregaríamos, “*cuando éste lo puede condicionar negativamente*”.⁹⁹⁰

Llegada esta instancia, es más que sentada la postura mayoritaria respecto a los factores de imputación atribuida al criterio subjetivo de imputación y sustentada en la aplicación del criterio base de imputación establecido por el art. 1902 CCE, más allá de la postura de algunos que sostienen lo contrario. IZQUIERDO TOLSADA expresa que, al omitir la LO 1/82 referencia alguna a la culpa en su articulado, cree posible que la aplicación y sustento doctrinal por uno u otro sistema resultan válidos, aunque nuestra línea de investigación defiende la aplicación de un criterio objetivo.⁹⁹¹

Entendemos necesario replantear el criterio de imputación por los daños derivados por la actividad que desarrollan los MMC, conforme todos los argumentos de sustentación dados. ***Por ello, si la LO1/82 omite la culpa, y los elementos determinantes de atribución no están centrados fundamentalmente en ésta, habiendo mutado todos los argumentos de sustentación de un sistema de responsabilidad pro prensa, nos quedan escasos argumentos a favor de un criterio subjetivo.***⁹⁹² ***Por ello, ¿creemos aún mantener este criterio ante las múltiples refutaciones y débiles fundamentos normativos y sociológicos de sustentación? ¿Podemos mantener un criterio subjetivo, condicionado por el mito atemorizante de la reparación? ¿Cómo sostener conforme el carácter estrictamente compensatorio y no punitivo de la responsabilidad civil en***

⁹⁸⁹ MAQUIAVELO, NICOLÁS: *El Príncipe*, reedit. por edit. Thomson, Buenos Aires 2000, p. 76 y ss.

⁹⁹⁰ VON IHERING, RUDOLPH: *La Lucha por el derecho*, Doncel, Madrid, 1976.

⁹⁹¹ IZQUIERDO TOLSADA MARIANO: “La responsabilidad civil de los profesionales” (una selección de aspectos problemáticos), p. 12, ponencia presentada en el Congreso constituyente de la asociación española de abogados especialistas en responsabilidad civil y seguros. El autor expresa “*Las empresas periodísticas suelen argüir para aplaudir esta solución...Y no les falta razón, pero que no añadan como suelen hacer los grandes girifaltes del periodismo, que es justo ese el sistema que se deduce de la constitución (ni que sería inconstitucional un sistema de responsabilidad objetiva). Que no lo añada, pues el art. 20.1d CE no dice eso. Claro que como tampoco dice lo contrario, siempre se puede argumentar que tampoco la LO 1/1982 exige la culpa o negligencia del agresor. Y, puestos a que no lo exija, tan legítimo es defender que, ante la ausencia de una específica previsión legal, entonces debe regir el sistema subjetivo general, como defender lo contrario*”.

⁹⁹² Remitirse al capítulo donde desarrollamos la mutación histórica, teleológica, funcional, económica y sociológica del ejercicio de la libertad de expresión e información.

nuestro derecho, que la aplicación de un criterio objetivo constituiría un menoscabo económico y sustancial a la libertad de expresión e información? ¿Consideramos justo tercerizar el daño en los particulares? ¿Resistiría el criterio subjetivo de imputación un análisis libre de preconceptos, considerando la modalidad de prensa actual? ¿Podríamos hermanar los nuevos criterios de responsabilidad social de la empresa, conforme a estos criterios?

Creemos en la viabilidad de aplicar un criterio de imputación objetiva por daños al honor, la intimidad y la propia imagen por aplicación sistémica de la CE y la LO1/82, considerando especialmente la modalidad en que desarrollan su actividad los MMC y los profesionales de la información.

Los que se contentan con analizar las cosas superficialmente, observando pasivos sólo la punta del iceberg, no pueden tener la menor idea del veneno que desde la raíz sube a la copa. En definitiva, entendemos que resultan antojadizo mantener un criterio de atribución de responsabilidad subjetivo cuando la LO 1/82 dice todo lo contrario, cuando los argumentos que dieron origen a un criterio subjetivo de protección carecen de sustento fáctico en la actualidad, donde la posverdad ha tomado gran relevancia.

6.6 NUESTRA TESIS. LA OBJETIVACIÓN DE LOS DAÑOS GENERADOS POR LOS MMC

El esquema clásico de la responsabilidad fundado en la culpa, como elemento central en la imputación de responsabilidad por daños al honor, la intimidad y la propia imagen, derivada de la actividad que desarrollan los MMC, ha demostrado no ser del todo suficiente para dar las respuestas justas a los problemas planteados por una nueva economía globalizada y el incremento de las asimetrías en las obligaciones y los daños derivados de esta actividad.

BUSTAMANTE ALSINA, expresaba: *“La revisión del sistema de la responsabilidad civil no significa dar vuelta a las cosas, ni destruir los cimientos para edificar uno nuevo. Significa ampliar las fronteras de la responsabilidad civil, más allá de la culpa, sin excluirla ni desecharla”*.⁹⁹³ *En ese sentido, la evolución del sistema de responsabilidad civil ha venido desarrollando nuevas líneas de crecimiento, como la ampliación de los daños indemnizables, la admisión de la resarcibilidad de los daños lícitos,*⁹⁹⁴ *prescindiendo de la antijuridicidad, para*

⁹⁹³ BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: *Responsabilidad civil y otros estudios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 235.

⁹⁹⁴ En Argentina, así sucede en el caso de la responsabilidad por daños ocasionados por la actividad lícita del Estado (por ejemplo, en las hipótesis de expropiación por causa de utilidad pública, la destrucción de bienes por causas sanitarias, las servidumbres administrativas, la rescisión unilateral de los contratos administrativos, la revocación de

centrar el sistema en el daño injustamente sufrido por la víctima, y no en el injustamente causado.⁹⁹⁵ Este criterio no significa que siempre deba ser resarcido todo daño. Lo que se pretende es evitar el abandono de la víctima a su suerte, forzándola a quedar sin resarcimiento, cuando no se puede demostrar las connotaciones negativas del psicologismo del obrar dañoso.⁹⁹⁶

Todo ello nos lleva a replantearnos muchos de los aspectos de la responsabilidad, procurando una evolución o una re significación de conceptos. En este sentido y con insistencia, entendemos que considerando la modalidad en que desarrollan su actividad los MMC y su conflicto permanente con los derechos de la personalidad, resultaría incomprensible que al momento actual, no haya aplicado efectiva y expresamente un factor de atribución que resulte a todas luces más acorde a la nueva realidad. Consideramos que el aumento de los daños causados por la era de la comunicación, debe ir acompañado por un criterio de responsabilidad acorde a las nuevas problemáticas. Pareciera que el auge vertiginoso del derecho de daños ha sido anestesiado en este ámbito experimentando una absurda e injustificada detracción.

Los criterios de responsabilidad civil mayoritariamente aceptados, tanto por la doctrina⁹⁹⁷ como por la jurisprudencia,⁹⁹⁸ se edifican en base a un criterio subjetivo, donde la conducta esta postulada como elemento central de la imputación. En idéntico sentido el CCE construye su

autorizaciones administrativas, la realización o remodelación de obras públicas, la desafectación del destino de uso público, las leyes no inconstitucionales que, sin llegar al extremo de la expropiación, generan la obligación de resarcir los daños, los hechos del príncipe o hechos del soberano, etcétera. ALTERINI, ATILIO, *Lesión al crédito y responsabilidad del estado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 68 y ss. Las III jornadas sanjuaninas de derecho civil (1986) declararon que: "...la obligación de reparación del daño causado comprende tanto el derivado de los actos ilícitos como igualmente de los lícitos" (comisión IV, rec. I-1). En un reciente fallo, de la CSJN tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto, recordando que: "...el presupuesto básico para que se configure la responsabilidad del Estado por su accionar lícito, consiste en que dicho obrar haya producido una lesión a una situación jurídicamente protegida" (del voto de los doctores Boggiano y Petracchi). CS, 15 de agosto de 1995, Revestek S.A., Banco Central de la República Argentina y otros.

⁹⁹⁵ ALTERINI, ATILIO- AMEAL, OSCAR Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO *op. cit.*, p. 150, señalan como una moderna tendencia en la responsabilidad civil, la circunstancia en que "se diluye el requisito de la antijuridicidad, consagrado en términos rigurosos por el artículo 1066 del Código Civil".

⁹⁹⁶ ALTERINI, ATILIO Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO: "Mecanismos alternativos de la responsabilidad", *DJ* 1990-1, 977, p. 216.

⁹⁹⁷ En el derecho español encontramos a DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO: *Tratado de responsabilidad Civil*, Civitas, Madrid, 1993, p. 16. Para este autor la responsabilidad es subjetiva y excluye cualquier posibilidad de objetivizar lo formulado por la LO 1/82 y expresa: "En nuestro derecho al igual que en la de otros países, la fórmula de responsabilidad objetiva se ha ido implantando en ciertos sectores de la actividad humana, caracterizados por su intrínseca peligrosidad". HERRERO TEJEDOR, FERNANDO: *Honor, intimidación...*, *cit.*, pp. 138 y 232 punto 23 de las conclusiones; ROVIRA SUEIRO, MARÍA E: *Responsabilidad civil derivada...*, *cit.*, pp. 224 a 235; SORIA, CARLOS: *op. cit.*, p. 104 y ss; DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA, *La verdad...*, *cit.*, p. 82 y ss; MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *op. cit.*, p. 82 y ss; DIEZ-PICAZO, LUÍS Y GULLÓN BALLASTEROS, ANTONIO: *Instituciones de derecho civil*, v. I, Tecnos, Madrid, 1995, p. 853; SALVADOR CODERCH, PABLO, *El mercado...*, *cit.*; *El derecho de la libertad*, *cit.*; "Comentario a la STS...", *cit.*, p. 798. En esta última expresa: "El privilegio constitucional de la libertad de expresión, entendido en nuestro derecho como algo que excluye la responsabilidad objetiva..."

⁹⁹⁸ Por nombrar algunas sentencias STS 5 de julio de 1999 RAJ 5898, STS 20 de noviembre de 1999 RAJ 36784, 13 de mayo 2000 RAJ 1206, 8 de mayo de 2001 RAJ 2598.

esquema de responsabilidad civil sobre un sistema de base o de cierre fundado en la culpa lo que plantea numerosos problemas a la hora de aplicar un criterio objetivo de imputación. En este sentido, resulta curioso y hasta inquietante como la jurisprudencia de forma tácita ha pretendido establecer dos factores de atribución con aplicación simultánea y paralela, generando un trato jurídico pendular, atento la condición de persona en pública o privada.

Esta situación puede generar, en muchos casos, la sustracción de una actividad riesgosa del amparo de una norma de carácter especial. Por ello no deben sorprender las profundas contradicciones en la jurisprudencia, a la hora de aplicar un criterio de atribución acorde a las circunstancias; donde se entremezclan elementos como la imputación objetiva y el reproche fundado centralmente en la culpa.⁹⁹⁹ Sostener un criterio subjetivo en este ámbito supone mantener una protección infundada sobre los MMC, lo que se materializa primeramente en beneficios económicos evidentes, desde el momento en que se traslada los costes de posibles inexactitudes a los damnificados. No creemos en el absurdo capricho de consentir un privilegio inexistente a favor de los MMC, anestesiando directamente los factores de imputación, graficándolos como una mera diligencia del profesional de la información; y negándole trascendencia al resultado final. Situación que escapa a los fundamentos jurídicos, económicos y sociológicos. Resulta interesante lo expresado por YZQUIERDO TOLSADA,¹⁰⁰⁰ quien acepta las objeciones y argumentos extrajurídicos (mayor exigencia diligencia del profesional, implica menor rentabilidad económica de la empresa, y consiguiente menoscabo del sistema democrático) en pos de un criterio subjetivo de atribución, que favorece la actividad de los medios. Pero el autor a renglón seguido, expresa “*...pero que no añadan, como suelen hacer los grandes gerifaltes del periodismo, que es justo ese sistema que se deduce de la constitución (ni que sería inconstitucional un sistema de responsabilidad*

⁹⁹⁹ STS del 14 de diciembre de 1999, RJ 9197 y del 9 de octubre de 2000 RJ 9184 entre otras. El reproche fundado en la culpa sigue siendo el centro de la imputación, más allá de la evolución moderada que ha experimentado la jurisprudencia, aminorando esta regla y adaptando otros elementos a una realidad cuasi objetiva de imputación, pero sin alejarse del principio de la culpa, aunque esta lleve muchas veces a soluciones contradictorias y hasta injustas en algunos casos. Expresa REGLERO CAMPOS, FERNANDO: “Los sistemas...”, *cit.*, p. 189. Las contradicciones entre los elementos de imputación son considerablemente visibles. Y citando a la STS del 9 de octubre de 2000 en relación a ello dice: “*El art. 1902, ha sufrido un evolución jurisprudencial, que manteniendo un fondo de reproche en la culpa, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal, ya que se subsume en la causa del daño la existencia de la culpa. En las dos últimas décadas esta sala ha mantenido que la persona que causa un daño lo hace por dolo o por culpa, pues de no haber una u otra, no había causado-nexo causal- el daño, asimismo, ha tomado consideración, cada vez más de la omisión como causa del daño y se ha referido reiteradamente a la negligencia omisiva*” el mismo expresa: “*No puede hablarse del mantenimiento del reproche fundado en la culpa, cuando se viene a decir, que la existencia del daño implica necesariamente una acción u omisión dolosa o culpable; requiriéndose tan solo la prueba de la relación causal. Esto solo puede hacerse mediante la aplicación de un criterio de atribución objetiva de responsabilidad, que solo requiere, la imputación causal, sin el consiguiente test de imputación subjetiva*”.

¹⁰⁰⁰ YQUIERDO TOLSADA, MARIANO: “Daños a los derechos...”, *cit.*, p. 1122.

objetiva). Que no lo añadan, pues el art. 20.1 d) CE no dice eso. Claro, que como tampoco dice lo contrario, siempre se puede argumentar que tampoco la LO 1/82 exige la culpa o negligencia del agresor. Y puestos a que no la exija, tan legítimo es defender que, ante la ausencia de una específica previsión legal, entonces debe regir el sistema subjetivo general como defender lo contrario”.

Como es deducible de nuestros argumentos precedentes, concebimos no sólo en lo teórico, sino también en lo práctico, aconsejable la aplicación de un criterio que tienda hacia la objetivación por los daños inferidos por los MMC,¹⁰⁰¹ por intromisiones ilegítimas al honor, la intimidad y la propia imagen; más allá desde dónde encasillemos la objetivación y el consiguiente deber de reparación.¹⁰⁰²

En este sentido, lo que interesa es el carácter objetivamente ilícito de la lesión causada,¹⁰⁰³ elemento omitido, en reiteradas ocasiones a la hora de determinar la responsabilidad. Los

¹⁰⁰¹ En la corriente doctrinal objetiva encontramos a ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho...*, cit., p. 508 y ss, para quien la LO 1/82 constituye una excepción al principio consagrado en el art. 1902, por lo cual dicha ley es de carácter positivamente objetiva. ESTRADA ALONSO, EDUARDO, *op. cit.*, p. 60 y 61; O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: *Libertad de Expresión...*, cit., p. 206 y ss; SARRIÓN, DE ÁNGEL MARTÍNEZ, *op.cit.*, p. 227. Para estos autores el ilícito por intromisiones ilegítimas que se configura en la LO 1/82 coincide en su aplicación con el sistema de responsabilidad objetiva. Para estos solo basta la intromisión ilegítima, sin consideración de conductas culposas o negligentes a efectos de la obligación de reparación. En una postura ecléctica encontramos a LÓPEZ JACOÍSTE, JOSÉ JAVIER: “Una aproximación...”, cit., p. 1097 a 1099. Este considera que la LO 1/82 es una adición al 1902 CCE, por lo que el requisito de la culpa o negligencia implícitamente estaría exigida; pero por otra parte la intensificación de las consecuencias de la responsabilidad en virtud del respeto que merece el área moral ajena, acorde al contexto social creciente de la responsabilidad objetiva; El elemento subjetivo de la culpa, entendido en esencia y entidad, tiende a perder mucho de su tradicional valor como presupuesto independiente. Más allá que los tribunales hacen alusión a su valor, en muchos casos entremezclados con otros argumentos, en las decisiones jurisprudenciales. Pero tratándose la proporción en ínfima cuando se trata de daños morales. Y textualmente expresa **“Los atentados a la dignidad de la persona suelen ser apreciados sin apenas plantear ni considerar la actitud subjetiva de quien los genera. Y se comprende que así sea, pues la expoliación de la dignidad ajena es acaecimiento que se centra en el agraviado, respecto de cuya posición jurídica habrá de apreciarse. Toda difamación se constata por la pérdida de conceptualización objetivamente inferida a otro, lo cual contraviene el principio general *nomen in laedere*, de suerte que encierra antijuridicidad per se”**.

¹⁰⁰² Dentro del criterio de la responsabilidad, encontramos a quienes lo sustentan sobre la base del abuso de derecho, responsabilidad por el dependiente, riesgo creado, equidad, etc.

¹⁰⁰³ Sugerimos la lectura del magnífico trabajo, de quien ha sido pionero en el estudio del derecho de daños, como instituto particular y profesor de esta casa de estudios, LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a la patria potestad”, en *Estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969, pp. 325 y 327. Expresa en referencia a la distinción entre responsabilidad subjetiva y objetiva, **“Una verdadera responsabilidad civil. Si por tal entendemos la reacción del ordenamiento frente al daño antijurídico, no cabe duda de que lo es y en su sentido más técnico y preciso, pues el incapaz puede realizar actos dañosos objetivamente ilícitos, es decir, contrarios a la norma, aunque solo sea por acción materia... al calificar de objetiva la responsabilidad no nos estamos refiriendo a aquellas cuyo razón de ser se encuentra en el clásico principio *ubi cómoda ibi et incommoda*, o (este agregado es nuestro-qui est commodun debet esse etiam in incommodo) ya que la creación del riesgo presupone una actuación voluntaria y libre dentro de cierta esfera de actividad previamente acotada por el ordenamiento, lo que por hipótesis no ocurre en nuestro caso. Se trata tan sólo de señalar qué ley prescinde de culpa como criterio para la imputación de daño. Ahora bien, si ni esta ni el riesgo son los factores determinantes del deber de reparación, lo único que cabe tener en cuenta es “la utilidad social contingente, es decir, las condiciones equitativas”...el deber de indemnizar que pesa sobre el incapaz, no nace en**

fundamentos de aquellos que sustentan el criterio subjetivo a ultranza de responsabilidad, más que nutrirse en sus propias bases *fundan éstas en el temor por las posibles consecuencias derivadas de la disminución de la cantidad de información y las posibles indemnizaciones millonarias*¹⁰⁰⁴ *derivadas de la posible aplicación de un criterio objetivo (más allá de que en nuestro derecho no existe el instituto de los punitive damages), entre otros argumentos menores.*¹⁰⁰⁵

Creemos que se debe centrar la atención en los elementos de delimitación, que dan entidad al verdadero sentido de la ley, en vez de centrar el interés en el resarcimiento o reparación del daño, como si estos fueran previos al daño, lo que conduciría, indefectiblemente, a un mecanismo de razonamiento lógicamente inverso.¹⁰⁰⁶

Uno de los mayores defensores del criterio subjetivista es nuestro calificado jurista SALVADOR CODERCH, quien funda su postura en la proyección legal del análisis económico del derecho y sus consecuencias.¹⁰⁰⁷ Para nosotros, que postulamos un criterio objetivo en este ámbito del derecho, las afirmaciones del maestro no dejan de ser a nuestro criterio rebatibles.¹⁰⁰⁸

función de esa razones o condiciones equitativas, sino que se fundamenta en baso al carácter objetivamente ilícito de la lesión causada. La equidad no desempeña aquí sino un papel de instrumento moderador de la reglas o criterios generales sobre el resarcimiento de daños en orden a su adecuación a la "justicia del caso concreto".

¹⁰⁰⁴ Entre los que sostienen este argumento encontramos a SALVADOR CODERCH, PABLO: *El mercado...*, cit., pp. 249 y 250.

¹⁰⁰⁵ Las cursivas son nuestras. En este mismo sentido se expresó PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, "La constitución, el honor...", cit., p. 1690.

¹⁰⁰⁶ Implementar este mecanismo sería como realizar inversiones monetarias, conforme la posibilidad de ganar la lotería en una semana. El ser determina las consecuencias y no las consecuencias al ser.

¹⁰⁰⁷ SALVADOR CODERCH, PABLO, *El mercado...*, cit., pp. 249 y 250. Siguiendo la corriente que caracteriza a la Universidad Pompeu Fabra, se enrola en la fórmula de análisis económico del derecho, de lo que deduce las consecuencias posibles de un criterio alejado de la culpa, cuando expresa "Un canon o Standard de responsabilidad objetiva tiene un efecto restrictivo de la cantidad de información que circula en el mercado de ideas, en la opinión pública que, en cambio, no existe – o no en la misma manera- bajo uno de negligencia. La responsabilidad objetiva restringe los flujos de información en mayor medida que la responsabilidad culposa". Argumento que, más allá de la calificadísima pluma del maestro, consideramos inexistente. Pues yo me preguntaría, cuál de todas las actividades riesgosas en nuestro tiempo han desistido de continuar con su actividad o han reducido su productividad, por los posibles perjuicios, producto de accidentes que las mismas podrían producir. Yo afirmaré, sin lugar a dudas, que ninguna.

¹⁰⁰⁸ *Ibidem*, p. 248 a 253. Como primer argumento, el autor sugiere mediante la pregunta: ¿Pueden imputarse los costes del error –o los de la propia verificación de la información- al informante? *Nosotros nos preguntamos, ¿si no a quien, a la víctima?* Y expresa a renglón seguido: "En teoría general de la responsabilidad civil, hoy se enseña que sus reglas pueden concebirse o apreciarse desde el punto de vista de su eficacia a la hora de prevenir accidentes, de minimizar el coste de los accidentes", postura a la que adherimos. pero esta regla no induce, en ningún caso, a tercerizar en la víctima los costes de una actividad económicamente beneficiosa en detrimento de otros. Continúa el maestro con su exposición de motivos y expresa: "...en principio, el número de accidentes (en nuestro sector: de difamaciones no dolosas) es igual tanto si se sigue un sistema de responsabilidad objetiva como si se adopta uno de negligencia". Nosotros nos preguntamos si para el autor el número de accidentes sería idéntico (más allá de no haber intentado con un sistema objetivo nunca) porque no aplicar el más beneficioso tanto para la víctima como para el empresario, que para nosotros sería el objetivo, conforme lo expresamos anteriormente. Tampoco compartimos cuando expresa "...bajo un standard de responsabilidad objetiva los agentes de los daños pagan, siempre que el accidente tiene lugar sin consideración de las precauciones tomadas". Tampoco creemos que ello sea así, ya que las precauciones, constituyen los elementos legitimadores del verdadero derecho a la información, razón por la cual,

No pretendemos resistir las influencias del derecho anglosajón, especialmente en el análisis económico del derecho, que consideramos enriquecedora en casuística y práctica. Pero no podemos prescindir de los clásicos que impregnan en esencia nuestro legado romanista.¹⁰⁰⁹ En este sentido siguiendo nuestra lógica doctrinal y filosófica, debemos entender que el derecho no puede medirse en ventajas, balances o economía de responsabilidad. De allí que creamos que el análisis económico debe servir para otros aspectos del derecho, pero nunca para determinar esencialmente la atribución de responsabilidad, lo que nos llevaría a reemplazar y condicionar los factores de atribución existentes, por fórmulas matemáticas y variables económicas, situación que podría derivar en que una persona deba soportar un daño injusto solo por el hecho de que su reparación sea antieconómica, hecho o circunstancia absolutamente insostenible.

Nosotros sostenemos una interpretación armónica de la CE y la LO 1/82, dejando de lado lo establecido por el art. 1902 CCE. De todas maneras, si insisten en atarnos al CCE (sistema base de responsabilidad civil), nos adecuaremos a una buena y coherente interpretación del art. 3 CCE, a efectos de desentrañar la esencia de la LO 1/82.¹⁰¹⁰ Ahora bien, si para gran parte de la doctrina el único criterio viable sería el basado específicamente en la culpa,¹⁰¹¹ ¿por qué aceptamos en materia penal conforme el art. 212 la responsabilidad objetiva con carácter solidario del propietario de un medio de comunicación, conforme al principio “*Ubi emolumentum, ibi onus*”?¹⁰¹² ¿Qué sucede en los casos de palmaria intromisión, donde la conducta es irrelevante y aceptan

habiendo cumplido con los elementos determinantes, no cabría responsabilidad. Por ello, en una responsabilidad objetiva, las precauciones representan elemento fundamental, ya que ellas constituyen el elemento base del ejercicio de la profesión de periodista o agente de la información, o sea, las reglas técnicas o de profesionalidad de la actividad, las no pueden ser omitidas, cualquiera sea la profesión practicada. Otra de las apreciaciones del autor consiste en expresar las inconveniencias que demandarían, un criterio objetivo, ya que todos demandarían pues todos cobrarían, mientras que en la subjetiva no. Otra vez no coincidimos con el mismo, pues para nosotros la reparación no solo puede apreciarse en dinero, también consideramos, conforme el caso en coherencia con la LO 1/82 que las acciones de retractación o rectificación son elementos idóneos para este fin. Asimismo podríamos refutar la misma, expresando que, de concretarse un criterio objetivo, la implantación de baremos asegurativos y la contabilización de ellos en los costes de las empresas periodísticas, relajarían esta disputa (todas las cursivas de esta nota son nuestras)

¹⁰⁰⁹VON IHERING, RUDOLPH, *op. cit.*, p. 60 y ss. Resulta ineludible la lectura citada, sobre el valor de la lucha por el derecho por sobre un criterio materialista. “*No es el interés material atacado el que pone al individuo que recibe tal lesión en camino de reclamar una satisfacción, sino el dolor moral que le causa la injusticia de que ha sido víctima*”.

¹⁰¹⁰ Queremos dejar aclarado que no negamos la entidad del 4.3 CCE y del 1902 CCE, simplemente que consideramos que no tienen injerencia determinante, conforme nuestros argumentos respecto a LO 1/82.

¹⁰¹¹ ROVIRA SUEIRO, MARÍA E., *Responsabilidad civil derivada... cit.*, p. 226, esta expresa que el principio de la culpa se explica fundamentalmente por: 1).- Por su propio significado jurídico. 2).- Por su carácter de principio general, frente al régimen excepcional de la responsabilidad objetiva. 3).- Por la vía expansiva del código civil, como derecho supletorio ex 4.3 CCE.

¹⁰¹² BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL: “La responsabilidad civil en el proceso penal” en *Lecciones de Responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 141. RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios al código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p. 635.

excepcionalmente el criterio objetivo?¹⁰¹³ ¿Qué importancia tienen en la imputación los elementos de delimitación?

La consecuencia de ello supondría indefectiblemente la aceptación para algunos casos de un criterio de responsabilidad objetiva. Consecuencias estas que no serían suscriptas por los defensores de un criterio subjetivista acérrimo, pues podría implicar una refutación lapidaria a su propio argumento, considerando que sería de aplicación un doble factor de atribución de forma simultánea, dependiendo del sujeto pasivo o víctima de la intromisión ilegítima.

Siguiendo el razonamiento de esta corriente, para algunos casos es viable el criterio objetivo, pero debería estar estipulado expresamente o debería ser de interpretación restrictiva; situación que no condice con la realidad o mejor dicho, no está expresamente estipulada, según su línea interpretativa. Pues si no hay una expresa mención a un criterio de responsabilidad objetivo, no podríamos aplicarlo, ni siquiera para ciertos casos, ya que ello aniquilaría su mayor argumento (estipulación expresa de la ley o interpretación restrictiva). Ahora bien, si para esta corriente el criterio objetivo es aplicable para algunos casos, están aceptando, conforme al razonamiento expuesto anteriormente, la aplicación de un criterio de responsabilidad objetivo en la LO 1/82, generando un distingo que la ley no hace, por tanto el silogismo resultaría falso.

6.6.1 PREEMINENCIA DE UN CRITERIO DE IMPUTACIÓN OBJETIVO. CE Y LO 1/82

Como hemos manifestado en los capítulos anteriores, el sistema basado en el principio de la culpabilidad, criterio base del sistema de responsabilidad, constituye el criterio empleado para los daños al honor, la intimidad y la propia imagen, conforme lo expresa gran parte de la doctrina.¹⁰¹⁴ Ahora bien, cuando analizamos el por qué debe responder o cuáles constituyen los elementos que determinan la aplicación de este factor de atribución, los elementos determinantes en la consideración de atribución de actuación del sujeto activo, son más externos que los propiamente fundados en la conducta o diligencia deontológica del profesional de la información. Por ello, creemos necesario un replanteamiento del factor de atribución, direccionándolo hacia la objetivación, fundado principalmente en la aplicación de la LO1/82, pero sustentado en el desarrollo de los elementos determinantes que otorgan entidad y vitalidad al derecho, sin dejar de

¹⁰¹³ Por ejemplo cuando hay intromisión ilegítima en la intimidad de un particular.

¹⁰¹⁴ En su gran mayoría los que adhieren a la doctrina respecto a los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen se inclinan por la aplicación del criterio subjetivo de imputación. Entre ellos podemos nombrar a DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, *Tratado...*, cit., p. 160.

lado absolutamente la culpa o conducta,¹⁰¹⁵ pero no como determinante del factor de atribución de responsabilidad, sino como criterio de delimitación del derecho y reparación del daño.

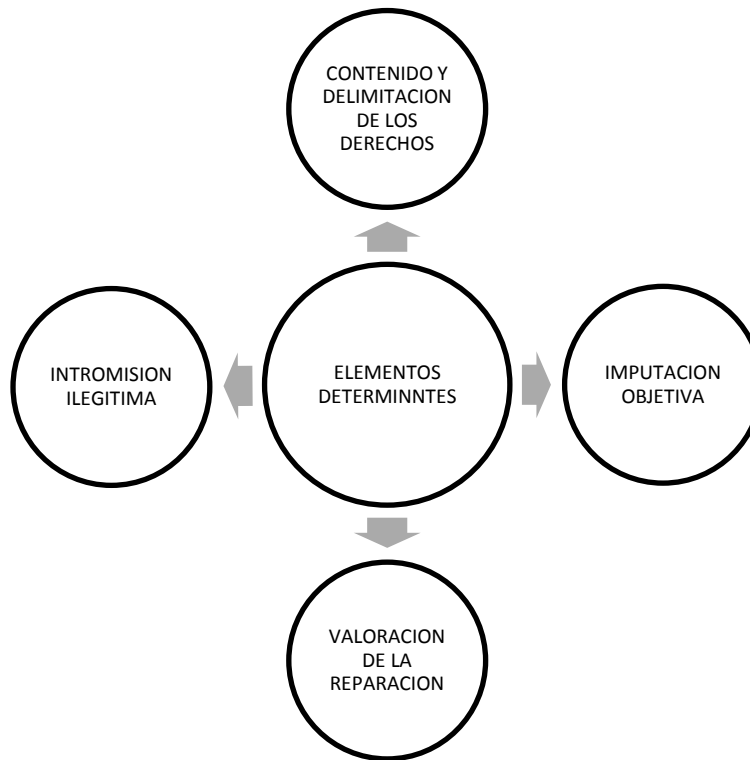
Nuestro criterio, como manifestamos anteriormente, interpreta objetivamente el factor de atribución, (conforme lo expresa la LO 1/82) por los daños que pudieren ocasionar los MMC, considerando la forma en que se desarrolla actualmente esta actividad, modalidad que ha condicionado en un principio un criterio de imputación, pero que actualmente carece de sustento jurídico y fáctico.

Consideramos que la objetivación surge de la correcta interpretación de la CE y por consiguiente de la LO1/82, entendiendo su letra en armonía con la modalidad de desarrollo de la actividad de los MMC, como riesgosa,¹⁰¹⁶ y porque, en definitiva, los que defienden un criterio subjetivo pretenden sustentarlos a través de elementos que no pertenecen a la esencia de la culpa, como lo es:¹⁰¹⁷

¹⁰¹⁵ Esta reside en la diligencia o exigencia de una *lex artis* del profesional de la información no como una mera diligencia o actitud, sino como un resultado final en el amplio sentido de la palabra.

¹⁰¹⁶ Resulta contradictoria que el derecho de daños haya avanzado en la protección de las víctimas y reparación del daño, reduciendo las relaciones asimétricas en el proceso de carga de la prueba, factores de imputación, como en materia de consumidores, productos farmacéuticos, productos defectuosos, circulación, etc. y se mantenga estancada respecto a la actividad que desarrollan los MMC, como si la aplicación de un criterio más justo, reduciría el desarrollo de la actividad como lo sostienen algunos autores o atentaría contra la democracia y el fortalecimiento de este sistema. Todo lo contrario, entendemos que lo fortalecería, el mercado de ideas tendría un criterio justo de reparación y de producción de noticias y opiniones, sustentadas en la verdad, objetividad, carentes de difamaciones. En consecuencia otras actividades donde se han desarrollado un criterio objetivo de responsabilidad, en vez de retraerse, la actividad se ha desarrollado.

¹⁰¹⁷ Partimos de la base de considerar especial y de aplicación con carácter objetivador la LO 1/82 fundando un criterio de responsabilidad objetivo. Pero para el hipotético e improbable supuesto que no fuese viable la LO 1/82 de lege ferenda seguiría siendo objetivo, Por ello si el daño es inferido por el profesional de la información sin relación con un MMC (carácter empresarial), le sería aplicable un criterio de atribución fundado en el abuso de derecho. (*Por supuesto siempre que exista un daño injustificado, lo que se producirá cuando la información no contenga los elementos necesarios que le otorgan el legítimo y real ejercicio*). Mientras que a los MMC le serían aplicables un criterio Objetivo por riesgo creado (o responsabilidad por el dependiente para el supuesto que el profesional de la información desarrolle su actividad en relación de dependencia), pero existiendo entre ellos no una responsabilidad solidaria sino subsidiaria, a efectos de evitar fraudes a terceros.



A).- La relevancia pública de la información (subjetiva u objetiva): Existe una clasificación que se desarrolla en dos ámbitos: La subjetiva, cuando nos referimos al sujeto objeto de la información; y objetiva, cuando nos referimos a la noticia como objeto. La situación de protección de algunos de los sujetos pasivos de la información, como expresamos en otro acápite, podría resultar más débil respecto a otros, pero este determinante está supeditado a una circunstancia externa o accesoria al mismo. Ésta reside en la relevancia pública o mediática de la persona.

Ahora bien, nunca podríamos justificar un menoscabo, por el solo hecho de tener dicha condición, sin antes haber analizado y considerado todos los elementos determinantes que integran este esquema de imputación.

B).- Veracidad (Subjetiva y Objetiva): La primera de ellas apunta al carácter diligente en la obtención de la información, mientras que la segunda apunta a la coincidencia entre la información y la realidad. El aspecto subjetivo de la información, fundado en el comportamiento diligente por parte del profesional de la información, no siempre puede servir de sustracción de la responsabilidad.¹⁰¹⁸ El aspecto objetivo se describe en el resultado final de la información como la identidad entre lo informado y la verdad objetiva de la misma. Por ello consideramos relevante, a

¹⁰¹⁸ LLAMAS POMBO, EUGENIO, *op. cit.*, 6 y ss.

efectos de generar responsabilidad, no sólo una conducta diligente del profesional de la información, sino que el mismo constituya un resultado final.

La información de hechos debe ser fidedigna, idónea para transmitir la realidad como es. Por “realidad” entendemos aquello “con que me encuentro y tal como me lo encuentro”. La falta de adecuación entre la realidad y lo informado priva a la noticia de exactitud. La verdad en la información, no es otra cosa que la reproducción objetiva y exacta de la realidad comunicada por el MMC. Sostenemos que la exigencia de exactitud informativa, tendría como base no solamente *el cumplimiento de ciertos deberes de diligencia por parte del informador*, sino la adecuación de lo informado al objeto.¹⁰¹⁹ Pues valorar el requisito de exactitud de la información como conducta diligente exigible a quien informa, y no como un resultado predicable de la información en sí misma, resulta olvidar el objeto del derecho de daños.

No creemos en la existencia de una “*verdad periodística*”, distinta de la verdad real. Admitir lo contrario importa reconocer, implícitamente, que el periodista, “por la múltiple existencia de verdades sobre un mismo hecho, puede informar lo que le plazca, como le parezca conveniente, o como crea que le conviene a la empresa, a cierto público o ideología determinada”.¹⁰²⁰ Asimismo, conceder tales potestades a los MMC, equivaldría a otorgarles una armadura jurídica, impenetrable a la responsabilidad, generando un privilegio que no otorga la ley.

Para nosotros, la exactitud o verosimilitud de la información, que versa sobre hechos noticiables, no puede ser ponderada como una mera actitud del informador. ***Debe constituir un resultado; y corresponde ser apreciada y valorada como tal.***¹⁰²¹ Si entre el presupuesto fáctico, que sirve de base a la noticia, y esta última no existe coincidencia (sustancial relevante), habrá falta de objetividad de su parte, y consiguientemente, lo informado será inexacto; siempre y cuando tal inexactitud sea sustancial, al punto de distorsionar la información.¹⁰²²

¹⁰¹⁹ Como puede advertirse, esta teoría necesariamente debe proyectar sus consecuencias hacia el ámbito de una responsabilidad subjetiva, basada en la idea de dolo o culpa.

¹⁰²⁰ BRAJNOVIC, LUKA: *Deontología periodística*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1978, p. 102.

¹⁰²¹ PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Responsabilidad civil de los...*, *cit.*, p. 158, el autor expresa la posible idoneidad del criterio de verdad subjetiva desde un punto de vista ético, pero desde el ámbito jurídico el enfoque debe ser contrapuesto conforme el contexto de actividad riesgosa, como sería el caso de la desarrollada por los MMC, donde frecuentemente pueden resultar lesionados derechos de terceros. Por ello, desde este enfoque, la objetividad de la información y exactitud (sustancial relevante para nosotros) constituyen verdaderos resultados, y el riesgo de error o equivocación de quien desarrolla esta actividad debe ser asumida como consecuencia de la actividad riesgosa desplegada.

¹⁰²² Vid. ATIENZA NAVARRO, MARÍA LUISA, *op. cit.*, pp. 216-233, resulta interesante el artículo a efectos del análisis de supuestos de responsabilidad sin daño.

La mayor o menor diligencia de quien informa, al tiempo de captar la realidad y traducirla en el mensaje informativo, nada agrega o quita a esta conclusión.¹⁰²³ Si no existe armonía entre el presupuesto fáctico que sirve de base a la noticia y esta última, habrá necesariamente inexactitud de lo informado; y por consiguiente, la misma sería errónea o falsa. Creemos que esta constituiría un presupuesto de imputación, conforme nuestro criterio de objetivación, siempre y cuando la información inexacta sea sustancial o relevante en un contexto general de la información.

C).- Vehículo de la Información (Subjetivo y objetivo): El primero se refiere al profesional que desarrolla su actividad a través de los MMC. Mientras que el carácter objetivo le confiere entidad a los cauces habituales, por donde la información se difunde.¹⁰²⁴ No creemos que actualmente se debe realizar una diferencia de tratamiento jurídico entre los que realzan esta actividad de forma profesional y los que no a los efectos del análisis y aplicación de los factores de imputación.

6.6.2 RESPONSABILIDAD OBJETIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL

El espíritu o alma de la ley constituye la esencia de su creación y eficacia. Una ley sin exposición de motivos o espíritu que sirva de guía de su aplicación, es como un cuerpo sin alma, carente de toda entidad pragmática. Desde nuestra tesis entendemos que la doctrina en el derecho de daños habría omitido la verdadera esencia de la LO 1/82, como ley especial generadora de un criterio objetivo de responsabilidad específico por la actividad que realizan los MMC. La omisión doctrinal del espíritu de la LO 1/82, específicamente en materia de responsabilidad civil, no solo pareciera motivada por intereses carentes de sentido de justicia, sino que hasta podría mostrarse como absurda en la actualidad, negando la aplicación de un criterio objetivo, el que solo sería posible con una interpretación restrictiva y expresa de la ley. Pero *ipso facto* reconoce casos, donde procedería este último factor de atribución, por lo que por lógica y a efectos de evitar un silogismo falso reconocerían la aplicación de ambos factores de atribución de forma conjunta para un mismo daño, dependiendo la aplicación de uno u otro, conforme el derecho en conflicto (libertad de expresión o información) y la condición del sujeto (Sujeto público o privado), situación que rechazamos.

¹⁰²³ El deber de diligencia constituye un elemento necesario del ejercicio de informar en sí mismo, propio de cualquier actividad profesional; pero no creemos que el mismo sea total eximente de responsabilidad.

¹⁰²⁴ Sugerimos la lectura del artículo de MONTÓN GARCÍA, MARÍA LIDÓN, *op. cit.*, p. 874, conforme a la clasificación de los elementos determinantes de atribución.

La finalidad de la LO 1/82 y donde debe atender el intérprete, es el desarrollo de los derechos contenidos en el art. 18.1 y 20.4 CE y por consiguiente, en un principio superior, que es el respeto a la persona contemplada en el art. 10.1 CE. En la exposición de motivos de la ley, encontramos los criterios para la determinación de la responsabilidad civil de carácter objetivo.¹⁰²⁵ Por ello, dicha ley viene a constituir un elemento fundamental y prioritario en la protección de los derechos de la personalidad, atribuyéndose protagonismo en la aplicación de sustanciación de su articulado y específicamente en lo que respecta a los criterios de atribución de responsabilidad, lo que deja en segundo plano al art. 1902 CCE.

Creemos que la creación y el espíritu de la norma, ofrece marcadas ventajas sobre la acción de responsabilidad civil. En el pasado, los daños inferido por esta actividad debían canalizarse a través de lo previsto en el art. 1902 CCE. Por el contrario con la sanción de la LO 1/82 se modifica y especializa dicha situación, determinando todos los elementos fundamentales para salvaguardar los derechos de la personalidad, y específicamente con respecto a los factores de atribución. Esta norma no previene en ningún artículo la necesidad de la culpa como elemento determinante para la imputación de responsabilidad civil. Por el contrario, solo establece de manera directa los tipos de intromisión ilegítima de manera objetiva y como está constituye causa directa de daño. En este sentido, entendemos por simple lógica jurídica que, si la ley hubiese querido establecer un criterio subjetivo, lo hubiese previsto de forma específica o referenciaría al art. 1902 CCE. Por lo que podemos afirmar que la ausencia del criterio de la culpa, y la existencia de una manifestación clara respecto a la objetivación de la misma, demuestra un claro espíritu objetivista de imputación en la LO1/82 que no amerita mayores análisis. Pues entenderlo de forma diferente constituiría una modificación extintiva o modificatoria de la ley, facultad legislativa de la cual carece el juzgador.

6.6.3 INTERPRETACIÓN ENTRE LA LO 1/82 Y EL 1902 CCE

Como expresamos anteriormente tanto la doctrina como la jurisprudencia mayoritaria, han interpretado y sostienen la aplicación de un criterio subjetivo de atribución respecto a la responsabilidad nacida de los daños al honor, la intimidad y la propia imagen, fundado en el carácter supletorio de la norma (art. 1902 CCE) el que funcionaría como norma de cierre del CCE, respecto a todo el ordenamiento; razón por la cual gran parte de la doctrina no reconoce a la LO1/82 como generadora de un factor objetivo, sosteniendo que estos daños no escaparían al sistema

¹⁰²⁵ Exposición de motivos de la LO 1/82 “Por ello, en los casos en que exista la protección penal tendrá ésta preferente aplicación, por ser sin duda la de más fuerte efectividad, si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece”

general fundado en la culpa.¹⁰²⁶ Por esta causa la doctrina ha mantenido el criterio subjetivo de atribución, recurriendo una vez más al oasis justificativo del concepto de culpa, considerando que cualquier imputación de carácter objetivo debe ser establecida de manera expresa y debe ser de interpretación restrictiva, argumentos con los que no coincidimos.

Lo curioso, sin embargo, radica en que la LO 1/82, reguladora de los derechos en cuestión, omite, en su articulado, referencia alguna al principio de la culpa, a efectos de determinar la atribución de responsabilidad por los daños inferidos en este ámbito. Al respecto, entendemos que la interpretación gramatical y sistémica de la LO 1/82, no hace referencia a la culpa como factor de atribución de responsabilidad; por el contrario, concreta un criterio objetivo de responsabilidad (intromisión ilegítima), y por su carácter de ley especial, excluiría la aplicación del 1902 CCE, como regla base de responsabilidad. Esta última es la postura que sostenemos y defendemos y hemos defendido a los largo de este trabajo de investigación.¹⁰²⁷

Consideramos que la LO 1/82 tiene aplicación íntegra como ley orgánica, con la entidad que la misma ostenta, por lo que resulta superfluo la aplicación del art. 1902 CCE como norma de cierre. Entenderla de esta forma conllevaría una contradicción.

Creemos, consecuentemente, que dibujar forzosamente una interpretación subjetiva de la LO 1/82 o restarle entidad a su letra, resulta pernicioso y deliberadamente impuesta. Resulta lógico entenderla de esta forma, pues antes de la LO 1/82, que otorga una regulación específica respecto a la protección de los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen, los daños a estos derechos estaban protegidos por el art. 1902 CCE y concordantes; razón por la cual, la presencia de la culpa o negligencia, como requisito esencial en la atribución de responsabilidad, era irrefutable. Ahora bien, con el surgimiento de la LO 1/82, creemos se relega a un segundo plano el art. 1902 CCE, en lo relativo a los presupuestos de atribución de responsabilidad, ya que estos están específicamente contemplados en la LO1/82.¹⁰²⁸ Esta prevé una enumeración de

¹⁰²⁶ STS de 7 de marzo de 1988 de RAJ 1603.

¹⁰²⁷ En sentido similar, la ley de responsabilidad por productos defectuosos 22/1994, no habla expresamente de responsabilidad objetiva, aunque sí lo hace su exposición de motivos, pero debe ser encuadrada en este sistema al no requerir la culpa del sujeto eventualmente responsable. Por ello nos preguntamos: ¿Por qué entender de diferente manera a la LO 1/82? Y ¿dónde están fundamentadas las diferencias en el título de imputación? lo que podría generar violación al principio de igualdad.

¹⁰²⁸ Obligación objetiva pura fundada en leyes especiales. En los anteriores estadios aparecía la obligación de reparar el daño con una clara tendencia objetivadora, con lo que se puede decir que estamos ante una obligación objetiva. No cabe duda que estamos ante leyes especiales, que establecen una responsabilidad objetiva. Así encontramos como ya detallamos anteriormente a la circulación de vehículos de motor, navegación aérea, energía nuclear, consumidores y usuarios y honor, intimidad, imagen. ***El artículo 18.1 CE proclama como derechos fundamentales - derechos de la personalidad desde el punto de vista del derecho civil- el honor, la intimidad y la imagen, los cuales son***

conductas, aunque no como *numerus clausus*, tipificadas como si se tratara de tipos delictivos, bajo la denominación de “intromisiones ilegítimas” y dan lugar a una indemnización por el perjuicio causado que se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima (art. 9.3).¹⁰²⁹ En este sentido no se plantea siquiera la concurrencia de dolo o culpa.

Ahora bien, ¿por qué aún no hemos prescindido de la culpa a pesar de la LO1/82? Opinamos que una interpretación de la LO 1/82 fundada en el principio de la culpa, escapa al espíritu de la misma y al principio de justicia. En este sentido (haciendo un paralelismo entre el derecho argentino y el español) conforme lo expresa FERREIRA RUBIO,¹⁰³⁰ ***“Si la ley hubiese querido sancionar las conductas dañosas ejecutadas por culpa o dolo, no hubiese sido necesario recurrir a la creación de una norma nueva. El objetivo de la ley, ha sido corregir los excesos en que incurre fundamentalmente la prensa y reparar en forma amplia los daños que surgen de tales hipótesis”***. Por otro lado, expresa: ***“No sería justo otorgar una indemnización (aunque sea por equidad) en el caso de daños involuntarios y dejar sin reparación aquellos provocados voluntariamente sin que se hubiese podido probar culpa o dolo del agente”***.¹⁰³¹

Como expresa ROVIRA SUEIRO,¹⁰³² haciendo referencia a la prevalencia del criterio subjetivo imperante en países de cimientos romanistas, ***“Podría pensarse que la atribución de tales preceptos se debe única y exclusivamente a la ausencia en los mencionados ordenamientos de una norma semejante a nuestra LO 1/82, sin embargo, a nuestro entender la mencionada***

desarrollados en la ley orgánica de 5 de mayo de 1982 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. en esta ley se establece un elenco de conductas, aunque no como numerus clausus, que son tipificadas, como si se tratara de tipos delictivos, como "intromisiones ilegítimas" y dan lugar a una indemnización por el perjuicio causado que se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima (artículo 9.3); se trata, pues, de una presunción iuris et de iure (por tanto, no es una presunción, sino una imposición legal) que impone la obligación de indemnizar siempre que se ha causado el atentado ("intromisión ilegítima") al honor, intimidad o imagen. Tal obligación tiene carácter objetivo puro; no se plantea siquiera la concurrencia de dolo o culpa. Se da la obligación de indemnizar cuando se dan los elementos de la "intromisión ilegítima" sin que se analice elemento subjetivo alguno. Antes de promulgarse aquella ley, los casos de protección al honor (no se había dado ninguno sobre la intimidad o la imagen) se fundaban en el artículo 1902 CCE como supuestos de obligación de reparar el daño causado por acto ilícito, con toda su problemática de la culpabilidad. Hoy está superado y una ley moderna, presume el daño e impone la objetividad pura.

¹⁰²⁹ A modo ejemplificativo pero no exhaustivo podemos nombrar a DE ÁNGEL YAGÜES, RICARDO: “Intromisión ilegítima, antijuridicidad, culpabilidad, daño y resarcimiento. Los sujetos activos y pasivos”; en *Cuadernos de Derecho Judicial* T XXXV, Madrid, 1993, pp. 217 a 222. Expresa con relación a la deducción de algún autor sobre la responsabilidad objetiva emergente de la interpretación del art. 9.3 LO 1/82, señala “...ese parecer solo podría admitirse si se diera por supuesto que la ley prescinde del elemento de la culpabilidad y solo adopta el de la antijuridicidad resultante de la palabra ilegítimidad”.

¹⁰³⁰ FERREIRA RUBIO, DELIA MATILDE: *El derecho a la intimidad. Análisis del art. 1071 bis del CC*, Universidad de Buenos Aires, 1982, p. 143. Más allá que la autora se refiera al derecho argentino, entendemos que le cabe específicamente dichas expresiones a la situación en el derecho español.

¹⁰³¹ *Ibidem*.

¹⁰³² ROVIRA SUEIRO, MARÍA E., *Responsabilidad civil derivada...*, cit., p. 235.

ausencia implica, de algún modo, la idoneidad del código para la regulación de este tipo de ilícitos". Analizando las palabras de la autora nos preguntamos: ¿El CCE, a diferencia de los foráneos, no es idóneo para resolver por sí mismo estos tipos de daños? ¿La creación de la LO 1/82 no detentaría el carácter de especial con un criterio de imputación propio? Y si no es así, ¿Cuál sería la razón de su existencia, vitalidad, aptitud y sentido de ser? Preguntas que resultarían de difícil contestación desde las expresiones vertidas por la autora.

Sostenemos que no conceder el valor de ley especial que tiene la LO1/82 sería vaciarla de contenido y tornarla inerte. O deberíamos entender lo establecido en el CCE como supletorio, ante las posibles lagunas que surjan de la LO 1/82. Situación que creemos no se daría con respecto a los criterios de imputación que surgen de la LO 1/82.

La LO 1/82 desarrolla el contenido los arts. 18.1 y 20.4 CE. Acogiéndonos como primera deducción a los parámetros constitucionales y como bien lo manifiesta el art. 53.1 CE y concordante 81 CE,¹⁰³³ las leyes orgánicas constituyen el instrumento regulador, en lo relativo al contenido de los derechos fundamentales. Por ello, como primera premisa debemos expresar la viabilidad unívoca de la LO 1/82, como elemento dominante en el desarrollo del art. 18.1 CE. ***Por ello, la LO 1/82 constituye en sí una normativa especial que excluye el rango de aplicación del art. 1902 CCE¹⁰³⁴, respecto al factor de atribución de responsabilidad.*** En este sentido y de forma general la diferencia existente entre las leyes ordinarias (normas penales, laborales, administrativas) y las leyes orgánicas, determina su ámbito de aplicación. Las primeras sólo protegen a los bienes de la personalidad de manera mediata o indirecta, ya que están fundadas en un principio de comunidad y no de personalidad, mientras que las segundas tienen rango de aplicación preeminente cuando están en juego derechos fundamentales, razón por la cual su normativa determina los elementos de la responsabilidad.¹⁰³⁵

En palabras de LÓPEZ DE ZAVALIA, quien expresa *“No cabe confundir la llamada intención del legislador con la voluntad de la ley, es decir, del legislador abstracto, que vive inmerso en el*

¹⁰³³ Art. 53.1 CE *“Los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”*. Art. 81.1 *“Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los estatutos de autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la constitución. 2. La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”*.

¹⁰³⁴ Podemos citar la elocuente expresión de YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: *“Daños a los derechos de la personalidad...”*, cit.

¹⁰³⁵ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 68.

texto y que indica, para cualquier caso (presente o futuro), cuáles son los intereses dignos de protección”.¹⁰³⁶ Por ello, atendiendo al preámbulo o exposición de motivos de la LO 1/82, y coincidiendo, en palabras de VIDAL MARTÍNEZ,¹⁰³⁷ inferimos que la finalidad de la ley, espíritu al que debe atender el intérprete, constituye el desarrollo del principio general de garantía de los derechos contenidos en el art. 18.1 CE.¹⁰³⁸ Asimismo, el último autor citado resalta la importancia de la LO 1/82, la que encuentra su funcionalidad en sí misma, y viene a cubrir, con carácter principal, las lagunas normativas en el plano civil, respecto a esta materia.¹⁰³⁹

También encontramos en el preámbulo y en todo el articulado de dicha norma, elementos más que sobrados para considerar a la misma, como reguladora concreta, estableciendo un sistema de imputación único y especial, a estos derechos.¹⁰⁴⁰

Asimismo los tribunales, más allá de sostener mayoritariamente la responsabilidad subjetiva, y exigir una regulación estricta respecto de los factores objetivos, han tenido pronunciamientos donde patentemente la excluyen por completo de su *obiter dictum*.¹⁰⁴¹ Así se manifiesta el TS, cuando sostiene que el art. 18 CE encuentra su desarrollo normativo en la LO 1/82, de lo que surge que “La tipificación de una normativa especial obliga a tenerla en cuenta en cuantos supuestos se lesione el honor de una persona, y sustraerla al imperio de la doctrina tradicional, elaborada en base al art. 1902 del CCE” y agrega “resulta evidente que cuantos hechos o circunstancias lesivas al honor hubieren ocurrido después de la entrada en vigor de la calendada ley orgánica, quedarán sujetos a su imperio y sustraídas del art. 1902 CCE”.¹⁰⁴²

A nuestro entender, como ya lo hemos manifestado anteriormente, la LO 1/82 regula de manera especial los derechos consagrados en el art. 18.1 CE y 20 CE, por consiguiente, lo relativo

¹⁰³⁶ LÓPEZ DE ZAVALIA, FERNANDO: Expresiones vertidas por el maestro en clases durante el grado en la universidad nacional de Tucumán-Argentina.

¹⁰³⁷ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 21, en idéntico sentido en la p. 35 y 37 haciendo alusión al art. 1 LO 1/82 expresa “Resulta evidente tras la lectura de este párrafo y del preámbulo o exposición de motivos de la ley, que la finalidad de la misma no es otra cosa que el desarrollo del art. 18-1 de la constitución, bien ceñido a la protección civil del derecho en tal artículo consagrado”.

¹⁰³⁸ LO 1/82 preámbulo: “El desarrollo mediante la correspondiente ley orgánica, a tenor del artículo ochenta y uno, uno, de la constitución, del principio general de garantía de tales derechos contenidos en el citado artículo dieciocho, uno, de la misma constituye la finalidad de la presente ley”.

¹⁰³⁹ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 26.

¹⁰⁴⁰ LO 1/82 preámbulo; “...si bien la responsabilidad civil derivada del delito se deberá fijar de acuerdo con los criterios que esta ley establece”. *Ibidem* p. 68 el mismo expresa “Descendiendo al plano de las leyes ordinarias, cabe citar dentro de este capítulo el código penal, a cuya normativa se remite la ley del 82 cuando la intromisión sea constitutiva del delito, exceptuando la cuestión de la responsabilidad civil que se determina por los criterios de la citada ley orgánica”.

¹⁰⁴¹ ROVIRA SUEIRO, MARÍA E., *Responsabilidad civil derivada...*, *cit.*, p. 225.

¹⁰⁴² STS de 14 de octubre de 1988 en RAJ 7488.

a la responsabilidad civil derivada de la violación de estos derechos. Por ello, si se interpretase como lo hacen aquellos que defienden una postura subjetiva; si la protección fundamentalmente establecida en el criterio o factor de responsabilidad, no rige como normas especiales, su razón de ser sería mera decoración o, peor aún, informaría de manera redundante y hasta contradictoria a lo establecido en la CE. Por ello, no creemos que el principio general fundado en el art.1902 CCE, anestesie o aniquile la virtualidad y vigencia en el plano de la responsabilidad establecida de manera especial por la LO 1/82, ya que su creación misma, informa de modo inequívoco un alejamiento del sistema base de responsabilidad generado por el art. 1902 CCE.¹⁰⁴³ De no entenderlo así, su existencia y función se traduciría simplemente en una descripción casuística e informadora de posibles daños de carácter absurda y redundante considerando la aplicación del art. 1902 CCE.

No podemos desconocer que antes de la entrada en vigor de la LO 1/82, el esquema de la responsabilidad estructurada por la jurisprudencia estaba centrado en la conducta o diligencia del MMC o profesional de la información, como auténtico elemento central en la atribución de responsabilidad.¹⁰⁴⁴ Pero la exigencia de culpabilidad ha ido desdibujándose, a posteriori ya que una vez acreditado el daño, se presume la culpa del agente, invirtiendo así la carga de la prueba.¹⁰⁴⁵ La LO 1/82 rompe con dicho esquema invirtiéndolo, razón por la cual, lo que se presume ahora es el daño, cuando existe intromisión ilegítima, dejando de lado la diligencia o conducta del profesional de la información o MMC, elementos que tendrán solamente la única función, una vez acreditada la intromisión ilegítima, de establecer la cuantificación del daño.¹⁰⁴⁶

HERRERO TEJEDOR, en consonancia con la doctrina mayoritaria, sostiene la necesidad de la culpabilidad del agente a efectos de atribuir la responsabilidad.¹⁰⁴⁷ Pero lo contradictorio del jurista, es que, en líneas anteriores afirma: *“Hasta el punto que, en algunos casos, se invoca directamente el artículo 1902 como generador de responsabilidad derivada de la ley orgánica 1/82. Todo ello sin perjuicio, como hemos dicho, de las peculiaridades que la propia ley establece*

¹⁰⁴³ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 40, manifiesta respecto al beneficio que implica la LO 1/82 al transformar en un principio, el respeto a la persona humana, en un derecho subjetivo, El autor manifiesta *“...la utilización de ese instrumento técnico jurídico ofrece, a nuestro entender, marcadas ventajas sobre la acción de responsabilidad civil que en el pasado subsumía a la satisfacción de los interés lesionados a través de la tan utilizada vía del art. 1902 del código civil”*. El mismo autor en la p. 45 expresa *“...así tratándose de bienes de la personalidad, la efectividad de la responsabilidad civil se apoyaba, con anterioridad a la ley 5 de mayo de 1982, en el parvo instrumental jurídico suministrado por el art. 1902 del código civil”*.

¹⁰⁴⁴ Acción culpable y nexo causal.

¹⁰⁴⁵ HERRERO TEJEDOR, FERNANDO: *Honor, intimidación...*, cit., p. 141.

¹⁰⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*.

y que, por supuesto, derogan los criterios generales en materia de responsabilidad *extracontractual*".¹⁰⁴⁸ Lo deducimos de lo manifestado por el maestro, que solo se aplica la LO 1/82 en los aspectos particulares que de ella surgen siendo de aplicación supletorio el art. 1902 CCE.¹⁰⁴⁹ Creemos poco convincente dicha afirmación, pues sostener la aplicación parcial de la LO 1/82 sólo en los aspectos particulares constituye una interpretación caprichosa, aplicando solo en lo que conviene a los MMC o de forma arbitraria algunos artículos por sobre la inaplicabilidad de otros, como si ello fuese una facultad jurisdiccional.

No compartimos lo expresado por la doctrina mayoritaria, cuando afirma que la LO 1/82 viene a desarrollar parcialmente el principio del art. 1902 CCE. Creemos que la LO 1/82 desarrolla los presupuestos constitucionales y el principio *alterum non laedere*. Insistimos, consideramos procedente la aplicación integral de dicha norma en materia de responsabilidad. La LO 1/82 desarrolla los daños al honor, la intimidad y la propia imagen de manera especial, por lo que su virtualidad específica determina criterios especiales de responsabilidad, sin romper con la estructura de coherencia. Pues si solo se aplicara en algunos aspectos, pero no como generadora de un factor de atribución objetivo, su existencia no tendría razón de ser. Asimismo y lo hemos manifestado, la LO 1/82 no hace referencia alguna a la exigencia de un criterio de culpabilidad, por lo que surge de ella un elemento de diferenciación con el art. 1902 CCE, en coincidencia con alguna jurisprudencia que pretende desvincular completamente esta del art. 1902 CCE.¹⁰⁵⁰

6.6.4 LA ANTIJURIDICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, p. 143.

¹⁰⁴⁹ Más allá que la sala I de TS en sentencia núm. 750 del 14-10-1988 haya manifestado que la acción del art. 1902 del CCE es distinta a la de la ley orgánica 1/82, y que al citarse tan solo el CCE no puede prosperar el recurso de casación en una materia afecta a la LO 1/82 en palabras textuales del tribunal "...la entrada en vigor de la constitución de 1978 supuso un nuevo giro en la doctrina tradicional al establecer el art. 18.1, que el derecho al honor, entre otros varios, tiene la categoría de fundamental y, siguiendo las pautas establecidas en el art. 81.1 de la propia constitución, los derechos consagrados en el primero de los arts. citados encontraron su desarrollo normativo en la ley orgánica de 5 de mayo de 1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, de lo que cabe colegir que la tipificación de una normativa especial obliga a tenerla en cuenta en cuantos supuestos se lesione el honor de una persona y sustraerla al imperio de la doctrina tradicional elaborada en base del art. 1.902 del código civil. así las cosas, resulta evidente que cuantos hechos o circunstancias lesivas al honor hubieren ocurrido después de la entrada en vigor de la calendada ley orgánica quedarán sujetas a su imperio y sustraídas al del 1.902, como ocurre en el supuesto que ahora se enjuicia, razones que obligan a desestimar el primero de los motivos del recurso en el que se denuncia la infracción del artículo citado del código civil".

¹⁰⁵⁰ Sentencia del juzgado de I instancia de Madrid en sentencia 12 de marzo 1987, magistrado O' CALLAGHAN MUÑOZ.

Sostenemos la existencia y vigencia de la antijuridicidad como elemento y componente de la responsabilidad.¹⁰⁵¹ Conceptualizando a la misma como la acción contraria al ordenamiento jurídico íntegramente considerado, lo que en esencia supone un menosprecio al ordenamiento jurídico en sus leyes, costumbres, principios generales y las reglas de orden natural.¹⁰⁵² Por lo que la antijuridicidad deber ser valorada con perspectiva de unidad y como un concepto netamente de caracteres objetivos, independientes de la voluntariedad y de la culpabilidad, establecidos en planos diferentes.¹⁰⁵³

Como sabemos uno de los principios rectores que rige el ordenamiento jurídico consagra el “*alterum non laedere*”;¹⁰⁵⁴ por lo tanto y en principio debe presumirse antijurídico todo acto u omisión que cause un daño a terceros, sin que medie causa de justificación. Como sabemos los excluyentes de antijuridicidad se denominan causas de justificación, distintas a las causas de inimputabilidad o de inculpabilidad, las que no impiden que la conducta del agente sea considerada antijurídica, aunque puedan tener siempre dentro del contexto de responsabilidad subjetiva, virtualidad para liberar la responsabilidad.¹⁰⁵⁵

Por lo tanto y en principio debe presumirse antijurídico todo acto u omisión que cause daño a un tercero, sin que medie causa de justificación; y nada quita o agrega al juicio de antijuridicidad (ya sea formal o material),^{1056 1057} que la trasgresión provenga del incumplimiento de una obligación

¹⁰⁵¹ Resulta interesante el artículo de PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA: “Función, naturaleza y sistema de responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico Español”, en *RDP*, marzo-abril 2004, p. 182 a 197, en el mismo hace referencia a la antijuridicidad su negación y aceptación en el ordenamiento jurídico español.

¹⁰⁵² ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE: “Reflexiones sobre la ilicitud”, *JA*, 1981-IV-733. BUERES, ALBERTO J: “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta” en *Derecho de daños* en Homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 148.

¹⁰⁵³ *Ibidem*. En el derecho Argentino a favor de esta postura encontramos a ORGAZ, ALFREDO: *La ilicitud (Extracontractual)*, Lerner, Buenos Aires, 1973, p. 17 y ss; KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: *Código civil comentado, anotado y concordado*, art. 1066, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. 5, p. 2 y ss; MOSSET DE ITURRASPE, JORGE: *Responsabilidad por daños*, t. I núm. 11 y 12, Ediar, Buenos Aires, 1971, pp. 27 y 28.

¹⁰⁵⁴ Los romanos muy sabios y prácticos fundaron el sistema jurídico en tres principios, sobre los cuales se asentaban todas las soluciones jurídicas. “*Honeste vivere*”; vivir honestamente. “*Alterum non laedere*”; no dañar a otro. “*Suum cuique tribuere*”; dar a cada uno lo suyo.

¹⁰⁵⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, “Reflexiones sobre...”, *cit.*, 1981-IV-737. Las causa de justificación son: Estado de necesidad, legítima defensa, ejercicio regular de un derecho, etc. En virtud de ellas el ordenamiento aprueba y legitima el acto que solo formalmente es ilícito, el cual es considerado como beneficioso conforme un interés jurídico prevaleciente y conceptuado, por lo tanto, como lícito.

¹⁰⁵⁶ MOSSET ITURRASPE, JORGE Y SAUX, EDGARDO IGNACIO, *op. cit.*, pp 27 y ss. Existe una distinción de vital importancia entre antijuridicidad formal y antijuridicidad material. Conforme la primera la misma se presenta cuando se contraría una prohibición Jurídica formalmente establecida por ley. Por el contrario la antijuridicidad material posee un sentido más amplio, comprensivo de las prohibiciones por implicancias, las que emanan de los principios fundamentales, y que contribuyen al orden público en todas sus manifestaciones.

¹⁰⁵⁷ El ex art. 1066 del CCA consagraba a la ilicitud como requisito previo a la indemnización, consistiendo en la prohibición del acto por una ley ordinaria, municipal o reglamento de policía. La disposición era lógica para la época por el espíritu liberal tanto de la misma constitución, como de los gobernantes de esa época. En este artículo Vélez Sársfield se apartó del *código de napoleón*. Ossola enseña que la antigua doctrina argentina (Salvat, Segovia) entendió

preexistente o del deber general de no dañar a otro.¹⁰⁵⁸ Este principio constituye una plataforma de vital importancia en la formulación teórica.

Por ello, trasladado a nuestro ámbito específico de estudio, debemos manifestar, conforme lo desarrollado precedentemente, que en principio, toda trasgresión ilegítima¹⁰⁵⁹ al honor, la intimidación y la imagen derivada de la actividad desarrollada por los MMC debe ser reputada antijurídica, salvo que medie causa de justificación;¹⁰⁶⁰ o que exista un eximente de responsabilidad.¹⁰⁶¹ En este sentido sostenemos que el desarrollo de la libertad de información o expresión que produce un daño, importa la generación de responsabilidad fundada en un criterio objetivo.

Por ello consideramos que en esta materia:

A).- No existe motivo alguno que consienta alejarse del principio rector “*alterum non laedere*” por solo hecho de ser sujeto activo del mismo un MMC, situación que no dispensa ningún tipo de privilegios; y deben ser alcanzados por el juicio de antijuridicidad al igual que otros sujetos; salvo claro está, que medie causa de justificación, la que deberá ser invocada y probada por el medio.

B).- Asimismo no podemos establecer un privilegio sentado simplemente en el fundamento constitucional, que consagra y erige la libre difusión de las ideas. Justamente el punto de partida

el ex artículo 1066 en concordancia con el ex art. 1074, como consagrando un sistema de tipicidad formal, para quienes no había acto ilícito sin ley que lo prohibiera (primer modelo de Ponzanelli). Luego con la evolución de la doctrina argentina, se cambió hacia un sistema de antijuridicidad o tipicidad material, que ya no se centra en la expresa prohibición legal, sino que deduce que la sola causación de un daño viola el principio general del derecho *alterum non laedere*, y por eso mismo es ilícito. OSSOLA, FEDERICO: “La antijuridicidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil?, en *Responsabilidad civil*, coord. por Carlos Gustavo Vallespinos, Advocatus, Córdoba 1991, pp. 57 a 103. En el mismo sentido BUERES ALBERTO: “Comentario al art. 1066”, en *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Director: Alberto Bueres; t.3A, Hammurabi, Buenos Aires, 1999, p. 53 y ss. En una posición intermedia el profesor Casiello dice que en materia civil cabe hablar aunque sea mínimamente de tipicidad cuando el ilícito civil reúna una serie de “notas” o “supuestos jurídicos” previstos en la norma. El presupuesto básico en responsabilidad civil para este profesor pasa a ser el daño. El daño “viene entonces a constituirse entonces en la llave maestra de la caracterización del tipo legal: siempre que exista daño causado *sin justificación* estaremos en presencia de un ilícito civil”. CASIELLO, JUAN JOSÉ: “Atipicidad del ilícito civil” en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini*, Directores: Bueres, Alberto y Aída Kemelmajer de Carlucci, Abeledo Perrot, Buenos Aires 1997, pp. 157 a 164.

¹⁰⁵⁸ Lo expresado no importa confundir antijuridicidad con daño y viceversa, ya que son dos conceptos totalmente distintos. Razón por la cual puede haber antijuridicidad sin daño y daño sin antijuridicidad.

¹⁰⁵⁹ Es muy importante la conceptualización de este término pues lo que determina la imputabilidad es la intromisión ilegítima.

¹⁰⁶⁰ En este sentido se pronunció la comisión I del “Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños”, en los puntos 4 y 5, Buenos Aires 1989.

¹⁰⁶¹ Este agregado nuestro pretende salvar la posible implicancia que pudiere tener la existencia de algún eximente de responsabilidad. Como sabemos existe una diferencia entre las causas de justificación y los eximentes, pues mientras que la primera anula o afecta la antijuridicidad, la segunda anula o afectan los criterios de atribución de responsabilidad.

es inverso. La consideración de que el accionar es ilícito, hasta tanto el análisis axiológico y jurídico no demuestre que a pesar de la violación o ilicitud, el mismo guarda armonía con el espíritu y los fines perseguidos por el ordenamiento, y por lo tanto, ejercitado dentro del marco de legalidad.¹⁰⁶²

C).- La LO 1/82 establece, desde nuestra perspectiva, un criterio de atribución objetivo de responsabilidad, y consagra un esquema especial que se abstrae del art. 1902 CCE, fundando el daño en la intromisión ilegítima.

D).- El art. 18.1 y 20.4 CE, como manifestamos en capítulos anteriores, en su dinámica interpretativa y gramatical, establece una jerarquía sustancial de los derechos personalísimos, como el honor, la intimidad y la propia imagen por sobre la libertad de expresión e información.

6.7 CRÍTICAS Y REFUTACIONES A LA OBJETIVACIÓN

El primer argumento que se esgrime, para denostar la responsabilidad objetiva de los MMC es de orden normativo, al que ya hicimos alusión. El segundo argumento de ataque reside en el aspecto socio-económico, y el de las posibles consecuencias nocivas, que un criterio de tal entidad, tendría para el crecimiento y desarrollo de la libertad de expresión-información, como lo expresa entre otros CODERCH. Postura que no compartimos en absoluto, más allá de la magistralidad expositiva del exquisito jurista.¹⁰⁶³

El primer fundamento de sustentación subjetiva reside sustancialmente en la entidad y significado de la culpa, como también en su carácter de principio general o de sistema de cierre; y por último, en el carácter supletorio que tiene el CCE, como derecho común en relación a aquellas materias que carecen de leyes especiales.¹⁰⁶⁴ Quienes participan de estas ideas sostienen

¹⁰⁶² ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE: “La Libertad de prensa frente a la protección de la integridad espiritual de la persona”, en JA, 1982-II-783, p. 784.

¹⁰⁶³ No compartimos la posición casi mística que confiere el autor (mercado de ideas, *cit.*, p. 252) a la actividad de los medios, por lo que trascibimos lo manifestado por este, que a entender del mismo, los MMC deberían estar *sentados a la derecha del padre*, con total inmunidad: “*El viejo argumento de que las empresas propietarias de los medios de información han de pagar los daños derivados de la difamación porque son empresas mercantiles, organizaciones que persiguen lucro ignora lo anterior; precisamente porque los beneficios derivados de la producción de este tipo de bien se difunden parcialmente por toda la comunidad y, consiguientemente, no pueden ser hechos propios por sus productores, hay buenas razones para estos repercutan también parte de sus costes*”. Como ya lo manifestamos, creemos que la confusión de sostener un criterio como el anterior, consiste en radicalizar el criterio objetivo, que de ninguna manera será aplicable indiscriminadamente; asimismo del temor en las reparaciones millonarias existentes en la imaginación jurídica fabulesca en el derecho español. Y por último de crear una ecuación inexistente entre objeto de protección y sujeto ejecutante del derecho.

¹⁰⁶⁴ DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 101 y 102.

que en nuestro sistema rige con plenitud el esquema de cierre del principio de la culpa,¹⁰⁶⁵ y por lo tanto, como consecuencia de ello, los supuestos de responsabilidad objetiva que consagra la legislación vigente, deben ser objeto de interpretaciones restrictivas o instituidas expresa o específicamente.

Siguiendo a PANTALEÓN, este expresa *“Algún lector pensará que las consecuencias prácticas de mis discrepancias con la jurisprudencia constitucional, preconizan que la tutela defensiva del derecho al honor, en especial la acción de retractación y la declarativa de la objetiva falsedad o carencia de toda base real de la información difamatoria, es absolutamente independiente de la buena o mala fe y diligencia o negligencia del informador al contrastar su veracidad; afirmar que, habida cuenta de lo modesto de las indemnizaciones procedentes, la constitución no prohíbe la responsabilidad civil sin culpa de los titulares de los medios de comunicación y los informadores- son de arte menor y seguramente inútiles para acabar con los desmanes de los medios”*.¹⁰⁶⁶

Nosotros sostenemos, como ya hemos manifestado, que la LO 1 /82, por su propia entidad y espacialidad, es de carácter objetivo respecto a los factores de atribución. En el caso del derecho argentino, algunos autores sostienen la aplicación de un criterio de imputación objetivo, descriptivo de los daños causados por actividades riesgosas para los MMC (libertad de empresa) y por abuso de derecho para los profesionales de la información (profesionales, aunque no desarrollaremos esta clasificación).

ZAVALA DE GONZÁLEZ rechaza la teoría del riesgo creado en Argentina. Considera inaceptable la aplicación irrestricta del principio del riesgo en el derecho argentino, “para toda hipótesis de daño”. En tal sentido, sostiene que no procede la responsabilidad objetiva del MMC, si la ofensa se encuentra justificada. Del mismo modo, estima que es irrazonable aplicar la teoría del riesgo en materia de difusión de ideas y opiniones.¹⁰⁶⁷ En sentido similar se manifiesta DE ÁNGEL YAGÜEZ en el derecho español, para quien la responsabilidad es subjetiva, y excluye cualquier posibilidad de objetividad en lo formulado por la LO 1 /82.

Ahora bien, ZAVALA DE GONZÁLEZ, luego de rechazar la tesis objetiva, con los argumentos antes reseñados, señala que, si bien no es aceptable la existencia de un riesgo genérico, por la

¹⁰⁶⁵ Sobre los múltiples alcances conceptuales jurídicos y morales de la culpa ver ROSS, ALF: *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 32 y ss.

¹⁰⁶⁶ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “La constitución, el honor...”, *cit.*, p. 1694.

¹⁰⁶⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños...*, *cit.*, p. 275 y ss.

actividad de informar en sí misma, “resulta indudablemente riesgosa” cuando es desenvuelta con carácter empresarial (independientemente de que los titulares sean personas físicas o jurídicas), puesto que ello implica despersonalización y un manejo complejo y acelerado de recursos humanos y materiales, muchas veces ajenos (como agencias noticiosas), que no son cabalmente controlables, en un terreno que entraña grave peligro para la dignidad de los sujetos comprometidos en las noticias, especialmente cuando éstas tienen difusión masiva.¹⁰⁶⁸ Se trataría, en idéntico sentido, de un riesgo concreto o de defectos concretos en el desarrollo de la actividad.

Advertimos que a pesar de las observaciones que formula la autora, las coincidencias con quienes sostenemos la tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo creado en el derecho argentino, y la responsabilidad objetiva derivada de la LO 1/82 en el derecho español, son prácticamente totales. *Ahora bien, en ningún momento hemos sostenido, que la actividad de informar sea riesgosa por sí misma, genéricamente o intrínsecamente. Por el contrario, la tesis objetivista parte de la base de una “modalidad informativa propia de nuestro tiempo”.*¹⁰⁶⁹ *Aquella que despliegan los modernos medios masivos de comunicación con dinámica o carácter empresarial y es en sí, lo que le imprime el elemento de riesgo o peligro.*^{1070 1071} *En él se confunden el derecho fundamental a la libertad de comercio o actividad lícita, con la libertad de expresión-información, y en esta última se confunde el objeto del derecho con el sujeto.*

DE ÁNGEL YAGÜEZ,¹⁰⁷² niega la posibilidad de la aplicación de responsabilidad objetiva de la LO 1/82 y expresa: “*En nuestro derecho al igual que en la de otros países, la fórmula de responsabilidad objetiva se ha ido implantando en ciertos sectores de la actividad humana, caracterizados por su intrínseca peligrosidad*”. Por ende, para el autor, los derechos regulados en dicha ley no integran el conjunto de leyes específicas de regulación objetiva de responsabilidad.

¹⁰⁶⁸ *Ibidem*, p. 265 y ss.

¹⁰⁶⁹ PIZARRO, RAMÓN DANIEL, *Responsabilidad civil de los...*, cit., p. 262.

¹⁰⁷⁰ Como lo podrían ser mutatis mutandi la responsabilidad derivada por productos defectuosos, lo que intrínsecamente no es peligroso, el comercio de productos; muta su naturaleza cuando esta es realizada a nivel industrial, razón por la cual las condiciones no son idénticas. No comprendemos las diferencias entre, un periódico o un libro que contenga fallas o inexactitudes esenciales que desvirtúen la verdad, generando daños a terceros; y otro producto de fabricación industrial, el que es encuadrado por la responsabilidad por productos defectuosos, si ambos constituirían un producto desarrollado mediante un sistema industrial y empresarial, bajo las mismas condiciones.

¹⁰⁷¹ STS de 8 de junio de 1992 en RAJ 5169, manifiesta refiriéndose a la corriente objetivadora de los daños “...no cabe ignorar que para admitir la exigencia del riesgo es preciso acreditar la fuente de peligro, es que hay una empresa, explotación, o actividad que aun permitida por la ley, produzca un interés propio para el agente y genere riesgos de cuya efectividad debe responder...”

¹⁰⁷² DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, *Tratado...*, cit., p. 160.

Conviene poner de manifiesto que no es exacto que quienes defendemos la responsabilidad objetiva en materia de daños causados por la difusión de informaciones o expresiones inexactas o erróneas por los MMC, sostengamos una reparación sin límites de dicha responsabilidad, propiciando consecuencias resarcitorias ilimitadas, cuando median o existan causas de justificación o se haya ejercitado correctamente el derecho a través de sus determinantes de contenido. Por ello creemos que en la medida que la información que se difunde se encuentra justificada, ninguna responsabilidad es posible inferir, cualquiera que sea el factor de atribución que se sustente. La causa de justificación,¹⁰⁷³ anula la antijuridicidad y, en materia de responsabilidad de los MMC, sin antijuridicidad no hay posibilidad de que se configure obligación resarcitoria alguna.¹⁰⁷⁴

Tampoco propiciamos una indefinida y única posibilidad reparadora, sobre los posibles daños al honor, la intimidad y la propia imagen. Creemos que la reparación no debe ser necesariamente indemnizatoria. Sostenemos que cabrían otras formas de reparación o remedio jurídicos (retractación, rectificación, inhibitoria, cesación etc.),¹⁰⁷⁵ las que no implicarían un menoscabo económico injustificado a los MMC y a la vez constituirían una verdadera reparación a la víctima, siempre y cuando las condiciones lo exijan, y estos sean verdaderas reparaciones y no meras formalidades legales; sin que ello implique tampoco la exclusión de indemnizaciones, conforme el caso.¹⁰⁷⁶

¹⁰⁷³ Cuando hagamos alusión a causa de justificación, nos referiremos, a las causas específicamente establecidas en la LO 1/82, como así también a los elementos determinantes, que determinan el correcto ejercicio del derecho a la libertad de expresión-información.

¹⁰⁷⁴ VIDAL MARTÍNEZ, JAIME, *op. cit.*, p. 18. En sentido similar expresa la prudencia que se ha de tener a efectos de evitar dos extremos rechazables social y jurídicamente. El de originar y cooperar a un clima de indiferencia o por el contrario el de impulsar un clima de hipersensibilidad que entorpezca la esencia de este derecho.

¹⁰⁷⁵ No pretendemos desarrollar una teoría de la reparación solo importa a modo de ejemplo, aunque el afinamiento conceptual no sea el adecuado.

¹⁰⁷⁶ Nos remitimos al ejemplo dado por PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “*La constitución, el honor...*”, *cit.*, pp. 1689 y 1690. Antonio va a almorzar a un restaurante y cuelga su abrigo en una de las perchas, la primera a la derecha, ... Luego entra Pedro, que cuelga el suyo, en apariencia igual al de Antonio, en una percha diferente, la primera a la izquierda, del mismo perchero. Un camarero con prisa tira los abrigos al pasas y vuelve a colocarlos en el perchero, situando el abrigo de Pedro a en la percha en que Antonio había colgado el suyo. Termina Antonio de comer, sale del restaurante llevándose con la mejor buena fe, el abrigo de Pedro, vuelve a su oficina, y lo cuelga en su armario si apercibirse del error. ¿Procedería condenar a Antonio por hurto? Imaginemos que el suceso provoca un serio perjuicio económico a Pedro, porque, por ejemplo, llevaba en el bolsillo de su abrigo un documento irremplazable... ¿Debería Antonio condenado a indemnizar a Pedro el daño en cuestión? En fin, ¿debería Antonio devolver a Pedro su abrigo? En su artículo el autor metafóricamente emplea el ejemplo de los abrigos confundidos de buena fe para sustraerlo al ámbito de los daños al honor. Para el autor las dos primeras preguntas deben responderse negativamente, pero respecto a la tercera para este no hay duda que la respuesta debe ser afirmativa. De lo que surge continuando con la lectura del artículo que más allá de las diligencia y la buena fe que podría predicarse de un información, cuando ella es objetivamente falsa se debe una legítima defensa o reparación del derecho infringido por vías reparadora, las que no necesariamente deben ser indemnizatorias o sancionatorias punitivamente.

Solo a modo comparativo y sin pretender sostener en nuestra tesis la viabilidad idéntica del criterio de responsabilidad aplicado a los productos defectuosos o del fabricante, a los daños derivados de la libertad de información y expresión.¹⁰⁷⁷ Entendemos que no descubrimos grandes diferencias entre un producto defectuoso entendido en la ley 22/1994 y la directiva 85/374/CCE con sus respectivas modificaciones, y un periódico (información) o un libro, el que está sometido a un proceso de producción industrial.^{1078 1079}

Así valorada la cuestión, la crítica deviene exagerada y, a poco que se la analice, permite inferir ciertas conclusiones, las que respetuosamente exponemos, y sobre las que seguramente no suscribirían, los defensores de los postulados subjetivos.

*Ante ello nos vuelven las preguntas que nos han perseguido durante toda la investigación ¿cabe lugar aún en este ámbito para el principio de la culpa? ¿Es dable continuar sosteniendo la reducción de la verdad y exactitud de la información, a una mera actitud diligente de carácter subjetivo, por parte del informador y no como un resultado predicable de la información en sí misma?*¹⁰⁸⁰ Definitivamente nuestra respuesta es negativa, ya no solo desde nuestra concepción objetiva.^{1081 1082}

¹⁰⁷⁷ DE ÁNGEL YAGÜEZ, RICARDO, “Responsabilidad...”, *cit.*, pp. 171 a 203.

¹⁰⁷⁸ A modo de ejemplo. No importaría responsabilidad por producto defectuoso un libro de farmacia donde falta una cifra o una coma en un fórmula medicinal, lo que produzca un error en la fabricación de un medicamento y por consiguiente un daño. No cabría idéntica situación el daño sufrido por un persona que, estando suscripto a un periódico de análisis económico específico, este aconseje un movimiento bursátil, el que por resultar erróneo no solo en la impresión sino en la resultado del análisis, constituiría responsabilidad. Y por último, ¿un error derivado de una noticia publicada no constituiría un daño al honor, la intimidad o la propia imagen derivada por un producto defectuoso?

¹⁰⁷⁹ *Mutatis mutandi* le equivaldría un paralelismo muy apetecible, para aquellos juristas inquietos, pues la responsabilidad para el caso de productos defectuosos deriva de la organización mientras que en la libertad de información, la responsabilidad deriva de la titularidad de los MMC y el riesgo que genera dicha actividad. El control más o menos difuso que fabricante o importador (o titular o director de los MMC) puedan ejercer -o deberían ejercer- sobre los productos que fabrican o comercializan (Informaciones) y sobre las personas que participan en esos procesos, es suficiente para responsabilizarles de los daños finalmente causados. Según la LRPD, la responsabilidad de los titulares de las organizaciones que fabrican o importan productos defectuosos (o informaciones) que causan daños es: Directa, objetiva, limitada y solidaria. de esta forma, convergen las reglas de responsabilidad de las organizaciones privadas con las de la administración pública. Desde el punto de vista conceptual, la responsabilidad vicaria de empresarios privados y organizaciones públicas no es diferente. Los dos regímenes persiguen los mismos objetivos: distribuir eficientemente los incentivos, evitar la insolvencia del responsable y, a la postre, ofrecer a la víctima del daño un régimen eficaz de protección. Ambas organizaciones, de derecho público y de derecho privado, pasan de la responsabilidad por hecho ajeno a la responsabilidad de las organizaciones complejas como tales.

¹⁰⁸⁰ En similar sentido se manifiesta PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “*La constitución, el honor...*”, *cit.*, p. 1689, parraf. 2º al criticar las consecuencias de la jurisprudencia respecto al alcance de imputación de la verdad informativa.

¹⁰⁸¹ ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE, *Resarcimiento de daños...*, *cit.*, p. 276, la autora citada parece admitirlo en idéntico sentido cuando expresa “...De tal manera, si con apoyo en una fuente policial se informa que ha sido detenida una persona, cuyo nombre se suministra erróneamente, y este error tiene arranque en aquella fuente, el órgano de comunicación se eximirá acreditando dicha causa ajena; en cambio, no cabe liberar de responsabilidad al titular del medio si la equivocación proviene del columnista, el tipógrafo, una falla en el sistema de computación, etc.”,

¹⁰⁸² Consideramos que muchos de los conceptos jurídicos heredados de nuestro derecho romano necesariamente deben ser entendidos e interpretados a la nueva realidad, evolución necesaria para mantener vitalidad y el pragmatismo

Creemos en la buena fe, pero a la vez en el temor por parte de la jurisprudencia, en aceptar un criterio objetivo de imputación, pues ello implicaría desbordar los modelos clásicos; pero también conllevaría elevar a primer plano la protección de la dignidad de la persona. Toda esta sujeción férrea a un sistema obsoleto establecido para otro tipo de prensa, aunque ya incapaz para resolver los problemas actuales, sin el artilugio y destreza de los jueces en muchos casos, se manifiesta en las matizaciones y cuasi rectificaciones del criterio subjetivo de imputación,¹⁰⁸³ las que dejan al descubierto la terquedad de continuar sujeto al espejismo de un concepto de culpa anacrónico en esta materia.

6.8 VENTAJAS DE SU APLICACIÓN

Hasta el momento, los espejismos, apariencias y mitos, han venido disfrazándose de muchos elementos, los que nos han llenado de temores, y nos han impedido observar con claridad las ventajas y conveniencias en la aplicación de un criterio objetivo de atribución de responsabilidad, más allá de los argumentos jurídicos tanto para los individuos como para los MMC,.

Creemos en los beneficios que conlleva un sistema de imputación objetiva para ambas partes, ante las posibles confrontaciones. Pues para la víctima del perjuicio esto implicaría un remedio inmediato y justo, ante noticias que no cumplen con los determinantes¹⁰⁸⁴ de contenido o legitimidad. En este sentido, cuando la noticia sea errónea y dicha inexactitud sea sustancial o actúe desinformando, produciendo un daño no solo en los derechos protegidos, sino distorsionando el mercado de ideas, información y opinión generaría responsabilidad.

Por otro lado, los MMC se verían beneficiados, no solo en lo económico, sino también en lo social. Primeramente con el establecimiento de baremos o tarifas indemnizatorias, seguros etc. La limitación cuantitativa de responsabilidad estaría constitucionalmente justificada. Asimismo, para evitar que el establecimiento de tarifas indemnizatorias constituyan la llave de acceso al libertinaje y el uso desmedido o abusivo de la libertad de expresión e información, consideramos conveniente, establecer una limitación cuantitativa de la responsabilidad de la aseguradora, cuando

necesario en la ciencia práctica del derecho. Por ejemplo, el concepto de pago y sus efectos necesarios (extinción, satisfacción y liberación, entre otros) necesariamente han debido evolucionar e las nuevas modalidades de la operaciones comerciales para no paralizar el crecimiento, no sólo económico, sino jurídico (tarjetas de crédito, tarjeta de débito y dinero electrónico, por nombrar algunas)

¹⁰⁸³ Inversión de la carga de la prueba y afinamiento del principio de la culpa.

¹⁰⁸⁴ STS del 15 de diciembre de 2000, núm. 1134/2000, Rec. 3581/1995. BDJCJPJ, y en sentido contrario STC 5 de mayo de 2000 núm. 112/2000 en BOE del 7 de junio de 2000.

el profesional de la información haya desnaturalizado el derecho del cual es titular, con intereses espurios o con graves infracciones a las normas de procedimiento en la obtención de la información. Ante ello, también se estaría protegiendo a la actividad aseguradora, atento a ciertos parámetros y a efectos de proteger su obligación.¹⁰⁸⁵

En lo social, este sistema implicaría mayor profesionalidad y credibilidad por parte del agente de la información. Lo que constituiría un decantador natural, de aquellos medios que hacen de su actividad, la impune y constante difamación, a costa de beneficios económicos a corto plazo, ya que la credibilidad de la sociedad se volcaría solo a aquellos que verdaderamente desempeñen profesionalmente la actividad de informar. Asimismo las aseguradoras constituirían un elemento de protección de solvencia para las víctimas (responsabilidad civil como crédito a las víctimas), como también un colaborador involuntario, al imponer premios o castigos en las primas a los MMC que mejor hagan su trabajo.

6.9 LA REPARACIÓN COMO ARGUMENTO ARTIFICIAL DE UN CRITERIO SUBJETIVO.

Como expresan algunos autores aplicar a los MMC una responsabilidad objetiva, exigiéndoles una verdad objetiva, conllevaría aniquilar la libertad de prensa. Considerando la imposibilidad de verificar la exactitud o veracidad en sentido objetivo de todo lo que se publica, lo que generaría socialmente un clima de hipersensibilidad, produciendo un menoscabo a la libertad de expresión e información. Creemos que estas afirmaciones no pasan de ser meras declaraciones dogmáticas, que no resistirían el menor análisis, si el punto fuera tratado sin preconceptos fundados en mitos. Todo elemento jurídico que pretende vitalidad en la vida social, debe pagar el precio a efectos de lograr su total aceptación; precio que radica en uno de los principales argumentos extrajurídicos de los subjetivistas. La reparación y sus mitos.

Como ya lo expresamos, las indemnizaciones productos de la reparación deben establecerse conforme a los criterios de la LO 1/82. Los mitos o espejismos de grandes reparaciones, como el posible resultado de la aplicación de un criterio objetivo funcionan como argumento de intimidación inexistente y maquiavélico,¹⁰⁸⁶ situación que es fácilmente contrastable

¹⁰⁸⁵ Ello no implicaría una irresponsabilidad de la aseguradora, simplemente supone que en caso de una conducta totalmente irresponsable por parte del profesional de la información, la aseguradora solo será responsable por un baremo, pero el resto de una posible indemnización o reparación económica, la debe solventar el profesional de la información y evitar abusos o evasiones que desnaturalizan este instituto.

¹⁰⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “La constitución, el honor...”, cit., p. 1692. Manifiesta “...nuestra constitución no protege las informaciones objetivamente falsas, aun si diligentemente contrastadas. Por eso la tutela negatoria o defensiva del derecho al honor frente a ellas si es una exigencia constitucional. Y en términos prácticos, no creo que pueda dudarse que para muchos de los difamados lo esencial es una retractación pública del informador o la

a vista de nuestras sentencias y de la clara ausencia de los *punitive damages* imperantes en nuestro sistema.¹⁰⁸⁷ Tanta es la fuerza intimidatoria de este mito, que hasta la impecable y calificada pluma del maestro PANTALEÓN, ha titubeado ante esta advertencia.¹⁰⁸⁸ En este sentido, no compartimos lo expresado por el maestro, que la prevalencia de uno u otro derecho puedan estar condicionada por la reparación del daño y su análisis económico, lo que equivaldría a invertir la ecuación en la responsabilidad, y aquí el orden de los factores sí altera el producto.¹⁰⁸⁹

La reparación en el sistema objetivo, podría generar una desventaja económica para los MMC, la que radica en la imputación misma por la intrascendencia de la culpa. Pero a la vez, posee un gran beneficio en el sistema de reparación, ya que esta estaría preestablecida en baremos con los beneficios que implica conocer previamente los posibles costes de daños o costos del desarrollo de la actividad empresarial, como ya expresamos precedentemente.¹⁰⁹⁰

Pero aun así, creemos en la necesidad de establecer paralelamente sistemas de reparaciones alternativos no pecuniarios en este ámbito, obviamente sin anestesiar lo establecido por el art. 9.3 de la LO 1/82, con el objeto de extinguir de una vez por todas este mito.

Nuestros tribunales han venido hasta el momento, desenredando con gran equidad y practicidad los problemas en este ámbito, pero creemos necesario un mayor esfuerzo, en pos de instalar cierta credibilidad y coherencia en el sistema de reparación, que reiteramos no necesariamente debería ser compensatoria con consecuencia económicas. El resarcimiento

publicación de una declaración judicial equivalente. En fin, me parece importante que el derecho muestre a los simples particulares difamados, siquiera con indemnizaciones modestas que valora su sacrificio en aras de la libertad de información”.

¹⁰⁸⁷ DIEZ PICAZO, LUÍS Y PONCE DE LEÓN: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000, p. 46 y ss.

¹⁰⁸⁸ PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO, “La constitución, el honor...”, *cit* p.1693. El maestro primero expresa categóricamente la inexistencia de los *punitive damages*, pero luego duda de las indemnizaciones en su nota núm. 8 penúltimo párrafo. El autor expresa: “*La doctrina constitucional que establece la prevalencia del derecho a la libertad de expresión [rectius: “de información”] sobre el derecho al honor ha sido elaborada para proteger a los demandados – normalmente periodistas, empresas informativas y sus gestores- de las consecuencias de acciones penales de injurias, calumnias y desacato) o de acciones civiles por las que se declara indemnizaciones de daños y perjuicios a veces muy elevadas, pero no está claro que valga también para el caso en el cual lo único que pretende el actor sea la declaración de falsedad de la noticia, la publicación de la resolución correspondiente y la prohibición de llevar a cabo intromisiones ulteriores”.*

¹⁰⁸⁹ No creemos, conforme nuestra postura, que la preeminencia de estos derechos esté condicionada por la *petitum* del actor o por la posible reparación. Ya que la existencia e imputación del daño estaría determinada no ya por los elementos de imputación que todo conocemos, sino por un circunstancia exterior y posterior, como es la reparación, acto que se otorga una vez acreditados los elementos anteriormente mencionados. Volveríamos a la pregunta crucial ¿quién existe primero el huevo o la gallina? O pero aún ¿qué existe primero, el daño o la reparación?

¹⁰⁹⁰ REGLERO CAMPOS, FERNANDO, “Conceptos generales...” *cit.*, p. 98. Este expresa “...*Los límites cuantitativas de responsabilidad estarían constitucionalmente justificadas en los casos de imputación objetiva, pero no en los de imputación por culpa*”. Y cita la STS 181/2000 del 29 de junio, cuando la misma ha diferenciado ambos sistemas de responsabilidad desde el ámbito, constitucional, al declarar que cuando se trata de un sistema de responsabilidad objetiva está justificada la norma que impone límites indemnizatorios

pecuniario no debe funcionar como único instrumento de reparación. Podemos aplicar otros criterios conjunta o separadamente de este, que no solo constituyan una reparación, sino la desaparición de los perniciosos mitos subjetivistas, fundados en lo económicamente gravoso que devendría para el desarrollo de las libertades de expresión e información una imputación objetiva. Por ello aconsejamos la aplicación de medios alternativos de reparación, como el derecho de réplica, rectificación o respuesta.¹⁰⁹¹ Sin que ello implique excluir ni aniquilar por completo a la reparación pecuniaria la que dado el caso, debe aplicarse conforme interpretación del 9.3 LO 1/82.

¹⁰⁹¹ Creemos que los criterios alternativos, como los descriptos constituyen verdaderas garantías de protección del honor y la intimidad. Pues en el análisis valorativo del derecho de rectificación, retractación o respuesta (no son sinónimos, pero en este caso los abordaremos conjuntamente) se encuentra una doble tutela. Por un lado, la protección de la libertad de expresión, pero por otro lado, constituye amparo al honor y la intimidad común de los hombres. Y no debemos olvidar que, a través de estos medios alternativos de reparación se trata de asegurar un derecho elemental primario a la legítima defensa del honor y la intimidad, la que debe ser practicada con inmediatez y eficacia.

CONCLUSIONES

- I. Honor, intimidad y propia imagen constituyen conceptos independientes, relativos, complejos, mutables y hábiles, dependientes de las normas, valores e ideas sociales en un determinado momento de espacio y tiempo. La conceptualización de estos términos debe estar inspirada en valores superiores como la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo; fundados principalmente en la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley.
- II. La libertad de expresión y la libertad de información no son sinónimos, se encuentran íntimamente relacionadas en una relación género especie. El art. 20 de la CE, tiene un carácter dual en su aspecto tutelar y novedoso en su carácter enunciativo. De su sistemática inferimos que en él se regulan conjuntamente el derecho a la libertad de expresión, que comprende la expresión de ideas, opiniones (juicios de valor); y la libertad de información, que comprende los hechos y la narración de sucesos o acontecimientos (juicios de existencia), junto a otros derechos como la libertad de cátedra, la producción y creación literaria, científica y técnica.
- III. Las garantías establecidas y marco de prevalencia del art. 18 CE se encuentran afianzadas jurídicamente en los límites establecidos por el art. 20.4 CE, estableciendo un criterio de coherencia con lo prescrito en la LO 1/82. Por ello sostenemos la igualdad de rangos con intereses teleológicos subyacentes. Del resultado de una interpretación literal de la letra de la CE y la LO 1/82 podemos inferir la relevancia valorativa del honor, la intimidad y la propia imagen sobre la libertad de expresión-información cuando ésta excede sus límites, fundados en la dignidad de la persona como eje central de protección.
- IV. No compartimos que la verdad informativa pueda ser interpretada, a los efectos de la responsabilidad del profesional de la información, como una acción subjetiva librada a un criterio deontológico. Considerar como criterio insoslayable la conducta del emisor para valorar responsabilidades y olvidarnos de la verdad objetiva, equivale a prescindir del daño mismo. Esta no puede ser entendida como una mera actitud exigible a quien informa, sino como un resultado, predicable de la información en sí misma.

- V. Los argumentos que dieron sostén a una protección privilegiada a la libertad de expresión e información, mediante la aplicación de un factor subjetivo de atribución, han experimentado la mutación de sus fundamentos históricos, sociológicos, económicos y culturales tornándose en la actualidad, inexistentes como argumentos de sustentación de dicha prerrogativa. Resulta necesario adaptar la hermenéutica jurídica a la nueva realidad de estos derechos fundamentales y su nomenclatura cuando confrontan con otros derechos de idéntica jerarquía.
- VI. Resulta evidente la evolución experimentada por el receptor de información, que ha pasado de ser un mero sujeto pasivo, a titular de derechos constitucionales, y del cambio experimentado por los MMC en la forma en que desarrollan su actividad, pasando de una prensa liberal y selecta a una comercial. Los que sostienen un criterio subjetivo de responsabilidad por la actividad que desarrollan los MMC, centran su mirada fundamentalmente en la conducta del profesional de la información, mientras que para los que sostenemos un criterio objetivo, lo fundamental es la persona, su dignidad y el daño mismo.
- VII. Toda intromisión ilegítima al honor, la intimidad y la imagen de la persona derivada de la actividad que desarrollan los MMC debe ser reputada antijurídica, salvo que medie causa de justificación. Por lo que resulta absolutamente viable la aplicación de un criterio objetivo de imputación derivada de la LO 1/82 en coordinación con la CE.
- VIII. La LO 1/82 constituye una norma de carácter especial que excluye la aplicación del art. 1902 CCE, respecto al criterio de atribución de responsabilidad. Con anterioridad a la creación de la LO 1/82, la protección por daños a estos derechos estaban respaldados jurídicamente por el art. 1902 CCE como criterio general, lo que nos llevaría indefectiblemente y conforme lógica jurídica, a afirmar que la sanción de la LO 1/82, como norma especial, y su sistémica interpretativa con la CE desplaza la aplicación del 1902 del CCE por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

REFERENCIA JURISPRUDENCIAL**TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

STEDH 8 de julio de 1986 caso: CCY keisky En BDJCJPJ.
STEDH 16 de diciembre de 1992 caso Niemietz c/ Alemania en BDJCJPJ.
STEDH 19 de abril de 2001, 2001/4475 núm. 32686/1996 BDJCJPJ.
STEDH 29 de marzo 2001, 2001/2573 núm. 38432/1997 BDJCJPJ.
STEDH 27 de febrero 2001, 2001/1045 núm. 26958/1995 BDJCJPJ.
STEDH 27 de febrero 2001, 2001/739 núm. 26958/1995 BDJCJPJ.
STEDH 3 de octubre 2000, 2000/25641 núm. 34000/1996 BDJCJPJ.
STEDH 2 de mayo 2000, 2000/5639 núm. 26132/1995 BDJCJPJ.
STEDH 25 de noviembre 1999, 1999/32151 núm. 23118/1993 BDJCJPJ.
STEDH 20 de mayo 1999, 1999/26240 núm. 21980/1993 BDJCJPJ.
STEDH 23 de septiembre 1998, 1998/15002 núm. 0996/1998 BDJCJPJ.
STEDH 1 de julio 1997, 1997/15640 núm. 0783/1997 BDJCJPJ.
STEDH 24 de febrero 1997, 1997/15590 núm. 0733/1997 BDJCJPJ.
STEDH 13 de julio 1995, 1995/11096 núm. 0520/1995 BDJCJPJ.
STEDH 23 de septiembre 1994, 1994/13593 núm. 0480/1994 BDJCJPJ.
STEDH 23 de junio 1994, 1994/13581 núm. 0468/1994 BDJCJPJ.
STEDH 28 de agosto 1992, 1992/13844 núm. 0363/1992 BDJCJPJ.
STEDH 25 de agosto 1992, 1992/13839 núm. 0358/1992 BDJCJPJ.
STEDH 23 de mayo 1991, 1991/12528 núm. 0265/1991 BDJCJPJ.
STEDH 20 de noviembre 1989, 1989/12024 núm. 0200/1989 BDJCJPJ.
STEDH 06 de febrero 2001, 2001/100 núm. 44599/1998 BDJCJPJ.
STEDH 11 de abril 2000, 2000/3912 núm. 37118/1997 BDJCJPJ.
STEDH 30 de marzo 2000, 2000/2879 núm. 26494/1995 BDJCJPJ.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ATC 21 de enero de 1981, núm. 13/1981.
ATC 3 de abril de 1989, núm. 161/1989.
ATC 31 de mayo de 1990, núm. 221/1990.
ATC 9 de marzo de 1990, núm. 103/1990.
ATC 16 de julio de 1990, núm. 297/1990.
ATC 13 de enero de 1992, núm. 5/1992.
ATC 19 de noviembre de 1992, núm. 348/1992.
ATC 21 de enero de 1993, núm. 19/1993.
ATC 11 de enero de 1995, núm. 3/1995.
STC 106/80 de 26 de noviembre de 1980.
STC 16 de marzo de 1981, BOE 89 del 14 de abril.
STC 30/1982 RAJ.
STC 49/1982 de 14 de julio, RAJ.
STC 73/1982, de 2 de diciembre, RAJ.
STC 173/1982, RAJ.
STC 105/1983, 23 de noviembre de 1983, RAJ.
STC 35/1983 de 11 de mayo de 1983, BOE 20 de mayo de 1983.

STC 50/1983 de 14 de junio de 1983, BOE 15 de julio de 1983.
STC 13/85, RAJ.
STC 53/1985 de 11 de abril de 1985, BOE 119 del 18 de mayo.
STC 110/1984 de 26 de noviembre, BOE 305 del 21 de diciembre.
STC 114/84, RAJ.
STC 104/1986 de 17 de julio de 1986, BOE 193 13 de agosto.
STC 159/1986 de 16 de diciembre de 1986, BOE 313 del 31 de diciembre.
STC 159/1987 de 26 de octubre de 1987, BOE 12 de noviembre de 1987.
STC 165/1987 de 27 de octubre de 1987, BOE 21 de noviembre de 1987.
STC 170/1987 de 30 de octubre de 1987, BOE 21 de noviembre de 1987.
STC 89/1987 de 3 de junio RAJ.
STC 107/1988 de 8 de junio, BOE 152 de 25 de junio de 1988.
STC 35/1987 de 18 de marzo de 1987, BOE 14 de abril.
STC 6/1988 de 21 de enero 1988, BOE 5 de febrero.
STC 231/1988 de 2 de diciembre de 1988, BOE 23 de diciembre.
STC 73/1989 de 20 de abril y 29/1998 de 11 de febrero.
STC 94/1989 de 22 de mayo de 1989, BOE 14 de junio.
STC 185/1989 de 13 de noviembre de 1989, BOE 4 de diciembre de 1989.
STC 186/1989 de 13 de noviembre de 1989, BOE 04 de diciembre de 1989.
STC 37/1989 de 15 de febrero de 1989, BOE 2 de marzo de 1989.
STC 51/1989 de 22 de febrero de 1989, BOE 14 de marzo.
STC 105/1990 de 6 de junio, RAJ.
STC 20/1990 de 15 de febrero de 1990, BOE 52 del 2 de marzo.
STC 120/1990 de 27 de junio, RAJ.
STC 171/1990 de 12 de noviembre, RAJ.
STC 172/1990 de 12 de noviembre de 1990, BOE 30 de noviembre de 1990.
STC 141/1991 de 20 de junio de 1991, BOE 22 de julio.
STC 143/1991 de 1 de julio de 1991, BOE 174 del 22 de julio de 1991.
STC 163/1991 de 18 de julio de 1991, BOE 09 de agosto.
STC 197/1991 de 17 de octubre de 1991, BOE 274 de 15 de noviembre.
STC 214/1991 de 11 de noviembre de 1991, BOE 17 de diciembre de 1991.
STC 241/1991 de 16 de diciembre de 1991, BOE 13 de 15 de enero 1992
STC 19/1992 de 14 de febrero de 1992, BOE 17 de marzo de 1992.
STC 40/1992 de 30 de marzo de 1992, BOE 06 de mayo de 1992.
STC 123/92, RAJ.
STC 137/1992 de 13 de octubre de 1992, BOE 17 de noviembre de 1992.
STC 138/1992, RAJ.
STC 219/1992 de 3 de diciembre, BOE 303 del 18 de diciembre.1992.
STC 223/1992 de 14 de diciembre de 1992, BOE 16 de 19 de enero de 1993.
STC 240/1992 de 21 de diciembre, RAJ.
STC 15/1993 de 18 de enero de 1993, BOE 57 de 12 de febrero.
STC 105/1993 de 23 de noviembre, RAJ.
STC 142/1993 de 22 de abril de 1993, BOE 127 del 27 de mayo de 1993.
STC 178/1993 de 31 de mayo en BOE 5 de julio, STC 123/92.
STC 232/1993 de 12 de julio de 1993, BOE 192 de 12 de agosto de 1993.
STC 321/1993 de 8 de noviembre de 1993, BOE 10 de diciembre de 1993.
STC 336/1993 de STC 15 de noviembre de 1993, BOE 295 de 10 de diciembre.
STC 348/1993, RAJ.
STC 41/1994, de 15 de febrero.
STC 136/1994 del 9 de mayo en BOE 140 del 13 de junio de 1994.
STC 143/1994 de 9 de mayo de 1994, BOE 140 del 13 de junio de 1994.

STC 170/1994 de 7 de junio, RAJ.
STC 320/1994 de 28 de noviembre Boletín de Jurisprudencia Constitucional Nº 164 STC 57/1994 de 28 de febrero, BOE 71 del 24 de marzo de 1994.
STC 297/1994 de 14 de noviembre de 1994, BOE 14 de diciembre de 1994.
STC 85/1994, RAJ.
STC 272/1994 de 17 de octubre de 1994, BOE 22 de noviembre.
STC 297/1994 de 14 de noviembre de 1994, BOE 14 de diciembre de 1994.
STC 22/1995 de 30/01/1995, RAJ.
STC 50/1995 RAJ.
STC 76/1995 de 22 de mayo, BOE 147 del 21 de Junio.
STC 78/1995 de 22 de mayo de 1995, BOE 21 de junio.
STC 86/1995 RAJ.
STC 195/1995 RAJ.
STC 132/1995 de 11 de septiembre de 1995, BOE 14 de octubre de 1995.
STC 139/1995 de 26 de septiembre de 1995, BOE 14 de octubre de 1995.
STC 165/1995 de 20 de noviembre de 1995, BOE 28 de diciembre.
STC 173/1995 de 21 noviembre de 1995, BOE 28 de diciembre.
STC 176/1995, RAJ.
STC 183/1995 de 11 diciembre 1995, BOE 12 de enero de 1996.
STC 6/1996 de 16 enero de 1996, BOE 17 de 19 de febrero de 1996.
STC 28/1996 de 26 de febrero 1996, BOE 02-04-1996.
STC 34/1996, RAJ.
STC 52/1996 de 26 de marzo de 1996, BOE 27 de abril de 1996.
STC 54/1996, RAJ.
STC 120/1996 de 8 de julio de 1996, BOE 12 de agosto de 1996.
STC 138/1996 de 16 de septiembre de 1996, BOE 21 de octubre.
STC 190/1996 de 25 de noviembre 1996, BOE 3 de 3 de enero de 1997.
STC 207/1996, RAJ.
STC 3/1997 de 13 de enero, RAJ.
STC 30/1997 de 24 de febrero 1997, BOE 06 de marzo.
STC 151/1997 de 29 de septiembre de 1997, BOE 30 de octubre de 1997.
STC 201/1997 de 25 de noviembre de 1997, BOE 30 de diciembre.
STC 204/1997 de 25 de noviembre de 1997, BOE 30 de diciembre.
STC 144/1998 de 30 de junio de 1998, BOE 30 de julio de 1998.
STC 200/1998 de 14 de octubre 1998, BOE 18 de noviembre de 1998.
STC 232/1998 de diciembre de 1998, BOE 30 de diciembre de 1999.
STC 95/1999 de 31 de mayo de 1999, BOE 29 de junio de 1999.
STC 134/1999 de 15 de julio de 1999, BOE 18 de agosto.
STC 136/1999, de 20 de julio, RAJ.
STC 144/1999 de 22 de julio de 1999, BOE 26 de agosto.
STC 154/1999 de 14 de septiembre de 1999, BOE 19 de octubre de 1999.
STC 180/1999 de 11 de octubre de 1999, BOE 18 de noviembre de 1999.
STC 192/1999 de 25 de noviembre de 1999, BOE 30 de noviembre.
STC 202/1999 de noviembre de 1999, BOE 16 de diciembre de 1999.
STC 224/1999 de 1 de diciembre de 1999, BOE 20 de enero de 2000.
STC 77/1999 de 26 de abril 1999, BOE 1 de junio de 1999.
STC 21/2000 de 31 de enero 2000, BOE 3 de marzo de 2000.
STC 112/2000 de 5 de julio de 2000, BOE 07 de junio de 2000.
STC 115/2000 de 5 de mayo de 2000, BOE 07 de junio de 2000.
STC 282/2000 de 27 de noviembre de 2000, BOE 4 de enero de 2001.
STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000, BOE 04 de enero de 2001.

STC 186/2000 de 1 de julio de 2000, BOE 11 de agosto.
STC 98/2000 de abril de 2000, BOE 18 de mayo de 2000.
STC 81/2001 de 26 de marzo de 2001, BOE 9 de abril de 2001.
STC 256/2001, RAJ.
STC 49/2001 de 26 de febrero de 2001, BOE 30 de marzo de 2001.
STC 186/2001 de 17 de septiembre de 2001, BOE 19 de octubre.
STC 15 de noviembre de 2001, BOE 21 de noviembre de 2001.
STC 119/2001 de 24 de mayo de 2001, BOE 8 de junio.
STC 136/2001 de 18 de junio de 2001, BOE 17 de julio.
STC 156/2001 de 2 de julio de 2001, BOE 26 de julio.
STC 191/2001 de 1 octubre de 2001.
STC 83/2002 de 22 de abril RAJ.
STC 76/2002, 8 de abril RAJ.
STC 127/2003 del 30 de junio RAJ.
S STC 335/2003 de 31 de diciembre de 2002 en CCJC enero-abril 2003.
STC 158/2003 del 15 de septiembre RAJ.
STC 159/2003, de 15 de septiembre RAJ.
STC 171/2004, de 18-10-2004, recurso de amparo 5037-2000.
STC 1/2005 del 17 de enero RAJ.
STC 208/2013, de 16 de diciembre BOE de 17 de enero de 2014.

TRIBUNAL SUPREMO

STS 28 de octubre de 1986, RAJ 6015.
STS 23 de marzo de 1987, RAJ 1716.
STS 26 de junio de 1987, RAJ.
STS 7 de marzo de 1988, RAJ 1603.
STS 14 de octubre de 1988, RJA 7488.
STS 16 de enero de 1991, RAJ 298.
STS 14 de diciembre de 1992 N° 223/1992 BJC.
STS 4 de febrero de 1993 en RAJ 824.
STS 21 de julio de 1993 en RAJ 6273.
STS 28 de julio de 1995, rec. 1212/92.
STS 16 de diciembre de 1996, núm. 1068/1996, rec. 28/1993.
STS 21 de octubre de 1996, núm. 830/1996, rec. 3633/1992.
STS 24 de junio de 1996, núm. 531/1996, rec. 2828/1992. RAJ 4845.
STS 24 de octubre de 1996, núm. 851/1996, rec. 3914/1992. RAJ 8367.
STS 26 de marzo de 1996, núm. 237/1996?, rec. 3000/1992.
STS 26 de septiembre de 1996, núm. 772/1996, rec. 3795/1992
STS 28 de octubre 1996, núm. 854/1996, rec. 3616/1992.
STS 3 de septiembre 1996, rec. 3433/1992.
STS 31 de diciembre de 1996, rec. 3258/1992. RAJ 9478.
STS 31 de diciembre de 1996, núm. 1157/1996, rec. 872/1993. RAJ 9477.
STS 31 de julio de 1996, núm. 702/1996, rec. 3968/1992. RAJ 5575.
STS 4 de septiembre de 1996, núm. 672/1996, rec. 3211/1992.
STS 10 de julio 1997, núm. 660/1997, rec. 1849/1993. RAJ 6305.
STS 31 de enero de 1997, núm. 34/1997, rec. 707/1993. RAJ 253.
STS 11 de septiembre de 1997, núm. 777/1997, rec. 2724/1993.
STS 15 de diciembre de 1997, núm. 1174/1997, rec. 1/1994.
STS 10 de octubre 1997, núm. 857/1997, rec. 2684/1993. RAJ 7265.
STS 13 de febrero de 1997, núm. 85/1997, rec. 252/1993.

STS 16 de abril de 1997, núm. 297/1997, rec. 1478/1993.
STS 20 de mayo de 1997, núm. 413/1997, rec. 1476/1993 RAJ 5147.
STS 21 de mayo de 1997, núm. 441/1997, rec. 1780/1993 RAJ 4122.
STS 24 de enero de 1997, núm. 6/1997, rec. 649/1993 RAJ 19.
STS 25 de noviembre de 1997, núm. 1058/1997, rec. 3008/1993.
STS 30 de julio 1997, núm. 716/1997, rec. 2685/1993.
STS 4 de diciembre de 1997, núm. 1083/1997, rec. 2758/1993.
STS 9 de septiembre 1997, núm. 766/1997, rec. 2235/1993.
STS 31 de enero de 1997 en RJA 1997,847.
STS 13 de junio de 1998, núm. 597/1998, rec. 1258/1994.
STS 13 de octubre de 1998, N° 948/1998, Rec. 1839/1994
STS 23 de febrero de 1998, núm. 177/1998, rec. 788/1995.
STS 30 de enero de 1998, núm. 60/1998, rec. 23/1994.
STS 30 de noviembre de 1998, núm. 1099/1998, rec. 2177/1994.
STS 12 de junio de 1998, núm. 548/1998, rec. 1432/1994.
STS 23 de enero de 1998, núm. 15/1998, rec. 544/1994.
STS 30 de julio de 1998, núm. 808/1998, rec. 871/1994.
STS 7 de diciembre de 1999, núm. 1032/1999, rec. 1049/1995.
STS 15 de enero de 1999, núm. 7/1999, rec. 2431/1994.
STS 16 de febrero de 1999, núm. 117/1999, rec. 1519/1995.
STS 20 de noviembre de 1999, RJA36784.
STS 22 de enero de 1999, núm. 11/1999, rec. 1353/1994.
STS 13 de diciembre núm. 224/1999.
STS 23 de marzo de 1999, núm. 228/1999, rec. 3115/1994.
STS 24 de septiembre de 1999, núm. 754/1999, rec. 36/1995.
STS 25 de enero de 1999, núm. 25/1999, rec. 2187/1994.
STS 27 de marzo de 1999, núm. 256/1999, rec. 2716/1994.
STS 28 de mayo de 1999, núm. 465/1999, rec. 2926/1994.
STS 31 de diciembre de 1999, núm. 1148/1999, rec. 837/1995.
STS 5 de julio de 1999, RJA 5898.
STS 5 de julio de 1999, núm. 600/1999, rec. 3512/1994.
STS 8 de mayo de 1999, núm. 385/1999, rec. 2681/1994.
STS 14 de diciembre de 1999, RJA 9197.
STS 11 de abril de 2000, núm. 426/2000, rec. 1165/1998.
STS 13 de junio de 2000, núm. 623/2000, rec. 2222/1995.
STS 13 de mayo 2000, RJA 1206.
STS 15 de diciembre de 2000, núm. 1134/2000, rec. 3581/1995.
STS 15 de febrero de 2000, núm. 147/2000, rec. 1514/1995.
STS 17 de abril de 2000, núm. 453/2000, rec. 2286/1998.
STS 20 de julio de 2000, núm. 776/2000, rec. 872/1993.
STS 20 de marzo de 2000, núm. 255/2000, rec. 1611/1995.
STS 23 de marzo de 2000, núm. 280/2000, rec. 722/1995.
STS 25 de noviembre de 2000, núm. 982/2000, rec. 3370/1995.
STS 26 de febrero de 2000, núm. 190/2000, rec. 1884/1995.
STS 26 de junio de 2000, núm. 663/2000, rec. 2072/1995.
STS 27 de mayo de 2000, núm. 548/2000, rec. 2387/1995.
STS 27 de septiembre de 2000, núm. 858/2000, rec. 1809/1995.
STS 27 de enero de 2000, núm. 42/2000, rec. 844/1995.
STS 28 de marzo de 2000, núm. 302/2000, rec. 1391/1995.
STS 29 de febrero de 2000, núm. 179/2000, rec. 1764/1995.
STS 30 de mayo de 2000, núm. 530/2000, rec. 2017/1995.

STS 30 de septiembre de 2000, núm. 895/2000, rec. 1908/1995.
STS 5 de julio de 2000, núm. 681/2000, rec. 3945/1998.
STS 9 de octubre de 2000 RJA 9184.
STS 11 de octubre de 2001, núm. 923/2001, rec. 1873/1996.
STS 13 de noviembre de 2001, núm. 1079/2001, rec. 1896/1996.
STS 26 de abril de 2001, núm. 414/2001, rec. 1074/1996.
STS 30 de enero de 2001, núm. 48/2001? rec. 336/1996.
STS 31 de mayo de 2001, núm. 540/2001, rec. 1230/1996.
STS 5 de junio de 2001, núm. 584/2001, rec. 1139/1996.
STS 7 de marzo de 2001, núm. 209/2001, rec. 50/1996.
STS 8 de mayo de 2001 (RJA 2598).
STS 16 de marzo de 2001, núm. 247/2001, rec. 3683/1995.
STS 18 de junio de 2001, núm. 593/2001, rec. 1075/1996.
STS 11 de octubre de 2004, 988/2004.
STS 25 de febrero, núm. 125/2011, Roj. STS 1098/2011.
STS 6 de marzo, núm. 177/2013, Roj. STS 2238/2013.
STS 19 de abril, núm. 270/2012, Roj. STS 2631/2012.
STS 24 de julio, núm. 518/2012, Roj. STS 5731/2012.
STS 9 julio de 2014, núm. 406/2014.
STS 3720/2015, Id Cendoj: 28079110012015100455.
STS 3211/2015, Id Cendoj: 28079110012015100420.
STS 2957/2015, Id Cendoj: 28079110012015100353.
STS 2955/2015, Id Cendoj: 2807911001201510035.
STS 2195/2015, Id Cendoj: 28079110012015100270.
STS 2080/2015, Id Cendoj: 28079110012015100269.

CORTE SUPREMA DE LA NACION ARGENTINA

CSJN 11/12/1984, “Ponzetti de Balbín vs Editorial Atlántida S.A.” LL, 1985-B-120, JA 1985-I-534 y 15/3/1986 .
CSJN “Campillay Julio vs. la Razón, Crónica y Diario popular”, ED, 118-305.

ÍNDICE BIBLIOGRÁFICO

- 1) AARNIO, AULIS: “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario de facultad de derecho da universidad da Coruña*, Nº 4, 2000.
- 2) ACOSTA, MANUEL: “El derecho al honor del particular y la libertad de expresión”, *PJ*, núm. 36, 2 época, 1994.
- 3) ADROGUÉ, CARLOS A: “Sobre la Libertad de Expresión” en *Anales de la Academia*, Año III 2ª Nº 10.
- 4) AGUIAR DE LUQUE, LUIS: “Los límites de los derechos fundamentales”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 14, 1993.
- 5) AGUILAR FERNÁNDEZ, ANTONIO: *La libertad de expresión del ciudadano y la libertad de prensa o información (posibilidad y límites constitucionales)*, Comares, Granada, 1990.
- 6) AGUILÓ LUCIA, LLUÍS: “El debate secreto en las Comisiones de Investigación y el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen”, en: PAU VALL, F.: *Parlamento y Opinión Pública*, Tecnos, Madrid, 1995.
- 7) ALAMILLO DOMINGO, FERNANDO: “Criterios de resolución del Conflicto entre la protección del honor y las libertades de expresión e Información”, en *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 3589, 1994.
- 8) ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho civil I* introducción y parte general, Bosch, Barcelona, 1989.
- 9) ALBALADEJO, MANUEL: *Derecho civil t. I v. II*, Bosch, Barcelona 1985.
- 10) ALBERTI ROVIRA, ENOCH: “Libertad de información y derecho a la privacidad y al honor, en España y en la convención europea de derechos humanos” en *Revista Jurídica ius et praxis*, Vol. Nº 001, 2000, Universidad de Talca, Chile.
- 11) ALEGRE MARTÍNEZ, MIGUEL ÁNGEL: *El derecho a la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1997.
- 12) ALEXANDER HAMILTON- JAMES MADISON - JOHN JAY: *El federalista*, Fondo de Cultura Económica, 2001.
- 13) ALEXY, ROBERT: “On the structure of legal principles”, en *Ratio Juris*, v. 13, Nº 3, septiembre de 2000.
 - “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, en *Doxa*, Nº 5, 1988.
 - *El concepto y validez del Derecho*, trad. de J. M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1997.
 - *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
 - *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
 - *Theorie der Grundrechte* (1985; segunda edición 1994). Traducida por Ernesto Garzón Valdés como *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- 14) ALONSO ÁLAMO, MERCEDES: “Protección penal del honor. Sentido Actual y límites constitucionales” en *anuario de derecho penal y ciencias penales*, 1983, núm. 36.
- 15) ALONSO, EDUARDO: *El derecho al honor en la ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Civitas, 2016, Pamplona.
- 16) ALONSO PÉREZ, MARIANO: “Reflexiones sobre el concepto y valor de la persona en el Derecho civil de España”, en *ADC*, 1983.

- 17) ALTERINI, AMEAL Y LÓPEZ CABANA: *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995.
- 18) ALTERINI, ATILIO Y FILIPPINI, ANÍBAL: “Comentario a la doctrina Campillay”, La Ley 198-C.
 - “Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo”, *La Ley*, 1986-C-406.
- 19) ALTERINI, ATILIO Y LÓPEZ CABANA, ROBERTO: *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, La Ley, Buenos Aires, 1988.
 - “Mecanismos alternativos de la responsabilidad civil”, *DJ.*, 1990-1-977.
- 20) ALTERINI, ATILIO, *Lesión al crédito y responsabilidad del estado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- 21) ÁLVAREZ CONDE, ENRIQUE: “Algunos aspectos del régimen jurídico de la prensa”, *Revista de Derecho Político*, núm. 34, 1991.
- 22) ÁLVAREZ GARCÍA, FRANCISCO JAVIER: *El derecho al honor y las libertades de información y expresión: algunos aspectos del conflicto entre ellos*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- 23) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, NORBERTO: “La intimidad: ¿Derecho de todos o privilegio de algunos?”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares v. 7*, curso 1997-1998, 1998.
- 24) ÁLVAREZ LATA, NATALIA: “Responsabilidad civil por actividades empresariales de riesgo”, en *Lecciones de responsabilidad civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- 25) ÁLVAREZ PRIETO, LUIS: “El derecho a la intimidad como límite al derecho a la libertad de información”, boletín oficial del colegio de abogados de Madrid, núm. 3, 1986, Mayo-Junio.
- 26) ÁLVAREZ PRIETO, TOMAS: *La dignidad de la persona*, Civitas, Madrid, 2005.
- 27) ÁLVAREZ, NORBERTO: “Reflexiones en torno al concepto de usos social”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 63, 1981.
- 28) ALZAGA VILLAAMIL, OSCAR: *La Constitución Española de 1978* (comentario sistemático), del foro, Madrid, 1978.
- 29) AMAT LLARI, EULALIA: “El derecho a la propia imagen como derecho de la personalidad y como derecho patrimonial. Comentario a la STC de 26 de marzo de 2001”, en *Revista jurídica de Catalunya*, 2003, N° 2.
 - *El derecho a la propia imagen y su valor publicitario*, La Ley, Madrid, 1992.
- 30) ANDRADA, ALEJANDRO DALMASIO: *Responsabilidad civil de los medios de comunicación. El factor de atribución*, Juris, Rosario, 1998.
- 31) ANSUÁTEGUI, JAVIER: “Creación judicial del derecho: crítica de un paradigma” en *el derecho en red, Estudios en homenaje al profesor Mario G. Losano*, Dykinson, Madrid, 2006.
- 32) ARGUELLO, LUÍS RODOLFO: *Manual de Derecho Romano*, Astrea, Buenos Aires, 1981.
- 33) ASÍS ROIG, RAFAEL: “Sobre los límites de los derechos”, *derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 3, 1994, mayo-diciembre.
 - *Jueces y normas. La decisión judicial desde el ordenamiento*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- 34) ATIENZA NAVARRO, MARÍA LUISA: “Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por los daños al honor, a la intimidad y a la propia imagen”. en *Veinticinco años de aplicación de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* / coord. por José Ramón de Verda y Beamonte, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2007.
 - “Indemnizaciones de daños y perjuicios e intromisiones ilegítimas en los derechos al honor a la intimidad y a la propia imagen”, *Revista Boliviana de derecho* N° 15, enero 2013.

- 35) ATIENZA, MANUEL Y RUIZ MANERO, JUAN: “Sobre principios y reglas”, en *Doxa*, N° 10, 1991.
• *Las piezas del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.
- 36) AUGER LIÑÁN, CLEMENTE: “Derecho al honor y a la intimidad: el problema en la realidad y en el derecho”, en *Jueces para la democracia*, N° 7, septiembre, 1989.
• “La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de derecho judicial*, XXXV, Madrid, 1993.
- 37) AZPARREN LUCAS, AGUSTÍN: “Intromisión en el honor e intimidad de las personas por medio de sentencias”, en *Actualidad y derecho*, v. I, 1992.
- 38) AZURMENDI, ANA: *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho a la información*, Civitas, Madrid, 1997.
- 39) BACIGALUPO, ENRIQUE: *Delitos contra el honor*, Dykinson, 2000
- 40) BADENI, GREGORIO: “El derecho de réplica”, *ED*, 116-795.
• *Tratado de la libertad de prensa*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1997.
- 41) BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL: “Protección del honor y de la intimidad”, en Manuel Cobo del Rosal (Dir.): *Comentarios a la Legislación penal, Derecho penal y constitucional*, v. I, Edersa, Madrid, 1982.
• *Manual de derecho penal parte especial*, Ramón Areces, Madrid, 1991.
- 42) BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO, “Derechos fundamentales y constitución normativa”, en *Introducción de los derechos fundamentales*, v. I Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.
- 43) BALAGUER CALLEJÓN, FRANCISCO-CÁMARA VILLAR, GREGORIO-LÓPEZ AGUILAR, FERNANDO-CANO BUESO, JUAN-BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA-RODRÍGUEZ, ÁNGEL: *Manual de derecho constitucional*, v. II, Tecnos, Madrid, año 1999.
- 44) BALAGUER CALLEJÓN, MARÍA LUISA: *El derecho fundamental al honor*, Tecnos, Madrid, 1992.
- 45) BARNETT, STEPHEN R: “El derecho a la propia imagen: el right of publicity norteamericano y su correspondencia en el derecho español”, *Revista de derecho mercantil*, N° 237, 2000.
- 46) BARRA, RODOLFO CARLOS: “La libertad de prensa en la reciente Jurisprudencia de la Corte Suprema”, LL 1994-B-1139.
- 47) BASTTIDA FREIJEDO, FRANCISCO; VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO; REQUEJO RODRÍGUEZ, PALOMA; PRESNO LINERA, MIGUEL; ALAEZ CORRAL, BENITO. FERNÁNDEZ SARASOLA, IGNACIO: *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, Madrid 2004.
- 48) BATLLE SALES, GEORGINA: *El derecho a la intimidad privada y su regulación*, Marfil, 1972.
- 49) BEL MALLÉN, JOSÉ IGNACIO: “El principio de excepcionalidad: Los derechos personales”, en *Derecho de la información. Los mensajes informativos*, Colex, Madrid, 1994
- 50) BELLO LANDROVE, FEDERICO: “Infracciones contra el honor: algunas cuestiones relevante, en *RGLJ*, XII, 1986.
- 51) BELLÓN MOLINA, FRANCISCO ANTONIO: “La condena a indemnizar los perjuicios causados en la ley Orgánica 1/1982. Especial referencia al daño moral”, en *AC*, 1998, 2.
- 52) BELLUSCIO, AUGUSTO: “Daños causado por la publicación de noticias”, en *Derecho de daños*, La Rocca, Buenos Aires, 1989.
- 53) BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, JOSÉ: “*La construcción jurídica de los derechos de la personalidad*” en discursos leídos ante la Real Academia de Jurisprudencia y legislación en

- la recepción publica del Excmo. Señor DON JOSÉ BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO el día 29 de marzo, Madrid, año 1976.
- 54) BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, RODRIGO: *Derecho de la persona*, Montecorvo, Madrid, 1976.
• “Comentario a la STS de 7 de marzo de 1988”, *CCJC*, enero-marzo, 1988, núm. 16.
- 55) BERCOVITZ RODRÍGUEZ, RODRIGO -CANO, JAVIER SERRA CALLEJO Y MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ DOMÍNGUEZ, *Legislación sobre el honor, la intimidación y la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1990, N° 43.
- 56) BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, IGNACIO: “Los límites entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad” en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, t. XLIV, 1991.
• *Honor y libertad de expresión, las causa de justificación en los delitos contra el honor*, Tecnos, Madrid, 1987.
- 57) BERNAL PULIDO, CARLOS: *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005.
- 58) BETTI, EMILIO: *Court de droit civil comparé des obligations*, Giufré, Milán 1958.
- 59) BIANCHI, ENRIQUE TOMAS Y GULLCO, HERNÁN VÍCTOR: *El derecho a la libre expresión. Análisis de los fallos nacionales y extranjeros*, librería editorial Platense, La Plata, 1997.
- 60) BIANCHI, ENRIQUE Y GULLCO, HERNÁN: “La libertad de expresión y algunas doctrinas extranjerizantes”, *JA* 1994-II-839, en esp. n. IV
- 61) BIDART CAMPOS, GERMÁN: “Medios de comunicación en la democracia: libertad de expresión, empresa, poder social, proyección institucional”, *Revista doctrina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal*, año 1, núm. 1, enero de 2000.
• “Noticias erróneas difundidas por la prensa y resarcimiento del daño moral a la víctima”, *ED*, 118-304, Buenos Aires.
• “Tratado Elemental de derecho constitucional, Ediar, t. I y II, Buenos Aires, 1988.
- 62) BLANCO QUINTANA, MARÍA JESÚS: “El derecho al honor y las libertades de expresión e información en la Jurisprudencia del tribunal constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, N° 93. curso 1999-2000, 2000.
- 63) BLÁZQUEZ ANDRÉS, M. CONSUELO Y CARRASCOSA LÓPEZ, VALENTÍN: “Intimidad personal y limitaciones”, en *Informática y derecho*, N° 4, 1994.
- 64) BONET RAMÓN, FRANCISCO: “Compendio de Derecho Civil”, *Revista de Derecho Privado*, t. I, Madrid, 1959.
- 65) BOTANA, NATALIO R: “El periodismo responsable”, *diario La Nación* del 9/6/2002.
- 66) BOUZAT, GABRIEL: “Libertad de expresión y estructura social: el derecho de réplica”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 3, 1989.
- 67) BRAJNOVIC, LUKA: *Deontología periodística*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1978.
- 68) BRICOLA, FRANCO: “Prospettive e limiti della Tutela Penale della Riservatezza”, en *Il Diritto alla Riservatezza e la sua tutela Penale*, Milano, 1970.
- 69) BROSSER, WILLIAM: “Law Privacy”, *California law review* 48, 1960.
- 70) BUERES, ALBERTO J: “El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta” en *Derecho de daños* en homenaje al Dr. Jorge Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989.
• “Comentario al art. 1066”, en *Código civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y Jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- 71) BUSNELLI, FRANCESCO DONATO: “La parábola della responsabilita civile”, *Revista Critica di Diritto Privato*, VI-4, Nápoles, diciembre 1988.

- “Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona”, *RCDP*, 1987-1.
- 72) BUSTAMANTE ALSINA, JORGE: “Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agravantes (en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, *La Ley*, 1989-D-885.
- *Teoría general de la responsabilidad civil*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993.
 - “La protección jurídica de la vida privada frente a la actividad del estado y a las modernas técnicas de información” en *Responsabilidad civil y otros estudios*; t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
 - “Nuestro derecho común interno frente a la doctrina Jurisprudencial norteamericana de la actual malice” (a propósito de los casos “Morales Solá” y “Gesualdi”), *LL* 1997-A-936.
 - “Responsabilidad de los órganos de prensa por informaciones inexactas”, *La Ley*, 1989-B-286.
 - *Responsabilidad Civil y otros estudios*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992.
- 73) BUSTO LAGO, JOSÉ MANUEL: “La responsabilidad civil en el proceso penal” en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- *La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, Tecnos, Madrid, 1998.
- 74) RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: *Comentarios al código penal*, Civitas, Madrid, 1997, p
- 75) BUSTOS GISBERT, RAFAEL: “El concepto de libertad de información a partir de su distinción con la libertad de expresión”, *Revista de Estudios Políticos*, 1994, núm. 85.
- 76) BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: “Los límites de los derechos de libre expresión e información según la Jurisprudencia”, en *Estudios sobre derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992.
- BUSTOS PUECHE, JOSÉ ENRIQUE: *Manual sobre bienes y derechos de la personalidad*, Dykinson, Madrid, 1997.
- 77) CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA: “Comentario a la STC 81/2001, de 26 de marzo”, en *CCJC*, núm. 57/2001 Octubre-Diciembre 2001.
- *Derecho a la intimidad*, Tirant lo blach, valencia, 1998.
- 78) CALABRESI, GUIDO Y HIRSCHOFF, JOHN T: “Hacia un test de la responsabilidad objetiva en el derecho de la responsabilidad extracontractual” en *Responsabilidad extracontractual*; compilador ROSENKRANTZ, CARLOS F. Gedisa SA y Yale law school, Barcelona, 2005.
- 79) CALAZA LÓPEZ, MARÍA SONIA: “La tutela Jurisdiccional del honor, la intimidad y la propia imagen”. *Constitución y democracia: ayer y hoy*: libro homenaje a Antonio Torres del Moral, v. 2, 2012.
- 80) CANO, RODRIGO: *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*, Tecnos, Madrid, 1990.
- 81) CARBAJO CASCÓN, FERNANDO: “Corrupción pública, corrupción privada y el derecho privado patrimonial: Una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión”, en *la corrupción en el mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, Ratio legis, Salamanca 2004.
- 82) CARBONELL MATEU, JUAN CARLOS: *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*, Edersa, Madrid, 1982.
- 83) CARBONNIER, JEAN: *Droit civil. I/Les personnes. Personnalité, incapacités, personnes morales*, 21ª ed. refundida para les personnes y 17ª ed. Refundida para les incapacités, Paris, 2000.

- 84) CARDENAL MURILLO, ALFONSO Y SERRANO GONZALES DE MURILLO, JOSÉ LUIS: *Protección Penal del Honor*, Civitas, Madrid, 1993.
- 85) CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN: “Conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor (Comentario a la sentencia del tribunal constitucional de 11 de noviembre de 1991)”, en *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 47, 1992.
- *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991.
- 86) CARRANZA TORRES, LUIS R: *¿Qué es el derecho a la imagen? en Habeas data: la protección jurídica de los datos personales*, Alveroni ediciones, Córdoba, 2001.
- 87) CARRASCO PERERA, ÁNGEL: “Los derechos de la personalidad”, en *derecho civil*, Tecnos, Madrid, 1996.
- “Comentario a la STS de 14 de diciembre de 1993”, en *CCJC*, 1993, 894
 - “El juicio de razonabilidad en la justicia constitucional”, en *REDC*, núm.11.
- 88) CARRILLO, MARC: “Derecho a la información y veracidad informativa (Comentario a las SSTC 186/86 y 6/88)”, *REDC*, núm. 23, 1988.
- “El derecho a la propia imagen del art. 18.1 de la CE”, en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
 - “Libertad de expresión persona jurídicas y derecho al honor”, en *Derecho privado y constitución*, Nº 10, 1996.
 - “Libertad de expresión y derecho de rectificación en la Constitución Española”, *Revista de Derecho Político*, núm. 23, 1986.
 - El derecho a no ser molestado, Thomson Aranzadi, 2003.
 - *Los límites de la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978*, PPU, Barcelona, 1987.
- 89) CASAS VALLÉS, RAMÓN: “Comentario a la sentencia del TS de 9 de febrero 1990”, *CCJC*, abril-agosto 1990, núm. 23.
- “Derecho a la imagen: el consentimiento y su revocación”, en *PJ*, núm.14, 1988.
 - “Honor, intimidad e imagen: su tutela en la LO 1/82”, en *Revista jurídica de Catalunya*, Nº 2, 1989.
 - “Sobre la libertad de información y sus límites”, *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 3, 1988.
- 90) CASIELLO, JUAN JOSÉ, “Atipicidad del ilícito civil” en *Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Doctor Atilio Aníbal Alterini*, Abeledo Perrot, Buenos aires, 1997
- 91) CASTÁN TOBEÑAS, José, “Los derechos de la personalidad”, en *RGLJ*, Reus, 1952.
- *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t I v. II Introducción y Parte General, Reus, Madrid, 1971.
 - “La protección al honor en el derecho español”, en *RGLJ*, Separata, 1987.
- 92) CAVANILLAS MÚGICA, SANTIAGO Y GRIMALT SERVERA, PEDRO: “Honor, intimidad y propia imagen”, en www.Iustel.com.
- 93) CERVANTES ARGÜELLES, MARÍA DEL CARMEN: “Puntualizaciones sobre el derecho al honor”, en *Actualidad y derecho*, Nº 30, 1993.
- 94) CHINCHILLA MARÍN, CARMEN: “Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre”, *PJ*, 1986, núm. 3.

- “El derecho al honor en la Jurisprudencia del tribunal constitucional”, en *Honor, Intimidad y Propia Imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- 95) CIFUENTES, SANTOS: *Derechos personalísimos*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- 96) CLARK, ERIC: *Los creadores del consumo. Destapando la industria de la publicidad: cómo nos hacen comprar*, sudamericana, Buenos Aires, 1989,
- 97) CLAVERÍA GOSÁLBEZ, LUIS HUMBERTO: “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la ley Orgánica 1/1982”, *ADC*, v. 36, núm. 4, 1983.
- “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, a la intimidad y la propia imagen”, en *ADC*, v. XLVII, N° 3, jul.-sept., 1994.
 - “Notas para la construcción jurídica de los llamados derechos de la personalidad”, en Libro Homenaje al profesor José Beltrán de Heredia y castaño, Universidad de Salamanca, 1984.
- 98) COBO DEL ROSAL, MANUEL Y VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR: *Derecho Penal. Parte General*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.
- 99) COLOMBRES, HUGO Y LEAL, MARIO RODOLFO: “*Derecho a la intimidad*” Ponencia presentada en primer congreso nacional de derecho, Universidad Nacional de Tucumán, Septiembre de 2004.
- 100) CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, JOSÉ LUÍS: *Honor, Intimidad e Imagen: un análisis Jurisprudencial de la LO 1/1982*, Bosch, Madrid, 1996,
- 101) CONESA SÁNCHEZ, FERNANDO: *La libertad de empresa periodística*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1978.
- 102) COOLEY, THOMAS: *The elements of torts*, Cornell University Library, 2009.
- 103) CORNU, G: *Droit civil. Introduction. Les personnes. Les biens*, 11ª ed., Paris, 2003.
- 104) COSSIO Y MARTÍNEZ, MANUEL: *Derecho al honor: técnicas de protección y límites*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- 105) COTA, SERGIO: “*La noción de persona y su evolución conceptual*” en anuario de derechos humanos de la Universidad Complutense de Madrid, v. 1, 2000.
- 106) COUSIDO GONZÁLEZ, MARÍA PILAR: *Derecho a la comunicación*, Colex, Madrid, 2001.
- 107) COVIELLO, NICOLA: *Manuale di diritto civile italiano*, 3ª ed., Milán, 1924.
- 108) CREMADES, JAVIER: “Los Límites de la libertad de expresión en el ordenamiento jurídico español”, La Ley, las rozas, 1995.
- 109) CREVILLÉN SÁNCHEZ, CLEMENTE: *Derechos de la personalidad. Honor, intimidad personal y familiar y propia imagen en la Jurisprudencia*, Actualidad editorial, Madrid, 1995.
- 110) CUCHI DENIA, JAVIER MANUEL: “*La libertad de información versus el derecho al honor: ¿De la técnica de la ponderación a la prevalencia de la primera?*”, en *RGD*, N° 619, abril, 1996.
- “*La nueva regulación penal del derecho al honor y su incidencia en la libertad de información*”, en *RGD*, N° 649-650, oct.-nov., 1998.
- 111) DE ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN: “Culpa y responsabilidad civil en la vieja Jurisprudencia: La falacia de la responsabilidad objetiva” en obra colectiva *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, v. 8, Colegio de registradores, Madrid, 1988.
- 112) DE ÁNGEL YAGÜES, RICARDO: “Intromisión ilegítima, antijuridicidad, culpabilidad, daño y resarcimiento. Los sujetos activos y pasivos”; en *Cuadernos de derecho judicial* T XXXV, Madrid, 1993.

- “Comentario del art. 1903 CC”, en *Comentario del Código Civil t II*; Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
 - “La protección de la personalidad en el derecho privado”, en *RDN*, enero-marzo 1974.
 - “Lecciones sobre responsabilidad civil”, publicaciones de la Universidad de Deusto, Bilbao, 1978.
 - “*Responsabilidad por informar*” en *Perfiles de la responsabilidad en el nuevo milenio*, Coordinado por Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, 2000.
- 113) DE ANTONIO GONZÁLEZ, JOSÉ: “La interpretación del tribunal constitucional en materia de libertad de expresión”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Curso 91-92, núm. 80.
- 114) DE CARRERAS SERRA, LLUÍS: *Régimen jurídico de la información. Periodistas y medios de comunicación*, Ariel, Barcelona, 1996.
- 115) DE CASADEVANTE ROMANÍ, CARLOS FERNÁNDEZ: *La aplicación del convenio europeo de derechos humanos en España*, Tecnos, Madrid, 1988.
- 116) DE CASTRO Y BRAVO, FEDERICO: “Los llamados derechos de la Personalidad”; *ADC*, Madrid, octubre y noviembre 1959.
- *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1991
 - *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid, 1991.
 - *Temas de derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 1972.
- 117) DE COSSIO Y CORRAL, ALFONSO: *Instituciones de Derecho Civil T 1*, alianza universidad, Madrid, 1977,
- 118) DE COSSÍO, MANUEL: *Derecho al honor. Técnicas de protección y límites*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- 119) DE CUPIS, ADRIANO: *Il dirirri Della personalita*, Giuffrè Milano, 1982.
- “I diritti della personalitá”, en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Giuffrè, Milano, 1959.
 - *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. I, Milano, 1966.
 - *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, vol. II, Milano, 1970.
- 120) DE DIEGO, FELIPE Clemente: “El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código Civil”, *RDP*, 1918.
- 121) DE ESTEBAN, JORGE Y LÓPEZ GUERRA, LUIS: *El régimen constitucional español*, Labor, Madrid, 1984.
- 122) DE LA MAZA GAZMURI, IÑIGO: “La explotación comercial no consentida de la imagen el derecho de publicidad (right of publicity) en el caso estadounidense”, en Veinticinco años de aplicación de la ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen / coord. por José Ramón de Verda y Beamonte, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2007.
- 123) DE LA VÁLGOMA, MARÍA: “*Comentario a la ley orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*”. *ADH*, Universidad Complutense de Madrid, 1983.
- 124) DE MARTINO, VITTORIO: *Commentario teorico-pratico al Codice Civile*, libro I, Pem, Roma, 1971
- 125) DE OTTO, IGNACIO: “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades”, en *Derechos fundamentales y constitución*, Civitas, Madrid, 1988.

- 126) DE VEGA RUIZ, JOSÉ AUGUSTO: “Derechos y libertades en los medios de comunicación social. Los límites a la libertad de expresión”, *PJ*, núm. 13, (especial).
- 127) DE VERDA Y BEAMONTE JOSÉ RAMÓN: “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen como límites del ejercicio de los derechos fundamentales de información y de expresión: ¿Una nueva sensibilidad de los tribunales?” *Derecho privado y constitución*, N° 29, 2015.
- “Las intromisiones legítimas en los derechos a la propia imagen y a la propia voz (Un estudio del art. 8.2 de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, a la luz de la reciente Jurisprudencia)”, en *La Ley*, 11 de julio de 2007.
 - Veinticinco años de aplicación de la ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2007.
 - “Comentarios a la STS 7 de marzo de 2006” en *CCJC* N° 74, mayo-agosto, 2007.
- 128) DELGADO PIQUERAS, FRANCISCO: “De nuevo sobre el derecho a la intimidad personal de los famosos y la libertad de información, La STC 197/1991, de 17 de octubre)”, *REDC*, 1992, núm. 36.
- 129) DESANTES GUANTER, JOSÉ MARÍA Y SORIA, CARLOS: “Los límites de la información”, en *Cuadernos de Periodistas* (primera etapa), núm. 2, Asociación de la prensa de Madrid, Madrid, 1991.
- “La verdad en la información”, servicios de publicaciones de la diputación provincial de Valladolid, 1976.
 - *La información como derecho*, nacional, Madrid, 1974.
 - “Intimidad e información, derechos excluyentes”, *nuestro tiempo* núm. 213, Pamplona, 1972.
 - “De la libertad de expresión al derecho a la información”, *Persona y derecho*, núm. 24 1991.
- 130) DÍAZ REVOIRO, FRANCISCO JAVIER: “*La intimidad corporal en la Jurisprudencia constitucional*”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Feriό Ceriol*, N° 20/21, verano y otoño, 1998.
- 131) DÍEZ PICAZO, LUIS Y PONCE DE LEÓN: *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 2000
- 132) DÍEZ PICAZO, LUIS: *Derecho y Masificación*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1979.
- Estudios sobre la Jurisprudencia civil; v. I. Tecnos, Madrid, 1979.
 - “La interpretación de la ley”, *ADC*, 1970.
 - “Comentario del art.1255 del Código Civil”, en la obra colectiva *Comentario del Código Civil*, Secretaría General Técnica. Centro de publicaciones, Madrid, 1991.
 - “Los preámbulos de las leyes”, *ADC*, 1992.
 - “Comentario del art. 1.3 del Código civil”, en *Comentarios a las reformas del Código Civil*. El nuevo Título Preliminar del Código, la ley de 2 de mayo de 1975, Tecnos, Madrid, 1987.
- 133) DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, IGNACIO: “La ley de utilización de videocámaras”, en *Tribunales de justicia*, N° 10, 1997.
- 134) DÍEZ-PICAZO, LUIS Y GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO: *Instituciones de Derecho Civil*, Tecnos, Madrid, 1995.
- *Sistema de derecho civil*, vol. I, Tecnos, año 1992-1997.

- *Sistema de Derecho Civil, Vol. I* 8ª edic. Tecnos, Madrid, 1994.
- 135) DOMINGO PÉREZ, TOMÁS DE Y MARTÍNEZ-PUJALTE, ANTONIO LUÍS: *¿Conflictos entre derechos fundamentales?: un análisis desde las relaciones entre los derechos a la libre expresión e información y los derechos al honor y la intimidad*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001.
- 136) DREYER, EMMANUEL: “Pitié pour le Code civil (Au sujet d’une proposition de loi ‘visant à donner un cadre juridique au droit à l’image et à concilier ce dernier avec la liberté d’expression’”, *petites affiches*, núm. 91, 6 mai 2004.
- 137) DWORKIN, RONALD: *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1995.
 - *Freedom’s law. The moral Reading of the American constitution*, Oxford University Press; New York 1996. Edition obtained in Bristol University of England, Dykinson, Madrid, 1998.
- 138) EIRANOVA ENCINAS, EMILIO: “Honor, dignidad e intimidad de la persona”, en *La Ley* v. 6, año 2000.
- 139) ENNECCERUS, LUDWIG-NIPPERDEY, HANS CARL: *Tratado de Derecho civil, Parte General*, t. I., vol. 1º ENNECCERUS-KIPP-WOLFF, trad. 39ª ed. alemana por Pérez González y Alguer, 2ª ed. al cuidado de Puig Brutau, Barcelona, 1953.
- 140) ESCOBAR DE LA SERNA, LUÍS: *Derecho de la información*, Dykinson, Madrid, 1998.
- 141) ESPÍN ALBA, ISABEL: “Comentario a la STS (Sala 1º) de 26 de julio de 1995”, *RDP*, septiembre 1996.
- 142) ESPINAR VICENTE, JOSÉ MARÍA: “La primacía del derecho a la información sobre la intimidad y el honor”, en Luís García San Miguel Rodríguez-Arango (ed.): *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992.
- 143) ESPINOZA, JUAN: *Derecho de las personas*, Huallaga, Lima, 3º edit. 2001.
- 144) ESTEVILL, LUIS PASCUAL: *Derecho de daños*, t. II, Bosch, Madrid, 1995
- 145) ESTRADA ALONSO, EDUARDO: “El derecho a la imagen en la ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo (1 y 2)”, en *Actualidad Civil* v. 2, Nº 25-26, 1990.
 - *El derecho al honor en la ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982*, Civitas, año 1988.
- 146) FARIÑA MATONI, LUÍS MARÍA: *El derecho a la intimidad*, Trívium, Madrid, 1983.
- 147) FAYOS GARCÓ, ANTONIO Y HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO: *Derecho a la intimidad y medios de comunicación*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- 148) FERNÁNDEZ MARTIN GRANIZO, MARIANO: “Imputabilidad y responsabilidad objetiva”, *ADC*, 1968.
 - *Los daños y la responsabilidad objetiva en el derecho español*, Aranzadi, Pamplona, 1972.
- 149) FERNÁNDEZ MIRANDA CAMPOAMOR, ALFONSO: “Libertad de expresión y derecho de la información, en la obra Constitución Española de 1978”, *Comentarios a las leyes políticas*, t. II, dirigidos por ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, Edersa, Madrid, 1984.
- 150) FERNÁNDEZ, TOMAS RAMÓN: *De la arbitrariedad del legislador. Una crítica de la Jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1998.
- 151) FERRARA, FRANCESCO: *Teoría del negozio illecito nel diritto civile italiano*, Società dittrice libreria, Milano, 1914,
- 152) FERRARA, LUIGI: *Il diritto sulla propria immagine*, Edizione Italiane, Roma, 1942.
 - *Trattato de diritto civile italiano*, v. I, Athenaeum Roma, 1921.
- 153) FERREIRA RUBIO, DELIA: *El derecho a la intimidad*, editorial Universidad, Buenos Aires, 1982.

- 154) FRANK REINHARD: *Das Strafgesetzbuch Für das Deutsche Reich Tübingen*, 1926.
- 155) FREIXES SANJUÁN, TERESA: “El contenido esencial de los derechos fundamentales a través de los límites o en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 C.E”. En *X Jornadas de Estudio. Introducción a los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, v.1, Madrid, 1988.
- 156) GALETTA DIENA, URANIA: “El principio de proporcionalidad en el derecho comunitario”, *Cuadernos de Derecho público* N°5, INAP.
- 157) GARCÍA ALONSO, ENRIQUE: *La interpretación de la constitución*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1984.
- 158) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, Civitas, Madrid, 1981.
- *La lucha contra las inmunidades del poder*, Tecnos, Madrid, 1983.
- 159) GARCÍA GARCÍA, CLEMENTE.- GARCÍA GÓMEZ, ANDRÉS: *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión. Su protección jurídica*, cámara oficial de comercio y colegio de abogados de Murcia, Murcia, 1994.
- 160) GARCÍA HERRERA, ÁNGEL MIGUEL: “Estado democrático y libertad de expresión” en *Revista de la Facultad de Derecho de la universidad complutense*, invierno 1982.
- 161) GARCÍA LÓPEZ, RAFAEL: *Responsabilidad civil por daño moral*, Bosch, Madrid, 1990.
- 162) GARCÍA PÉREZ, CARMEN: *Titulares de los bienes de la personalidad. Legitimación para defenderlos: especial referencia a la ley orgánica 1/1982*, Tirant lo blanch, Valencia, 2001.
- 163) GARCÍA SAN MIGUEL RODRÍGUEZ-ARANGO, LUÍS: “Reflexiones sobre la intimidad como límite de la libertad de expresión”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1992.
- 164) GARCÍA VALDECASAS, ALFONSO: *El hidalgo y el honor*, Revista de accidente, Madrid, 1958.
- 165) GARCÍA, CLEMENTE Y GARCÍA GÓMEZ, ANDRÉS: *Colisión entre el derecho a la intimidad y el derecho a la información y opinión: su protección jurídica*. Cámara Oficial de Industria y Navegación [etc.], Murcia 1994.
- 166) GARCÍA, CLEMENTE: *El derecho a la intimidad y la dignidad en la doctrina del TS*, Universidad de Murcia, 2003.
- 167) GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, ANTONIO: “La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio de la libre expresión”, en *Libertad de expresión y derecho penal*, Edersa, Madrid, 1985.
- 168) GARUTTI, MILANO: *Il diritto all'onore e la sua tutela civilistica*, edit. Cedam, Padua, 1985.
- 169) GASCÓN, MARINA: *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, CEC, Madrid, 1990.
- 170) GAYARA DE CARA, JUAN CARLOS: *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Borm*, CEC, Madrid, 1994.
- 171) GELLI, MARÍA ANGÉLICA: *La constitución de la Nación Argentina comentada y Concordada*, La Ley, 2003 (segunda edición ampliada y actualizada).
- 172) GENEROSO HERMOSO, MARÍA FLOR Y PUYOL MONTERO, JAVIER: *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidad y derecho de rectificación*, Edigener, Madrid, 1991.
- 173) GITRAMA GONZÁLEZ, MANUEL: “Imagen (derecho a la propia)” en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*. Tomo XI, Barcelona 1979.

- Voz “*Imagen (derecho a la propia)*”. Nueva enciclopedia jurídica, T XI, Barcelona 1962. El derecho a la propia imagen hoy en homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goitysolo.
 - “El derecho a la propia imagen hoy”, en Libro Homenaje a J.B. Goytisoló, Consejo General del Notariado, vol. VI, Madrid, 1988
- 174) GÓMEZ POMAR, FERNANDO Y AGRAFORO VÁSQUEZ, IRÍA: “Culpa de la víctima y derecho sancionador” en *Revista jurídica electrónica Indret*, noviembre 2004.
- 175) GONZÁLEZ BEILFUSS, MARKUS: *Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del TC*, Aranzadi-Thomson, Pamplona, 2003.
- 176) GONZÁLEZ GAITANO, NORBERTO: “La trascendencia jurídica de la intimidad”, en *Persona y derecho. Suplemento Humana Iura*, Nº 1, 1991.
- *El deber de respeto a la intimidad*, Eunsa, Pamplona, 1994.
- 177) GONZÁLEZ PÉREZ, JESÚS: “Honor y libertad de información en la Jurisprudencia del tribunal constitucional”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* v. 45, Nº 70, 1993.
- *La degradación del derecho al honor: honor y libertad de información*, Civitas, Madrid, 1993.
- 178) GONZÁLEZ SAN JUAN, JOSÉ LUIS: “Jurisprudencia española sobre la protección del honor, la intimidad y la propia imagen en Internet”, *Revista de sistemas de información y documentación*, ISSN 1888-0967, Nº 9, 2015.
- 179) GONZÁLEZ VICENTE, FELIPE: “Los usos sociales. Un ensayo de sociología descriptiva”, *anuario de filosofía del derecho*, Ministerio de Justicia, t VIII, Madrid, 1991
- 180) GOODWIN, EUGENE; *A la búsqueda de una ética en el periodismo*, grupo editor latinoamericano, Buenos Aires, 1990
- 181) GRANADOS PÉREZ, CARLOS: “Jurisprudencia del tribunal supremo sobre el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en *Cuadernos de derecho judicial*, núm. 1, 1998.
- 182) GRIMALT SERVERA, PEDRO: *La protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen*, Iustel, Madrid, 2007.
- 183) GRISOLIA, GIOVANNI: *Libertà di manifestazione del pensiero e tutela penale dell'onore e della riservatezza*, Cedam, Milano, 1994.
- 184) GROSSI, GIORGIO: “*Informazione e legittimazione*”, en *Problemi dell'informazione*, IX/3, 1984
- 185) GUASTINI, RICCARDO: “Principios de derecho y discrecionalidad judicial”, trad. de P. Andrés Ibáñez, en *Jueces para la democracia*, Nº 34, 1999.
- “Specificità dell'interpretazione costituzionale”, in P. Comanducci / R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto* 1996. Ricerche di giurisprudenza analitica, Giappichelli, Torino, 1996.
- 186) GUILLO SÁNCHEZ-GALIANO, AMPARO: “Intimidad y familia”, en *La declaración universal de los derechos humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998.
- 187) GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, FAUSTINO: “Protección del derecho al honor y libertad de información”, en *Estudios de Derecho Procesal* en honor de Víctor Fairén Guillén, Tirant lo blanch, Valencia, 1990.
- 188) HABERLE, PETER: *Le libertà fondamentali nello stato costituzionale*, università, Roma, 1993.
- 189) HART, HERBERT LIONEL ADOLPHUS: *The concept of law*, OUP Oxford, 2012.

- 190) HERCE DE LA PRADA, VICENTE: *El derecho a la propia imagen y su incidencia en los medios de comunicación*, Bosch, Barcelona, 1994.
- 191) HERRERO-TEJEDOR, FERNANDO: “Los delitos contra el honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen en el proyecto de Código penal de 1992”, en *PJ*, N° 28, 1992.
- *Honor, intimidad y propia imagen*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1994.
 - *La intimidad como derecho fundamental*, Colex, Madrid, 1998.
 - *Legislación y Jurisprudencia constitucional sobre la vida privada y la libertad de expresión*, Colex, Madrid, 1998.
- 192) HIGUERAS, INMACULADA: *Valor comercial de la imagen: aportaciones del “right of publicity” estadounidense al derecho a la propia imagen*, Enza, Navarra, 2001.
- 193) HOFER, PAUL ALFREDO: “Responsabilidad del estado en la registración de los nombres de dominios. Comisión por omisión” Ponencia presentada en III Congreso Nacional de Derecho Público, Tucumán-Argentina, año 2000.
- 194) HOYOS CASTAÑEDA, ILVA MYRIAM: *El Concepto Jurídico de Persona*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1989.
- 195) HUALDE SÁNCHEZ, JOSÉ JAVIER: “Los bienes de la personalidad” en Manual de derecho civil t. I, Marcial Pons, Madrid, 1995.
- 196) HUBMANN, HEINRICH: *Das persönlichkeitsrecht*, 2.ª ed., Graz, Colonia, 1967.
- 197) HUET-WEILLER, DANIELE: “La protección juridique de la voix humain”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, núm. 3, julio-septiembre de 1982.
- 198) IGARTUA ARREGUI, FERNANDO: “La protección del honor y la intimidad”, *PJ*, núm. 5, 1987.
- “El derecho a la imagen en la Jurisprudencia española” en *El mercado de ideas*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1990.
 - “Comentario a la STS 28 de octubre 1988”, en *CCJC*, núm. 18.
- 199) IGLESIAS CUBRÍA, MANUEL: *El derecho a la intimidad*, universidad de Oviedo, 1970.
- 200) IHERING, RUDOLF VON: *La lucha por el derecho*, publicación, 1878.
- 201) JAÉN VALLEJO, MANUEL: “La ponderación de intereses en la resolución del conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor: (a propósito de la última Jurisprudencia)”, en *RGD*, N° 532-533, enero-febrero, 1989.
- “La protección del honor en una sociedad mediática”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, N° 277 del 16 de Enero de 1997.
 - “La relación entre la libertad de expresión y el derecho al honor en la Jurisprudencia constitucional”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, N° 12, 1987.
 - *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, colex, Madrid, 1992.
- 202) JEAN MAZEAUD, HENRI MAZEAUD, FRANÇOIS CHABAS, León, *Lecons de droit civil*, t. II, vol. II, Montchrestien, París, 1999.
- 203) JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de derecho penal*, Losada, Buenos Aires, 1965, Vo1.III.
- 204) JIMÉNEZ DE PARGA, MANUEL: “Seis años de tribunal LOPJ al establecer que la constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los jueces y constitucional”, *Revista jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 1988, núm. 3-4.
- 205) JORDANO FRAGA, FRANCISCO: *La responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

- 206) JURADO BELTRÁN, DAVID: “Conflicto entre el derecho al honor y a la libertad de expresión e información: Estado de la controversia”, *Revista “Economist & Jurist”*, Nº 127, de Febrero 2009.
- 207) JURISPRUDENCE LAW REVIEW, CSJEEUU Dun&Badstreet vs Geenmoss Builders, 472 US-749-1985, University of Bristol, England.
- 208) KAYSER, PIERRE: “La protección de la vie privée”, en *Revue trimestrielle de droit civil*, 1971.
- 209) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA Y PARELLADA, CARLOS: “Factores objetivos de atribución”, en *Responsabilidad civil*, director J. Mosset Iturraspe, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
- 210) KEMELMAJER DE CARLUCCI, AÍDA: *Código Civil comentado, anotado y concordado*, t. 5, Astrea, Buenos Aires, 1984.
- 211) KOCH, BERNHARD A: “La labor del European Group on Tort Law. La cuestión de la responsabilidad objetiva”, en *Revista electrónica de derecho Indret*, núm.129, 2003.
- 212) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUÍS: *Elementos de Derecho Civil*, t. I parte General. v. I. Dykinson, Madrid, 1998.
- *Parte General del Derecho Civil*, t. I, v. I, Bosch, Barcelona, 1988.
- 213) LARENZ, KARL: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 8.ª ed. Continuada por M. WOLF, C.H., Munich, 1997.
- *Derecho Civil parte Gral.*, traducción al español de Miguel Izquierdo y Macías Picavea, Edersa, Madrid, 1978.
 - *Derecho civil. Parte General*, trad. de la 3ª ed. alemana (1975), Jaén, 1978.
- 214) LASARTE ÁLVAREZ, CARLOS, *Principios de Derecho civil, t I*, Trivium, Madrid, 1992.
- 215) LATORRE SEGURA, ÁNGEL: *Diez años de Jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas*, v. III, Ministerio de Justicia, Centro de publicaciones, Madrid, 1988.
- 216) LAZCANO BROTONS, IÑIGO: “Reproducción de informaciones y diligencia profesional”. (La reciente Jurisprudencia constitucional sobre el conflicto entre la libertad de información y el derecho al honor), *Revista Vasca de Administración Pública*, 1994, núm. 38.
- 217) LEIVA FERNÁNDEZ, LUIS: “El derecho personalísimo sobre la propia voz”, *La Ley*, 1990-A.
- 218) LEÓN GONZÁLEZ, JOSÉ MARÍA: “De nuevo sobre el artículo 1107 CC: los daños previstos o previsibles”, en *estudios de derecho de obligaciones*. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, La Ley, Madrid, 2006.
- “La responsabilidad civil por los hechos dañosos del sometido a la patria potestad”, en *estudios de derecho civil en honor del profesor Castán Tobeñas*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1969.
 - “Significado y función de la culpa en el actual derecho de daños” (especial referencia a la culpa de la víctima); en IV congreso internacional y VII iberoamericano de derecho romano, Universidad de Salamanca.
- 219) LETE DEL RÍO, JOSÉ MANUEL: *Derecho de la persona*, Tecnos, Madrid, 1986.
- 220) LIDÓN MONTÓN GARCÍA, MARÍA: “Derecho al honor, intimidad y propia imagen: protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión”, en *La Ley Revista jurídica española de doctrina, Jurisprudencia y bibliografía* v. I 1995.
- 221) LINDÓN, RAYMOND: *Les droits de la personnalité*, dalloz, París, 1974.

- 222) LLAMAS POMBO, EUGENIO: “*Reflexiones en torno a la veracidad informativa en relación con el derecho al honor*”, en Gerardo Pastor Ramos (edit.): *Retos de la Sociedad de la información: estudios de comunicación* en honor de la Dra. María Teresa Aubach Guiu, publicaciones Universidad Pontificia Salamanca, 1997.
- *Cumplimiento por equivalente y resarcimiento del daño al acreedor*, Trivium, Madrid, 1999.
 - *Responsabilidad civil del médico. Aspectos tradicionales y modernos*, Trivium, 1988.
 - “El nuevo código civil argentino (I)”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 124, 2015
 - “El nuevo código civil argentino (y II)”, *Práctica derecho daños: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, núm. 126, 2016.
 - “Formas de reparación del daño (I)”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, núm. 80, marzo 2010.
 - “Formas de reparación del daño (II)”, en *Revista Práctica Derecho de Daños*, núm. 81, abril 2010.
 - *Reflexiones sobre derecho de daños: casos y opiniones*, La Ley, 2010
- 223) LÓPEZ AGUILAR, JUAN FERNANDO: “La libertad de expresión y la protección del honor: ¿Derechos en colisión o regulación deficiente?: análisis y sugerencias en torno a un régimen jurídico”, en *Revista del foro canario*, Nº 1, 1992.
- 224) LÓPEZ BOFILL, HÉCTOR: “Hacia un concepto formal del derecho a la intimidad y sus consecuencias (reciente Jurisprudencia del TC en materia de derecho a comunicar libremente información veraz y derecho a la intimidad personal y familiar como límite al mismo: STC 115/2000, de 5 de mayo; 187/1999, de 25 de octubre y 134/1999, de 15 de julio)”, en *repertorio Aranzadi del tribunal constitucional*, v. 2, 2000.
- 225) LÓPEZ CABANA, ROBERTO: “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación social por la difusión de noticias”, *Responsabilidad por daños, homenaje al profesor doctor Jorge Bustamante Alsina*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- 226) LÓPEZ DE ZAVALIA, FERNANDO: *Teoría General de los Contratos* TI., Parte Gral., Zavalia, Buenos Aires, 2006.
- 227) LÓPEZ GARRIDO, DIEGO: “Aspectos de inconstitucionalidad de la ley orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal”, en *Revista de Derecho Político*, Nº 38, 1993.
- “El derecho a la intimidad”, en *Honor, Intimidación y Propia Imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
 - “El derecho a la intimidad”, en José Acosta Sánchez en *estudios de derecho público: homenaje a Juan José Ruíz-Rico*, Tecnos, Madrid, 1997.
- 228) LÓPEZ GUERRA, LUIS: “La libertad de información y el derecho al honor”, *PJ*, 1989, núm. 6 (especial).
- *Constitución Española*, Tecnos, Madrid, 1983.
- 229) LÓPEZ JACOÍSTE, JAVIER: “Una aproximación tópica a los derechos de la personalidad”, *ADC*, v. 39 núm. 4, Madrid, 1986.
- “Intimidación, honor e imagen ante la responsabilidad civil”, en homenaje a Juan Berchamans Vallet de Goytisolo, IV, junta de decanos de los Colegios Notariales de España Consejo General del Notariado, Madrid, 1988,

- 230) LÓPEZ MARTÍNEZ, JOSÉ CARLOS: “Tratamiento Jurisprudencial del conflicto entre libertades de expresión e información y derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen: criterios de ponderación”, *Diario La Ley*, ISSN 1989-6913, Nº 8059, 2013.
- 231) LÓPEZ ULLA, JUAN MANUEL: *Libertad de informar y derecho de expresarse*, Universidad de Cádiz, 1994.
- 232) LORENTE LÓPEZ, MARÍA CRISTINA: “Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en la Jurisprudencia más reciente”. *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*, coord. por Antonio Fayos Gardó, Pilar Conde Colmenero, Dykinson, Madrid, 2014.
- 233) LORENZETTI, RICARDO LUIS: “El daño a la persona (solución de casos de colisión de derechos fundamentales)” Año 17, Nº. 9, 2015.
- 234) LORENZO RODRÍGUEZ ARMAS, MAGDALENA: *Análisis del contenido esencial de los derechos fundamentales, enunciados en el art. 53.1 de la Constitución Española*, Comares, Granada, 1996.
- 235) LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, PABLO: *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.
- 236) MACÍAS CASTILLO, AGUSTÍN: “Honor, intimidad personal y familiar y derecho a la propia imagen” en *acciones civiles*, dir. EUGENIO LLAMAS POMBO v. 1, *La Ley*, 2013.
- 237) MALUQUER DE MOTES, CARLOS: *Derecho de la persona y negocio jurídico*, Bosch, Barcelona, 1993.
- 238) MARTÍN CASALS, MIGUEL: “Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982”, en *Centenario del Código civil (1889-1989)*, tomo II, Ceura, Madrid 1990.
- 239) MARTÍN CASALS, MIGUEL Y SALVADOR CODERCH, PABLO: “Comentario a la STS de 18 de abril de 1989”, en *CCJC*, 1989, 539.
- 240) MARTÍN MORALES, RICARDO: *El derecho fundamental al honor en la actividad política*, Universidad de Granada, Granada, 1994
- 241) MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, JOSÉ: “La configuración constitucional del derecho a la intimidad”, en *derechos y libertades*, v. 2, Nº 3, mayo-dic., 1994.
- “Vida privada e intimidad. Implicaciones y perversiones”, en *Anuario de filosofía del derecho*, v. 14, 1997.
 - *Derecho a la Intimidad en la Jurisprudencia Constitucional*, Civitas, Madrid, 1993.
- 242) MARTÍNEZ PUJALTE, ANTONIO LUIS: *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, CEC, Madrid, 1997.
- 243) MARTÍNEZ SOSPEDRA, MANUEL: *Libertades públicas*, fundación Universitaria San Pablo C.E.U., Valencia, 1993
- 244) MASSIMO BIANCA, CESARE: *Diritto Civile I. La norma giuridica. I soggeti*, Giuffrè, Milán, 1984.
- 245) MAZEAUD, HENRI-TUNC, ANDRÉ: *Traite theorique et pratique de la responsabilité civile delictuelle et contractuelle*, 6º edic., Montschrestien, Paris, DL 1968.
- 246) MCCARTHY, THOMAS: *The rights of publicity and privacy*, Clark Boardman Callaghan, Nueva York, 1987.
- 247) MEDINA GUERRERO, MANUEL: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

- 248) MÉNDEZ TOJO, RAMÓN: “Los conflictos entre el derecho al honor, la intimidad personal y la propia imagen y las libertades de expresión e información: ¿Son derechos fundamentales irreconciliables?” *Diario La Ley*, núm. 8573, 2015.
- 249) MENDIZABAL ALLENDE, RAFAEL: “La libertad de expresión y el derecho al honor”, en *Jornadas sobre los derechos individuales en la Constitución Española: la doctrina del Tribunal Constitucional*, fundación El Monte, Sevilla, 1993.
- 250) MENÉNDEZ ALZAMORA, MANUEL: “El derecho al honor del artículo 18 de la constitución”, *RGD*, julio-agosto, 1987.
- 251) MERCADO LUNA, RICARDO: “Los medios no son sujetos activos de la libertad de prensa”, *JA* 2004-I-810.
- 252) MESSINA DE ESTRELLA GUTIÉRREZ, GRACIELA: “*Función actual de la responsabilidad civil*”, en TRIGO REPRESAS Y STIGLITZ (dirs.), *Derecho de daños*, Buenos Aires, La Rocca, 1989.
- 253) MIERES, LUÍS JAVIER: “Intimidad Personal y Familiar” en *Prontuario de Jurisprudencia Constitucional*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- 254) MOLINER NAVARRO, ROSA MARÍA: “El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información”. *Veinticinco años de aplicación de la ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen* / coord. por José Ramón de Verda y Beamonte, Thomson Reuters-Aranzadi, 2007.
- 255) MONTESQUIEU, (CHARLES LOUIS DE SECONDAT): *El Espíritu De Las Leyes*, edit. Alianza, Madrid, 2012.
- 256) MONTES, VICENTE LUIS: “Los derechos fundamentales”, en *derecho civil. Parte general*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995
- 257) MONTÓN GARCÍA, MARÍA LIDÓN: “Derecho al honor, intimidad y propia imagen: Protección civil y su conflicto con las libertades de información y expresión”, *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 1995-1.
- 258) MONTOYA MELGAR, ALFREDO: “Derecho colectivo de información versus derecho individual a la intimidad: comentario a la sentencia 142/1993, de 22 de abril, del pleno del Tribunal Constitucional, en recurso de inconstitucionalidad número 190/1991, publicada en el BOE de 28 de mayo de 1993”, en Civitas, *Revista española de derecho del trabajo*, N° 66, 1994.
- 259) MORENO MARTÍNEZ, JUAN ANTONIO: *Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio*, Dykinson, Madrid, 2000.
- 260) MOSSET DE ITURRASPE, JORGE: “Responsabilidad por culpa y responsabilidad por riesgo creado”, en *Estudios sobre responsabilidad por daños*, Rubinzal-Culzoni, t. I, Santa Fe, 1980.
- *Responsabilidad por Daños*, t. I N° 11 y 12, Ediar, Buenos Aires, 1971.
- 261) MOSSET ITURRASPE, JORGE Y SAUX, EDGARDO IGNACIO, “Introducción a la responsabilidad civil. Las tres concepciones”, ponencia presentada a las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, núms. 7, 12 y 13, *in fine*, Buenos Aires, 1990.
- 262) MUÑOZ LORENTE, JOSÉ: “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, en ICADE, N° 42, Sept.-Dic., 1997.

- 263) MUÑOZ MACHADO, SANTIAGO, *Libertad de prensa y proceso de difamación*, Ariel, Barcelona, 1988.
- “Información y derecho al honor: la ruptura del equilibrio”, en Civitas, *Revista española de derecho administrativo*, Nº 74, 1992.
- 264) NEWMAN ELIZABETH; *La espiral del silencio*, Paidós, Madrid 1995
- 265) NINO, CARLOS SANTIAGO; *Fundamentos del derecho constitucional. análisis filosófico-jurídico y politológico de la práctica constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992.
- 266) NOVOA MONREAL, EDUARDO: *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos, siglo veintiuno*, México, 1979.
- *Derecho a la vida privada y libertad de información*, Siglo XXI, Madrid, 1981.
- 267) O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER: “Sinopsis de los derechos de la personalidad”, *Actualidad Civil*, 1986-2.
- “Personalidad y derechos de la personalidad (honor, intimidad e imagen) del menor según la ley de protección del menor”, *La Ley* 1996-4 D.239.
 - *La libertad de Expresión y sus límites: honor, intimidad y propia imagen*, Edersa, Madrid, año 1991.
 - “Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en XII jornadas de estudio: los derechos fundamentales y libertades públicas, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992.
 - “Derecho al honor”, en *Actualidad Civil*, t. 1992-2.
 - “El derecho a la intimidad”, en *Estudios de derecho civil* en homenaje al profesor José Luís Lacruz Berdejo, v. I Bosch, Barcelona, 1992.
 - “Honor, intimidad y propia imagen en la Jurisprudencia de la Sala 1ª del tribunal supremo”, en *Honor, intimidad y propia imagen*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
 - “Jurisprudencia reciente sobre los derechos al honor, intimidad e imagen”, en *Actualidad Civil*, Nº 1, 1995.
 - “Libertad de expresión y sus límites; honor, intimidad e imagen”, *Revista de Derecho Privado*, editoriales de derecho reunidas, Madrid, 1994.
- 268) OCAÑA RODRÍGUEZ, ANTONIO: “Indemnizaciones en el ámbito de derecho al honor, la intimidad y la propia imagen”, *La toga*, Nº 154, 2005.
- 269) OLIVEROS LAPUERTA, MARÍA V: “Estudio sobre la protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *Cuadernos de documentación* Nº 38, Presidencia del gobierno, secretaria general técnica, subdirección general de documentación, Madrid, 1980.
- 270) ORGAZ, ALFREDO: *Derecho civil argentino: Personas individuales*, Depalma, Buenos Aires, 1946.
- *La ilicitud (Extracontractual)*, Lerner, Buenos Aires, 1973.
- 271) ORTEGA GUTIÉRREZ, DAVID Y GONZÁLEZ-TREVIJANO, PEDRO J: *Derecho a la información versus derecho al honor*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- 272) OSORIO ITURMENDI, LUCAS: “Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como límites de la libertad de expresión e información”, en *jornadas de estudio*, Ministerio de Justicia, 1992.
- 273) OSSOLA, FEDERICO, “La antijuridicidad ¿presupuesto de la responsabilidad civil?, en *Responsabilidad Civil*, coord. por CARLOS GUSTAVO VALLESPINOS, Advocatus, Córdoba, 1991.

- 274) PALOMAR OLMEDA, ALBERTO-DESCALZO, ANTONIO: “Los derechos de imagen en el ámbito del deporte profesional: especial referencia al fútbol”, *REDC*, núm. 62 (mayo/agosto 2001).
- 275) PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: “Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación”, en *Comentarios del código civil II*, Centro de estudios Ramón Areces, 1990.
- “Comentario al art. 1.902”, en *Comentarios al Código Civil*, tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
 - “La constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, en *Derecho privado y constitución* V. 4, Nº 10, Sept.-Dic. 1996.
 - “La constitución, el honor y unos abrigos”, en *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 4033, 1996.
 - “Principles of European Law tort: Basis of liability and defenses. A critical view front out side”; en *Revista jurídica Indret*, Universidad Pompeu Fabra Barcelona, julio 2005.
- 276) PARDO FALCÓN, JAVIER: “La dimensión patrimonial del derecho a la propia imagen”, en *Propiedad y derecho constitucional*, Colegio de registradores de la propiedad y mercantiles de España, Madrid, 2005.
- “Los derechos del artículo 18 de la Constitución Española en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *REDC*, Nº 34, 1992.
- 277) PAREJO ALFONSO, LUCIANO: “El derecho a la vida privada y familiar en la Jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos”, en *perfiles de derecho constitucional a la vida privada y familiar*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996.
- “El derecho fundamental a la intimidad”, en JOSÉ M. SAUCA (ed.): *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III, BOE, Madrid, 1994.
- 278) PARRA LUCÁN, M ÁNGELES: “De nuevo sobre los derechos de la personalidad: intromisión ilegítima y derecho a la intimidad”, en *ADC*, Nº 1, 1989.
- 279) PECES-BARBA, GREGORIO: *Derechos fundamentales*, servicio de publicaciones Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1986.
- 280) PENA LÓPEZ, JOSÉ MARÍA: “Función, naturaleza y sistema de la responsabilidad civil aquiliana en el ordenamiento jurídico español” en *RDP*, marzo Abril 2004.
- “La responsabilidad civil extracontractual. El sistema español del derecho de daños” *Derecho de la responsabilidad civil extracontractual*; en *Manuales básicos* Manuba, Barcelona, 2004.
- 281) PEÑA LÓPEZ, FERNANDO: *La culpabilidad en la responsabilidad civil extracontractual*, Comares, Granada, 2002.
- 282) PERELLO, ISABEL: “El principio de proporcionalidad y la Jurisprudencia constitucional”, en *Jueces para la democracia*, núm. 28, 1997.
- 283) PÉREZ ÁLVAREZ, MIGUEL ÁNGEL: *Interpretación y Jurisprudencia. Estudio del artículo 3.1 del código civil*, Aranzadi, Pamplona, 1994
- 284) PÉREZ LUÑO, ANTONIO ENRIQUE, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2013.
- *Derechos humanos, estado de derechos y constitución*, Tecnos, 1984.
 - “Dilemas actuales de la protección de la intimidad”, en José M Sauca (ed.): *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III: BOE, Madrid, 1994.
 - “Perfiles morales y políticos del derecho a la intimidad”, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas* v. 73 1996.

- 285) PÉREZ TREMP, PABLO: *Veinte años de Jurisdicción constitucional en España*, Tirant lo blanch, Valencia 2002.
- 286) PIZARRO, RAMÓN DANIEL: “Detrás de las noticias. Acerca de la prevención del daño derivado de la actividad de los medios masivos de comunicación”, en *Responsabilidad por daños* en homenaje a Jorge Bustamante Alsina t. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- “La protección de la dignidad humana frente a la agresión de los medios masivos de comunicación social por informaciones inexactas o agraviantes” *ponencia para la comisión de derechos humanos en congreso nacional de derecho civil*, Universidad Nacional de Tucumán, octubre, 2003.
 - *Responsabilidad de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, Hammurabi, Buenos aires, 1991.
- 287) PIZARRO, RAMÓN DANIEL Y VALLESPINOS, CARLOS GUSTAVO: *Instituciones de derecho privado. Obligaciones 3*, Hammurabi, Buenos Aires, 1999.
- 288) PLAZA DE DIEGO, MIGUEL ÁNGEL: “Utilización con finalidad comercial del derecho a la propia imagen”, en *Revista jurídica de deporte y entretenimiento*, N° 11, 2004.
- 289) PLAZA PENADES, JAVIER: *El derecho al honor y la libertad de expresión*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- *El derecho al honor y la libertad de expresión: estudio sobre la Jurisprudencia del tribunal supremo y del Tribunal Constitucional*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- 290) POTHIER, ROBERT JOSEPH: *Tratado de las obligaciones*, bibliografía Argentina, 1961.
- 291) PREDIERI ALBERTO: *El sistema de las fuentes del derecho en la Constitución Española de 1978, estudio sistemático*, Civitas, Madrid, 1981.
- 292) PRIEST, GEORGE: “La invención de la responsabilidad de la empresa. Una historia crítica de los fundamentos intelectuales del derecho moderno de la responsabilidad extracontractual, en la Responsabilidad Extracontractual”, compilador ROSENKRANTZ, CARLOS F. edit. Gedisa y Yale law school, Barcelona, 2005.
- 293) PRIETO SANCHÍS, LUIS, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid 1990.
- “La doctrina de los principios generales del derecho y la distinción entre principios y reglas”, en *Lecciones de teoría del derecho*, Mcgraw-hill / interamericana de España, Madrid, 1997.
 - “Ley, principios, derechos” *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, N° 7, Dykinson, Madrid, 1998.
 - “Tribunal Constitucional y positivismo jurídico”, en *Doxa*, N° 23, 2000.
- 294) PROSSER, WILLIAM LLOYD: *Handbook of the law of torts*, West Pub. Co., 1955.
- 295) PUENTE MUÑOZ, TERESA: “El derecho a la intimidad en la constitución”, en *ADC*, N° 2, 1980.
- 296) PUGLIESE, GIOVANNI: “*Il preteso diritto della riservatezza e le indiscrezioni cinematografiche*” I, Foro italiano, Roma, 1954.
- 297) PUIG BRUTAU, JOSÉ: “Enriquecimiento injusto, responsabilidad extracontractual, derecho a la intimidad”, en *Fundamentos de derecho civil, Bosch*, Barcelona, v. 3, 1983.
- *Compendio de derecho civil*, t. I, Bosch, Barcelona, 1987.
 - *Fundamentos de Derecho Civil*, t. I, Bosch, Barcelona, 1979.
 - *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, Bosch, Barcelona, 1988.
- 298) PUIG PEÑA, FEDERICO: *Derecho Penal. Parte General*, Edersa, Madrid, 1969.

- *Tratado de Derecho Civil Español*, t. I v. II, RDP, Madrid, 1958.
- 299) PUYOL MONTERO, FRANCISCO JAVIER Y GENEROSO HERMOSO, MARÍA FLOR: *Manual práctico de doctrina constitucional en materia de derecho al honor, a la intimidación y derecho de rectificación*, Edigener, Madrid, 1991.
- 300) QUINTEROS OLIVARE, GONZALO: “Intervención del derecho penal en la protección del honor. Utilidad, condicionamientos y limitaciones”. *RPJ*, núm. 13, 1990.
- 301) RABINOVICH-BERKMAN, RAFAEL: *Derecho Civil* parte Gral., Rubinzal y Culzoni, Buenos Aires, 2003.
- 302) RAVANAS, JACQUES: *La protection des personnes contre la realization et la publication de leur image*, biblioteque de droit privée, París, 1978.
- 303) REBOLLO DELGADO, LUCRECIO: *El derecho fundamental a la intimidación*, Dykinson, Madrid, 2000.
- 304) REBOLLO VARGAS, RAFAEL: *Aproximación a la Jurisprudencia constitucional: Libertad de expresión e información y límites penales*, PPU, Barcelona, 1992.
- 305) RECASENS SICHES, LUIS: *Tratado General de filosofía del derecho*, Porrúa, 3 edic. México, 1965.
- 306) REGLERO CAMPOS, FERNANDO: “Conceptos generales y elementos de delimitación”, en *Tratado de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- *Lecciones de Responsabilidad Civil*, Aranzadi, Navarra, 2002.
- 307) RIGAUX, FRANCOIS: *La protección de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Bruylant, Bruxelles, 1990.
- 308) RIVERA, JULIO CESAR: “Libertad de prensa y derecho a la intimidación. Un conflicto permanente”, *La Ley*, 1985-B-114.
- “El derecho a la vida privada: su regulación y contenido en la legislación y Jurisprudencia comparadas”, en *RDP*, febrero, 1989.
- 309) RIVERO HERNÁNDEZ, FRANCISCO: “Derecho al honor, a la intimidación y a la imagen”, en *Elementos de derecho civil*, t. I, v.2, Bosch, Barcelona, 1990.
- 310) ROCHA CAMPOS, ALFREDO: “Hacia un replanteo de la doctrina de la real malicia”, *JA* 1996-IV-1001.
- 311) RODRÍGUEZ CALERO, JUAN MANUEL: *Principios del derecho y razonamiento jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004.
- 312) RODRÍGUEZ GARCÍA, CARLOS JAVIER: “Algunas consideraciones sobre los derechos no protegidos en la convención europea de los derechos del hombre”, t. I, *Anales de la Universidad de La Laguna*, 1963-1964.
- “Construcción jurídica sobre la protección de los llamados derechos de la personalidad. Honor (de la persona jurídica): comentario jurídico a la Sentencia del tribunal supremo (Sala 1, de 5 de octubre de 1989)”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la universidad complutense*, Nº 76, 1990.
 - “Una reflexión sobre la prevalencia de la libertad de expresión, derecho a la información y el derecho al honor, a la intimidación personal y familiar, conectadas con las informaciones periodísticas, y la insinuación de una necesaria hermeneusis concordante con el sistema axiológico español: comentario jurídico a dos sentencias”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la universidad complutense*, Nº 78, 1990.

- “Una reflexión sobre la prevalencia de la libertad de expresión, el derecho a la información y el derecho al honor”, en *boletín del ilustre colegio de abogados de Madrid*, Nº 5, 1999.
 - *Contingencias varias de Jurisprudencia y honor*, Dykinson, Madrid, 1994.
- 313) RODRÍGUEZ GÓMEZ, EDUARDO F: “El Tribunal Constitucional y el conflicto entre la libertad de información y los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen: revisión Jurisprudencial”, *Estudios sobre el mensaje periodístico*, Nº 20, 2, 2014.
- 314) RODRÍGUEZ MOURULLO, GONZALO: “Libertad de expresión y derecho al honor. criterios Jurisprudenciales para la resolución de conflictos” en *Estudios sobre la Constitución Española* en homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, t. II, Civitas, Madrid, 1991.
- *La Legítima defensa real y putativa en la doctrina penal del tribunal supremo*, Civitas, Madrid, 1976.
- 315) RODRÍGUEZ PARDO, JULIÁN: *Derecho de la comunicación*, Laverde, Santiago de Compostela, 1999.
- 316) RODRÍGUEZ, ÁNGEL: *Derecho constitucional*, v. II, Tecnos, Madrid, 1999.
- 317) RODRÍGUEZ, JESÚS P: “El proceso de constitucionalización de una exigencia ética fundamental: el derecho a la intimidad”, en *derechos y libertades*, Nº 3, mayo-dic., 1994.
- 318) ROGEL VIDE, CARLOS: “El derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y las libertades de expresión y de información en la Jurisprudencia del tribunal supremos y en la del Tribunal Constitucional”, en *estudios de derecho civil en homenaje al profesor José Luís Lacruz Berdejo*, Bosch, v.2 Barcelona, 1993.
- *Estudios sobre propiedad intelectual*, Bosch, Barcelona, 1995.
- 319) ROJAS RIVERO, GLORIA: “El conflicto entre el honor y la libertad de expresión: referencia al ámbito laboral”, *PJ*, núm.13, (especial), 1990.
- 320) ROJAS RIVERO, GLORIA: *Libertad de expresión del trabajador*, Trotta, Valladolid, 1991.
- 321) ROJO AJURIA, LUÍS: “La tutela civil del derecho a la intimidad: Comentarios a la ley orgánica de 5 de mayo de 1982, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, en *ADC*, Nº enero-marzo, 1986.
- 322) ROMÁN GARCÍA, ANTONIO: “Aportación al estudio de la responsabilidad civil por los daños ocasionados en los bienes y derechos de la personalidad: problemática suscitada por la aplicación de la ley orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y propia imagen”, en *RDP*, Nº abril, 1989.
- 323) ROMERO COLOMA, MARÍA AURELIA: *El derecho al honor y la intimidad frente a la libertad de expresión e información. Problemática Procesal*, Serlipost ediciones jurídicas, Barcelona 1991.
- *Libertad de información frente a otros derechos en conflicto: Honor, intimidad y presunción de inocencia*, Civitas, Madrid 2000.
 - *Los bienes y derechos de la personalidad*, Trivium, Madrid, 1985.
 - *Honor, intimidad e imagen de personas famosas*, Civitas, 2001.
- 324) ROPPO, VICENZO: *Diritto Civile*, edit. Loescher, Torino, 1996
- 325) ROSS, ALF: *Colpa, responsabilità e pena*, Giuffré, Milano, 1972, p. 32 y ss.
- 326) ROVIRA SUEIRO, MARÍA E: *El derecho a la propia imagen: especialidades de la responsabilidad civil en este ámbito*, Comares, Granada, 2000.
- *La responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, Cedecs, Barcelona, 1999.

- *La responsabilidad civil por los daños a los derechos de la personalidad*, Manuba, Barcelona 2004.
 - “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)” *Lecciones de responsabilidad civil* / coord. por José Manuel Busto Lago, Luis Fernando Reglero Campos, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2013.
- 327) ROVIRA VIÑAS, ANTONIO: “Reflexiones sobre el derecho a la intimidad en relación con la informática, la medicina y los medios de comunicación”, en *Revista de Estudios Políticos*, Nº 77, julio-sept. 1992.
- 328) ROXIN, CLAUS: “Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 46, 1992.
- 329) ROYO JARA, JOSÉ: *La protección del derecho a la propia imagen*, Colex, Madrid, 1987.
- 330) RUBIO LLORENTE, FRANCISCO: *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Ariel, Barcelona, 1995.
- 331) RUIZ MANERO, JUAN: “Principios jurídicos”, *el derecho y la justicia*, edit., Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta, Trotta, 2000.
- 332) RUIZ MARCO, FRANCISCO: *Los delitos contra la intimidad: especial referencia a los ataques cometidos a través de la informática*, Colex, Madrid, 2001.
- 333) RUIZ MIGUEL, CARLOS: “La nueva frontera del derecho a la intimidad”, en *Revista de derecho y genoma humano*, Nº 14, enero-junio, 2001.
- *El derecho a la protección de la vida privada en la Jurisprudencia del tribunal europeo de derechos humanos*, Civitas, Madrid, 1994.
 - *La configuración constitucional del derecho a la intimidad*, Tecnos, Madrid, 1995.
- 334) RUIZ-GIMÉNEZ, JOAQUÍN: “El derecho a la intimidad”, en *Cuadernos para el diálogo*, Nº 66, 1979.
- “Dialéctica de la libertad de comunicación y el respeto a la intimidad”: conferencia con motivo de la entrega de los III premios a la investigación sobre comunicación de masas. Barcelona, Generalitat de Catalunya, Centre d’Investigació de la Comunicació, 1991.
- 335) SAINZ MORENO FERNANDO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976.
- 336) SAIZ VALDIVIESO, ALFONSO: “El honor, o la crisis de un derecho fundamental”, en Raúl Morodo y Pedro de Vega (dirs.): *Estudios de teoría del estado y derecho constitucional*, Universidad Complutense, UNAM, Madrid, 2001
- 337) SALVADOR CODECH, PABLO: *El Mercado de Ideas*, Centro de estudio Constitucional, Madrid, 1990.
- “Riesgo responsabilidad objetiva y negligencia”, en *Revista electrónica Indret*, Universidad Pompeu Fabra, 2002.
 - *¿Qué es difamar? Libelo contra la ley del libelo*, Civitas, Madrid, 1987.
 - “Honor y libertad de expresión en 1995, una reseña Jurisprudencial”, en *Derecho privado y constitución* v. 4, Nº 10, sep.-dic., 1996.
 - *El derecho a la libertad*, Centro de estudios constitucionales, 1993.
 - “Comentario a la Sentencia 297/1994 del TC” en *Cuaderno Civitas* Septiembre/Diciembre de 1995.
 - “Honor, intimidad personal y familiar y derecho a la propia imagen en la Jurisprudencia civil del tribunal supremo del bienio 1996-1997”, en *RPJ*, Nº 53, 1999.

- “Sentencia de 25 de febrero de 1991, derecho al honor y prestigio profesional. Libertad de información”, en *CCJC*, N° 26, abril-agosto, 1991.
 - “Punitive Damages”, *Revista jurídica electrónica InDret*, Universidad Pompeu Fabra, Septiembre 2001.
- 338) SALVADOR CODERCH, PABLO SALVADOR Y RUIZ GARCÍA, JUAN ANTONIO: *Los Problemas de la responsabilidad civil en el derecho español*, publicaciones en internet de la Universidad Pompeu Fabra, 2001.
- 339) SALVADOR CODERCH, PABLO; GÓMEZ LIGUERRE, CARLOS, Y CASTIÑEIRA PALOU, MARÍA TERESA (COORD.): *Prevenir y castigar: libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- 340) SÁNCHEZ FERRIZ, REMEDIO: “El derecho a la información en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, en *El Derecho a la información: teoría y práctica*, pòrtico, Zaragoza, 1995.
- “Un año de Jurisprudencia constitucional. Consolidación o cambio de la doctrina anterior”, *RGD*, núm. 596, mayo 1994.
 - *Delimitación de las libertades informativas (Fijación de criterios para la resolución de conflictos en sede Jurisdiccional)*, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.
 - *Estudio sobre las libertades*, Tirant lo blanch, Valencia, 1995.
- 341) SÁNCHEZ GONZÁLEZ, SANTIAGO: *Libertad de expresión*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- 342) SANTAMARÍA PASTOR, JUAN ALFONSO: “Sobre el derecho a la intimidad, secretos y otras cuestiones innombrables”, *REDC*, núm. 15, 1985.
- 343) SANTAOLALLA LÓPEZ, FERNANDO: “Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la libertad de expresión” en *RAP*, N° 128 año 1992.
- 344) SANTOS BRIZ, JAIME, *La responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1991.
- “Derecho Civil Teoría y Práctica” TI, en *RDP*, Madrid, 1978.
 - *Tratado de derecho civil*, Bosch, Madrid, 2003.
- 345) SARAZA JIMENA, RAFAEL: *Libertad de expresión e información frente al honor, intimidad y propia imagen*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- 346) SARMIENTO ACOSTA, MANUEL J: “El derecho al honor del particular y la libertad de expresión”, *PJ*, núm. 36, 2 Época, 1994.
- 347) SCALISI, ANTONINO: *Il diritto alla riservatezza. Il diritto all immagine, il diritto al segreto, la tutela dei dati personali, il diritto alle vicende della vita privata, gli strumenti di tutela*, Giuffrè, Milano, 2002.
- 348) SCHMITT GLAESSER, WALTER: Die Meinungsfreiheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1. Teil), en *Archiv des öffentlichen recht.*, 97, 1972.
- 349) SEMPERE RODRÍGUEZ, CESAR: “comentarios al artículo 18 de la constitución” en *Comentarios de las leyes políticas TII*, Madrid, 1984.
- 350) SERNA, MARIE: *L’image des personnes physiques et des biens*, el económica, París, 1997.
- 351) SERRANO ALBERCA, JOSÉ MANUEL: “Comentario al art.18 de la constitución”, en la obra colectiva *Comentarios a la constitución* (dirigidos por Garrido Falla), Madrid, 1985.
- 352) SERVERA GRIMALDI, PEDRO: “Sentencia de 31 de diciembre de 2002: derecho al honor. libertad de información. indemnización de los daños causados al honor”, *CCJC*, enero-abril núm. 61, 2003.

- 353) SIECKMANN, JAN-R; LAURA CLÉRICO; DANIEL OLIVER, LALANA: *Derechos fundamentales, principios y argumentación*, estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy, Comares, Granada, 2011.
- 354) SOLER, SEBASTIÁN: *Derecho penal argentino*, t. III núm. IV, tea, Buenos Aires.
- 355) SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ, “La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales”, *REDC*, núm. 32 mayo-agosto 1991.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, JUAN JOSÉ, “Libertad de expresión y derecho a la intimidad de los personajes públicos no políticos”, *ADCP*, núm. 2, 1990.
 - “Aspectos constitucionales de la libertad de expresión y el derecho a la información”. *REDC* Año 8, núm. 23, mayo-agosto, 1988.
 - “Libertad de expresión, información y relaciones laborales (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 6/1988, de 21 de enero, caso señor Crespo, asunto filtraciones al País)”, *REDC*, núm. 26, 1989.
 - “Algunas cuestiones básicas para la teoría de los derechos fundamentales”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 71, 1991.
- 356) SORIA, CARLOS: “El derecho a la Información” en *Persona y derecho*, núm. 11, 1984.
- *Derecho a la información y derecho a la honra*, ate, Barcelona, 1981.
- 357) SPOTA G. ALBERTO: *Tratado de Derecho Civil*, t. I, v. III, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- 358) TALLON, DENIS: “Personalité (Droits de la)”, *encyclopédie dalloz*, t. VI, Paris, 1991.
- 359) TENA ARAGÓN, MARÍA FÉLIX: “El derecho al honor, la intimidad y la propia imagen”, *Cuadernos de derecho judicial*, ISSN 1134-9670, N° 6, 2007.
- 360) TERRE, FRANCOIS. Y FENOUILLET, DOMINIQUE: *Droit civil. Les personnes. La famille. Les incapacités*, 7ª ed., Dalloz, Paris, 2005.
- 361) TEYSSIE, BERNARD: *Droit civil. Les personnes*, 8ª ed., Lexis Nexis, Paris, 2003.
- 362) TOCQUEVILLE, DE ALEXIS: *La democracia en américa*, alianza editorial, Madrid, 2017.
- 363) TORRERO MUÑOZ, MAGDA: “Comentario a la sentencia del tribunal supremo de 13 de febrero de 1997. Colisión entre derechos fundamentales: derecho al honor y libertad de información”, en *RGD*, N° 633, junio, 1996.
- 364) TRIGO REPRESAS, FÉLIX A. Y STIGLITZ, CARLOS JAVIER: *Daños causados por la publicación de noticias*, Platense, Buenos Aires, 1989.
- 365) TRIMARCHI, PIETRO: *Rischio e responsabilità oggettiva*, Giufrè, Milano 1961.
- 366) TUNC, ANDRÉ: “Le visage actuel de la responsabilité civile dans une perspective de droit comparé”, en *Développements récents du droit de la responsabilité civile*, Schulthess Polygraphischer Verl, Zurich, 1991.
- 367) URABAYEN, MIGUEL: *Vida privada e información*, eunsa, Barañain, 1977.
- 368) VELU, JACQUES: *Le droit au respect de la vie privée*, presses universitaires de Namur, Bruselas, 1974.
- 369) VENZI, GIULIO: *Notas a las Istituzioni de diritto civile italiano*, Pacifici-Mazzoni, v. II-I, Turín, 1928.
- 370) VIDAL MARÍN, TOMÁS Y ESPÍN TEMPLADO, EDUARDO (pr.): *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- 371) VIDAL MARÍN, TOMÁS: *El derecho al honor y su protección desde la Constitución Española*, Centro de estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2000.

- 372) VIDAL MARTÍNEZ, JAIME: “La protección de la intimidad de la persona en el ordenamiento positivo español”, en *RDP*, julio-agosto, 1980.
- “Manifestaciones del derecho a la intimidad personal y familiar (II)”, en *RGD*, N° 433-434, 1980.
 - *Derecho a la intimidad en la LO de 5-5-1982*, Montecorvo, Madrid, 1984.
- 373) VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, ALFONSO JOSÉ: “Identificación profesional y derecho a la intimidad de los funcionarios de policía”, en *actualidad administrativa*, N° 18, mayo, 1988.
- 374) VILLAR ARREGUI, MANUEL: “La intimidad personal y familiar como límite del derecho a comunicar o recibir libremente información veraz”, en Antonio Martínez Lafuente (Dir. y coord.): *Perspectivas Jurídicas Actuales: homenaje a Alfredo Sánchez-Bella Carswell*, Centro de estudios Ramón Areces, Madrid, 1995.
- 375) VILLAVERDE MENÉNDEZ, IGNACIO: “Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo: a propósito de la STC 254/1993”, en *REDC*, N° 41, mayo-agosto, 1994.
- *Estado democrático e información: el derecho a ser informado*, Junta General del Principado de Asturias, 1994.
- 376) VISINTINI, GIOVANNA: *I fatti illeciti. I. Ingiustizia del danno. Imputabilità*, edit. Cedam, Padua, 1987.
- 377) VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR: “Libertad de expresión y derecho al honor” en *Revista de la Facultad de Derecho de la universidad de Granada*, homenaje al prof. José Antonio Sainz Cantero, núm. 13, 1987.
- 378) VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR: *Derecho penal parte especial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1993.
- 379) VON MÜNCHN- KUNIG, PHILIP: *Grundgesetz-Kommentar*, ch beck, München, 2012.
- 380) WARD, BENJAMÍN: *¿Qué le ocurre a la teoría económica?*, alianza, Madrid 1983.
- 381) WARREN, SAMUEL Y BRANDEIS, LOUIS: *El derecho a la intimidad*, Civitas, Madrid, 1995.
- 382) WAYAR, ERNESTO: *Derecho de las obligaciones*, Depalma, Buenos Aires, 2004.
- 383) WESTIN, ALAN: *Privacy and Freedom*, Ig Publishing, 2015.
- 384) YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO: “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y la propia imagen)”. *Tratado de responsabilidad civil / coord. por Luis Fernando Reglero Campos, José Manuel Busto Lago, v. 2, Aranzadi, pamplona, 2006.*
- “*La responsabilidad civil de los profesionales*” (una selección de aspectos problemáticos). Ponencia presentada en el Congreso constituyente de la asociación española de abogados especialistas en responsabilidad civil y seguros.
 - *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2000.
- 385) ZAGREBLESKY, GUSTAVO: *El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.
- 386) ZANNONI, EDUARDO A: “El factor de atribución de los medios masivos de comunicación”, TII N° 5, en *Responsabilidad por daños*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990.
- 387) ZANNONI, EDUARDO-BÍSCARO, BEATRIZ: *Responsabilidad de los medios de prensa*, Astrea, Buenos Aires, 1993.
- 388) ZAVALA DE GONZÁLEZ, MATILDE: “La libertad de prensa frente a la protección de la integridad espiritual de la persona”, *JA*, 1982-II-783.
- “La noción de actividades riesgosas en el proyecto de código civil”, *JA*, 1988-I-901.

- “*Reflexiones sobre la ilicitud*”, JA, 1981-IV-733.
- “*Resarcimiento de daños*”, t. II: *Daños a las personas (integridad espiritual y social)*, Hammurabi, Buenos Aires, 1996.