

# Privacidad y libertad de expresión en el derecho constitucional español: algunos apuntes

Víctor Ferreres Comella \*

El objeto principal de este trabajo es exponer algunos de los problemas que se plantean en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español a propósito del conflicto entre la libertad de expresión e información y los derechos de la personalidad -en concreto, el derecho al honor y el derecho a la intimidad. Antes de entrar en ello, sin embargo, y con el objeto de encuadrar esa jurisprudencia dentro de la teoría general de los derechos fundamentales, diré algunas palabras acerca del status del “derecho a la privacidad” en España, y acerca de la protección que la Constitución dispensa a los derechos fundamentales.

## 1. ¿EXISTE UN “DERECHO A LA PRIVACIDAD” EN ESPAÑA?

Lo primero que debemos preguntarnos es si se reconoce en España “el derecho a la privacidad” en el mismo sentido en que se reconoce en los Estados Unidos un *right to privacy*.

Como es sabido, desde la publicación del famoso artículo de Samuel Warren y Louis Brandeis a finales del siglo pasado<sup>1</sup>, en los Estados Unidos se ha defendido la idea de que las personas son titulares de un *right to privacy*, un derecho a que los demás les dejen en paz (*the right to be let alone*). Aunque ha habido autores que han puesto en duda que se trate en realidad de un derecho autónomo no reducible a otros derechos tradicionales<sup>2</sup>, lo cierto es que en la cultura jurídica americana aparece como uno de los derechos paradigmáticos de la época moderna<sup>3</sup>. Así, a pesar de que no aparece explícitamente mencionado en la Constitución, la Corte Suprema ha entendido que subyace como derecho implícito a un conjunto de cláusulas constitucionales (a saber, las enmiendas primera, tercera, cuarta y quinta). Es más, el contenido que la Corte ha asignado a este derecho es muy amplio, y va más allá de la noción originaria defendida por Warren y Brandeis, que giraba en torno a la protección del individuo frente a la publicidad no deseada. Así, por ejemplo, la Corte ha invocado el *right to privacy* para reconocer ciertas libertades fundamentales en materia de procreación, tales como el derecho a utilizar medios anticonceptivos<sup>4</sup> y el derecho a abortar dentro de ciertos límites<sup>5</sup>.

---

\* Abogado, Universidad de Barcelona, 1990. Master en Derecho (LL.M.), 1992 y doctor en Derecho (JSD), Yale Law School, 1996. Profesor de Derecho Constitucional en la Universidad Pompeu Fabra (Barcelona).

1. *The right to privacy*, Harvard Law Review, 4, 1890, páginas 193-220.

2. Véase, por ejemplo, el artículo de William Prosser, *Privacy*, California Law Review, 48, 1960, páginas 338-423.

3. Así, Bruce Ackerman, *We the People. Foundations*, Harvard University Press, Cambridge, 1991, páginas 150-159, sostiene que en los Estados Unidos, tras la revolución jurídica que supuso el *New Deal*, el derecho a la privacidad ha pasado a ocupar un espacio constitucional central, en sustitución del derecho a la propiedad privada.

4. *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479, 1965.

5. *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113, 1973.

Las cosas son algo distintas en el Derecho español. La Constitución española reconoce explícitamente el “derecho a la intimidad” (artículo 18.1), que puede interpretarse como el derecho a tener y controlar zonas de retiro y secreto<sup>6</sup>. (De hecho, la española es una de las pocas Constituciones que garantizan este derecho en términos específicos<sup>7</sup>). Este derecho coincide en gran medida con el *right to privacy* del que hablaban Warren y Brandeis y, por ello, es sólo un aspecto del *right to privacy* más amplio que se reconoce hoy en la jurisprudencia americana. ¿Protege la Constitución española esos otros aspectos de *privacy*? En esencia, sí, pero con otros nombres. Podemos decir que el concepto amplio y unitario de *privacy* que se maneja hoy en los Estados Unidos se descompone en España en la siguiente lista de derechos constitucionales:

- a) El derecho a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10).
- b) El derecho a la integridad física y moral, y a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (artículo 15).
- c) El derecho a no ser obligado a declarar sobre la propia ideología, religión o creencias (artículo 16.2).
- d) El derecho del detenido a no declarar contra sí mismo (artículo 17.3).
- e) El derecho al honor (artículo 18.1).
- f) El derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18.1).
- g) El derecho a la propia imagen (artículo 18.1).
- h) El derecho a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2).
- i) El derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3).
- j) El derecho a la autodeterminación informática *-habeas data-* (artículo 18.4).
- k) El derecho al secreto profesional de los periodistas (artículo 20.1 d).
- l) El privilegio de no declarar, por razón de parentesco o de secreto profesional, sobre hechos presuntamente delictivos (artículo 24.2).

La doctrina y la jurisprudencia españolas no han agrupado estos derechos diversos bajo la categoría genérica de la “privacidad”<sup>8</sup>. Si existe un derecho general, ése es más bien el derecho a la “dignidad”, que aparece mencionado en el artículo 10 de la Constitución como “fundamento del orden político”.

---

6. Sobre ello, véase Blanca Rodríguez Ruiz, *Privacy in Telecommunications. A European and an American Approach*, *Kluwer Law International*, The Hague, 1997, páginas 43-44; *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, páginas 4-14.

7. En el ámbito de la Europa occidental, sólo se reconoce explícitamente este derecho en las Constituciones más recientes: artículo 18.1 de la Constitución española de 1978; artículo 10 de la Constitución holandesa de 1983; y artículo 26 de la Constitución portuguesa de 1976.

8. Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/1992 de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal distingue entre “privacidad” e “intimidad”, siendo aquélla más amplia que ésta. Esta Ley trata de prevenir los abusos en la recopilación y uso de información relativa a hechos que pertenecen a la privacidad de las personas, aunque no se trate de datos relativos a su intimidad (así, por ejemplo, datos sobre la vida profesional). Pero aunque se consagre en esta Ley la categoría de la “privacidad” como categoría más amplia que la “intimidad”, no se trata del concepto americano de *privacy*. Éste sigue siendo mucho más amplio (así, según hemos visto, incluye el derecho de la mujer a abortar, el cual rebasa el ámbito del derecho a la privacidad del que se habla en la mencionada Ley).

## **2. ALGUNAS CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE UN “DERECHO A LA PRIVACIDAD” COMO CATEGORÍA GENERAL**

a) El hecho de que no se haya construido en España un “derecho a la privacidad” como categoría genérica contribuye a que el discurso jurídico-constitucional se desarrolle con mayor precisión. Al descomponerse el derecho a la privacidad en una serie de derechos diversos, es más fácil ponerse de acuerdo acerca del objeto sobre el que se está hablando en cada caso: así, se distingue entre la “intimidad”, el “honor”, la “imagen”, el “libre desarrollo de la personalidad”, la “inviolabilidad del domicilio”, etc... En cambio, en los Estados Unidos, todo debate acerca del derecho a la “privacidad” debe previamente identificar las diversas dimensiones de este derecho y aclarar a cuál de ellas se pretende hacer referencia, lo cual no es tarea fácil<sup>9</sup>. Así, hay que hacer una primera clasificación de los diversos sentidos en que puede hablarse de privacidad y, a tal efecto, se suele distinguir entre privacidad en sentido territorial o espacial, privacidad en sentido de confidencialidad y privacidad en el sentido de autonomía personal. Tal clasificación es precisamente la que se encuentra reflejada de algún modo en la Constitución española, cuando distingue entre inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2), intimidad (18.1) y libre desarrollo de la personalidad (10.1).

Pero esta mayor precisión no se obtiene sin costes: la fragmentación de la “privacidad” en una serie de derechos hace que los juristas tiendan a abandonar el debate teórico acerca de los principios más generales que subyacen a los mismos. Esta autonomía en la interpretación de cada derecho no es absoluta, desde luego. Así, por ejemplo, es frecuente estudiar conjuntamente (como “derechos de la personalidad”) los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen; y se reconoce la relación de instrumentalidad que existe entre el derecho a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, por un lado, y el derecho a la intimidad, por el otro. El contraste entre la situación española y la americana no debe, por ello, exagerarse. Pero sí se puede observar que el debate americano tiende a ser más global y a exhibir una mayor ambición teórica que el debate español, que es más fragmentario.

b) En el plano de la retórica política, el hecho de que la privacidad no aparezca como un valor constitucional central puede tener consecuencias notables. Así, por ejemplo, en la controversia acerca del aborto.

En efecto, una de las tesis de las feministas americanas es que el derecho de la mujer a decidir libremente la interrupción de su embarazo es un derecho que no debe ser defendido invocando el derecho a la privacidad, como hacen los liberales. Según las feministas, la retórica de la privacidad es perjudicial para las mujeres, pues: a) legítima la idea de que existen espacios privados, como el propio domicilio, en los que el Estado no debe intervenir, con la consecuencia de que se desprotege a las mujeres frente a los ataques que reciben de los hombres en esos espacios; b) contribuye a justificar la tesis según la cual el Estado no tiene por qué financiar los abortos, pues si la decisión de abortar es una decisión que pertenece a la esfera de la privacidad, el Estado

---

9. Sobre este problema de definición, véase la colección de artículos recogidos en Ferdinand Schoeman, *Philosophical dimensions of privacy*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.

no tiene por qué intervenir y reglamentar las condiciones bajo las cuales se pueden obtener fondos públicos<sup>10</sup>.

Los liberales suelen contestar que no es cierto que estas consecuencias perniciosas se sigan del reconocimiento del derecho a la privacidad. A estos efectos, distinguen diversos aspectos de la privacidad: privacidad espacial, privacidad como confidencialidad y privacidad como autonomía personal. Los liberales insisten en que es este último aspecto de la privacidad -la autonomía personal- el que permite justificar el derecho de la mujer a abortar, y que siendo ello así, no es cierto que la privacidad legitime la indiferencia estatal frente a lo que ocurre a las mujeres en el espacio privado o frente a los obstáculos económicos que puedan impedir el goce efectivo de ese derecho. Al contrario: sólo si se reconoce el derecho a la autonomía -que es uno de los aspectos del derecho a la privacidad- cabe dar el siguiente paso de exigir al Estado que se preocupe por asegurarlo, tanto frente a los ataques de terceros como frente a las situaciones de necesidad económica<sup>11</sup>.

Lo interesante de este debate americano es que la tesis feminista adquiere cierta plausibilidad en virtud del contexto jurídico-cultural en el que se inscribe. En efecto, si en los Estados Unidos los liberales dicen que una mujer puede abortar porque esa decisión forma parte de su "privacidad", tiene sentido que las feministas se preocupen por las resonancias morales de esta expresión, pues ésta sugiere la idea de que lo que permite a la mujer abortar es la existencia de una zona privada ajena al poder público. La réplica de los liberales es, creo, correcta en cuanto al fondo del argumento, pero no deja de ser cierto que, en el plano retórico, no ayuda nada el que el derecho a abortar se presente como un ejemplo del derecho a la "privacidad". El argumento liberal puede vencer en el terreno de la retórica política en la medida en que se pone en un primer plano la categoría de la "autonomía personal" y se deja de lado la categoría de la "privacidad".

Precisamente, esto es lo que ocurre en el ámbito del Derecho español. Aquí la defensa liberal del derecho de la mujer a abortar no se ha formulado en términos de "privacidad" -pues esta categoría general no existe-, sino en términos del derecho a la "dignidad" y, sobre todo, al "libre desarrollo de la personalidad" (artículo 10 de la Constitución española)<sup>12</sup>. De este modo, la tesis de que la mujer tiene derecho a la "dignidad" y al "libre desarrollo de su personalidad" aparece claramente desconectada de la tesis según la cual existen zonas o espacios privados en los que el Estado no debe intervenir. Por ello, se deja abierta la posibilidad de que el Estado intervenga para hacer efectivo el desarrollo de esa personalidad.

---

10. Catharine MacKinnon, "Reflections on Sex Equality Under Law", *Yale Law Journal* 100, 1991, página 1281.

11. Éste es el argumento de Ronald Dworkin, por ejemplo. Véase *Life's Dominion. An Argument about Abortion, Euthanasia and Individual Freedom*, Alfred A. Knopf, New York, 1993, páginas 50-56.

12. Así, el Tribunal Constitucional español, en la sentencia 53/1985, ha reconocido que la Constitución española no sólo otorga protección al valor vida que el feto incorpora o expresa, sino también al derecho de la mujer a decidir si abortar o no en determinados supuestos, y este último derecho se ha hecho reposar, fundamentalmente, en el derecho a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10. Lo mismo hizo, por ejemplo, el Tribunal Constitucional alemán, en su sentencia de 1975 (39 BVerfGE I), que apeló al derecho a la dignidad del artículo 1.1 de la Constitución alemana, y al derecho al libre desarrollo de la personalidad del artículo 2.1, para justificar la protección de los derechos de la mujer que decide abortar.

Resultaría algo raro que una feminista dijera en España que la retórica del derecho a la “dignidad” y al “libre desarrollo de la personalidad” es perniciosa porque contribuye a legitimar una posición abstencionista por parte del Estado. En cambio, la retórica de la “privacidad” sí puede ser acusada de tal cosa<sup>13</sup>.

### **3. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS QUE PERTENECEN AL ÁMBITO DE LA PRIVACIDAD**

Hasta ahora hemos visto que la doctrina y la jurisprudencia españolas no han construido el “derecho a la privacidad” como categoría equivalente al *right to privacy* americano y, he sugerido, algunas consecuencias de ello. Veamos ahora cuáles son las garantías constitucionales de las que se benefician los derechos que he enumerado más arriba.

Con la excepción del derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10), las garantías son las propias del grupo de derechos que gozan de la máxima protección en la Constitución española (es decir, los derechos comprendidos en los artículos 15 a 30). Estas garantías son, en síntesis, las siguientes:

a) Sólo por ley orgánica -que es un tipo especial de ley, cuya aprobación exige la obtención de una mayoría absoluta del Congreso de Diputados- puede regularse el ejercicio de cada uno de estos derechos (artículo 81.1). Ahora bien, si el legislador no ha dictado todavía la correspondiente ley orgánica, los tribunales pueden proteger ya un contenido mínimo del derecho. Así, el Tribunal Constitucional (sentencia 254/1993) protegió un contenido mínimo del derecho de *habeas data*, a pesar de que no existía ninguna ley relevante en el momento en que el ciudadano solicitó de la Administración Pública información relativa a los datos personales que ésta tuviera almacenados en ficheros automatizados<sup>14</sup>.

b) Si la ley no respeta alguno de estos derechos, el Tribunal Constitucional puede invalidarla en un proceso de control de constitucionalidad. Este proceso puede abrirse a través de un recurso de inconstitucionalidad interpuesto por ciertos órganos públicos (artículo 162.1); de una cuestión de inconstitucionalidad elevada por un juez ordinario (artículo 163); o de una “autocuestión” presentada por el propio Tribunal tras resolver un recurso de amparo (artículo 55.2 de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional).

c) Existen procedimientos especiales para proteger estos derechos. Se trata, fundamentalmente, del procedimiento preferente y sumario ante los jueces ordinarios (artículo 53.2 y Ley 62/1978), y del “recurso de amparo” ante el Tribunal Constitucional (artículo 53.2 y Título III de la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional).

---

13. Mary Ann Glendon, *Abortion and Divorce in Western Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, se hace eco de este mismo contraste entre Estados Unidos y Alemania cuando dice: “*The affirmative German right to the free development of one’s personality contrasts with the negative American formulation of privacy as the right to be let alone*”, página 37. (N. de R.: El derecho afirmativo alemán del libre desarrollo de la personalidad de uno mismo contrasta con la formulación negativa americana de privacidad como el derecho a estar solo).

14. La ley reguladora actual es la Ley Orgánica 5/1992, del 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de datos de carácter personal. Un comentario a la sentencia 254/1993 puede encontrarse en Ignacio Villaverde Menéndez, Protección de datos personales, derecho a ser informado y autodeterminación informativa del individuo. A propósito de la STC 254/1993, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Núm. 41, 1994.

El derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) sólo goza de la segunda garantía (la relativa al control de constitucionalidad de la ley), pero no de la primera (la reserva de ley orgánica) ni de la tercera (los procedimientos especiales y el recurso de amparo).

Lo anterior merece un par de comentarios:

a) En principio, la reserva de ley orgánica exige que sea el legislador, por mayoría absoluta, el que regule el ejercicio de los derechos. En esta institución de la reserva de ley orgánica (y de la reserva de ley, en general) se manifiesta la tradición jurídica de la Europa continental, basada en la primacía de legislación como fuente del Derecho. Sin embargo, en el ámbito de los derechos de la privacidad, las colisiones entre derechos son tan frecuentes, y la variedad de circunstancias relevantes es tan grande, que en la práctica es poco lo que el legislador decide: de hecho, éste delega al juez la tarea de ponderar los derechos y buscar una solución de equilibrio<sup>15</sup>. La jurisprudencia de los tribunales es, pues, de suma importancia en este sector, especialmente la que va generando el Tribunal Constitucional al resolver los recursos de amparo que los particulares pueden presentar frente a los actos del poder público que vulneren sus derechos. Por ello, el sistema jurídico se acerca, en este ámbito de problemas, a la práctica del *common law*.

b) La circunstancia de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10) no goce de la protección del recurso de amparo (a diferencia de lo que ocurre en Alemania, de donde proviene) es un hecho a lamentar. Acerca de este derecho sólo podemos tener sentencias del Tribunal Constitucional dictadas en procesos abstractos de control de la ley (recurso de inconstitucionalidad y cuestión de inconstitucionalidad), pero no sentencias dictadas en recursos de amparo, que son los que suministran al Tribunal casos concretos. Dada la necesidad de atender a las circunstancias de cada tipo de caso para poder ponderar adecuadamente los conflictos entre derechos, es negativo que no podamos obtener del Tribunal Constitucional sentencias de amparo relativas al derecho al libre desarrollo de la personalidad. (Lo mismo ocurre, por cierto, con otros derechos constitucionales que no pueden ser protegidos a través del recurso de amparo, como el derecho a la propiedad privada y a la herencia reconocido en el artículo 33, por ejemplo). En la práctica, es posible que en algunos casos el Tribunal tenga que hacer una interpretación extensiva del derecho a la intimidad (artículo 18.1) para poder estimar un recurso de amparo, cuando, para la mayoría de la doctrina, el derecho que está en juego es el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10)<sup>16</sup>.

---

15. Así, la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, es una ley muy “abierto” a la interpretación judicial.

16. Un ejemplo de ello podemos encontrarlo, quizás, en la sentencia 151/1997 del Tribunal Constitucional, que anuló la sanción que fue impuesta a un Capitán de Artillería por haber consentido el adulterio de su esposa con otro militar. Para el Tribunal, la sanción -dadas las circunstancias del caso- lesionó la intimidad del Capitán (artículo 18). Pero cabría sostener que no es la intimidad la que resultó afectada, sino la autonomía personal (el “libre desarrollo de la personalidad” del artículo 10). Si una ley castigara el adulterio, lo que se podría estimar lesionado es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pero no la intimidad. El problema es que si el Tribunal aceptara esta tesis, entonces no podría admitir el recurso de amparo en el caso del Capitán, pues el derecho del artículo 10 no es susceptible de ser protegido a través de este recurso extraordinario.

Con esto, se distorsiona la distinción conceptual entre intimidad y libre desarrollo de la personalidad que, en principio, cabe extraer de la Constitución, con la consecuencia de que, por razones puramente procesales, la jurisprudencia española se puede aproximar en cierta medida a la americana -en la medida en que el derecho a la intimidad puede ser interpretado de modo expansivo para abarcar determinadas dimensiones de la libertad personal.

#### **4. ALGUNOS CONFLICTOS TÍPICOS: HONOR, INTIMIDAD, LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN**

Pasemos ahora al objeto principal de este trabajo: el conflicto entre la libertad de expresión e información y el derecho al honor e intimidad en la jurisprudencia española<sup>17</sup>.

Ante todo, es necesaria una clarificación previa. La Constitución española distingue en su artículo 20 entre dos libertades: la libertad de expresión y la libertad de información. Según la doctrina y la jurisprudencia (así, sentencia 6/1988), la primera libertad se refiere a opiniones a través de las cuales se emite un juicio valorativo; la segunda, en cambio, se refiere a informaciones, a través de las cuales se suministran datos empíricos. Naturalmente, en la práctica es frecuente que se fundan opiniones e informaciones (en cuyo caso hay que determinar cuál es el “elemento preponderante”), y es a veces difícil distinguir entre unas y otras, pero se trata, en principio, de dos derechos distintos<sup>18</sup>.

El Tribunal Constitucional español ha acogido desde el primer momento (sentencia 6/1981) la tesis conforme a la cual la libertad de expresión e información tiene una fuerza especial, y una especial resistencia frente a otros derechos e intereses legítimos, por su estrecha conexión con el valor del autogobierno democrático. Esta interpretación “democrática” tiene, como es sabido, una gran tradición en los Estados Unidos<sup>19</sup>. Sobre la base de esta teoría, examinemos algunos problemas concretos que se han planteado en la jurisprudencia del Tribunal.

##### **4.1. Libertad de expresión y derecho al honor**

a) Según el Tribunal, la libertad de expresión tiene un límite: no cabe insultar (sentencias 105/1990 y 85/1992). Este límite opera también cuando la

---

17. Acerca de estos conflictos, véase, en general, Marc Carrillo, *Los límites de la libertad de prensa en la Constitución de 1978*, PPU, Barcelona, 1987; Santiago Muñoz Machado, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988; y Pablo Salvador Coderch, *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

18. La distinción entre opiniones e informaciones también se encuentra explícitamente reconocida en la jurisprudencia americana. Así, en la sentencia *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). Acerca de la dificultad de distinguir entre opiniones y hechos, es interesante la reflexión de Robert Post, *Constitutional Domains. Democracy, Community, Management*, Harvard University Press, Cambridge, 1995, páginas 153-163. Para Post la distinción depende, en última instancia, del grado de convergencia que es dable esperar entre personas que pertenezcan a comunidades diversas.

19. Así, Alexander Meiklejohn, *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, 1948, Cass Sunstein, *The Partial Constitution*, Harvard University Press, Cambridge, 1993, páginas 232-256; Owen Fiss, *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, Cambridge, 1996, páginas 1-4. Fiss rechaza una concepción “libertaria” (según la cual la libertad de expresión protege un interés individual en la autoexpresión) y opta por una concepción “democrática” (bajo la cual esa libertad es, ante todo, un mecanismo de protección de la soberanía popular).

persona afectada por el insulto es de relevancia pública (sentencia 336/1993), aunque en este último caso se acepta un mayor nivel de dureza en la crítica.

Ahora bien: ¿debería importar que se insulte, si son ciertos los hechos en los que se funda el juicio de valor crítico? Quizás, ante la dificultad de trazar la línea que separa el insulto de lo que no lo es, y a fin de evitar un *chilling effect* en el ejercicio de la libertad de expresión, debería regir un principio general que impida al juez sancionar a alguien por el insulto, si los hechos en los que se funda la opinión son: a) verdaderos y b) de suficiente gravedad como para justificar un rechazo moral enérgico contra la persona que ha realizado esos hechos. Es cierto que el insulto debería evitarse, incluso cuando quien insulta tiene razones para expresar su enérgica reprobación. Pero, en definitiva, quien insulta innecesaria o desproporcionadamente se desautoriza a sí mismo. Quizás el rechazo de la comunidad al insulto es la protección más efectiva frente a él. En este punto, creo que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional corre el riesgo de sobreproteger el honor en detrimento del interés democrático en mantener un debate abierto<sup>20</sup>.

Así, por ejemplo, en el caso resuelto por la sentencia 105/1990, se había condenado penalmente por desacato a un periodista que había dicho que don Luis Roca, Presidente de la Asociación Española de Fútbol y Diputado de las Cortes de Aragón, había cobrado indebidamente dietas por desplazamientos. Aunque el Tribunal no puso en duda la veracidad de esta información, estimó correcta la condena por desacato, por haber utilizado el periodista expresiones insultantes, tales como: “lo de Pedrusquito lo he dicho en muchísimas ocasiones, es tan sólo un apelativo cariñoso que identifica sus escasos centímetros, su poco pelo y su nulo talante”; “ni ve y no es por las cataratas...”; “Pedrusquito Catarata Roca...”; “vil vasallo de Pablo Porta...”; “impresentable Presidente de la Federación Española de Fútbol”; “ni oye, ni sabe, ni quiere, ni puede...”; “el tío no sabe nada y sabe de todo. Bien”. A mi juicio, se trata de expresiones de muy mal gusto, pero ¿puede justificarse que el Estado mande a la cárcel al periodista por desacato, cuando resulta que es veraz la información que motiva esta crítica feroz? Creo que no<sup>21</sup>.

b) Otra cuestión interesante es la siguiente: ¿tienen los grupos un derecho constitucional al honor, o se trata de un derecho que sólo puede predicarse de una persona individual?<sup>22</sup>. En España esta pregunta se ha planteado a raíz de

---

20. En los Estados Unidos, una opinión no deja de estar protegida por la Primera Enmienda por el hecho de que sea *insulting* o *outrageous*: véase la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46, 1988. Ciertamente, como dice Robert Post, *Constitutional Domains...*, *op. cit.*, páginas 134-150, si el discurso público se protege frente a cualquier norma restrictiva que la comunidad acepte, incluidas las reglas del debate civilizado, se pueden erosionar entonces las propias bases de ese discurso público, pues éste presupone una participación y deliberación sin coerciones de ningún tipo, incluidas las de tipo psicológico. Si los insultos socavan la dignidad de los participantes, el discurso público se deslegitima. Post explora esta paradoja, pero se inclina finalmente por apoyar la tesis de la Corte Suprema.

21. Pablo Salvador, *El derecho de la libertad...*, *op. cit.*, página 62, critica el sesgo cultural (en contra de las clases menos educadas) que subyace a la pretensión del Tribunal de delimitar cuándo las expresiones proferidas son ilegítimas por incurrir en el insulto.

Por otra parte, acerca del *chilling effect* que puede producir la criminalización de los insultos, es interesante el voto particular del magistrado Tomás Vives a la sentencia 79/1995.

22. Una cuestión ulterior es si las personas jurídicas pueden ser titulares de este derecho. El Tribunal Constitucional ha dicho que sí (sentencia STC 139/1995). Sobre ello, Marc Carrillo, *Libertad de expresión, personas jurídicas y derecho al honor*, en *Derecho Privado y Constitución*, nº 10, 1996, páginas 91 a 116.

los ataques injuriosos a los judíos por parte de nazis y neo-nazis. En la sentencia 214/1991 (caso Violeta Friedman), por ejemplo, el Tribunal Constitucional dijo que el derecho al honor de las personas puede ser lesionado no sólo por un ataque a cada una de ellas individualmente consideradas, sino también por un ataque general a los grupos a los que esas personas pertenecen, siempre que se trate de grupos con una cierta personalidad, por determinadas características históricas, sociológicas, étnicas, religiosas, etc... Según el Tribunal, las personas naturales o jurídicas que pertenezcan al ámbito del grupo atacado tienen legitimación activa para entablar un proceso civil contra quienes emitan esas injurias. Por ello, el Tribunal reconoció legitimación activa a Violeta Friedman (una judía que estuvo internada en el campo de exterminio de Auschwitz, donde murió gaseada toda su familia) para interponer una acción civil contra León Degrelle, ex Jefe de las Waffen S.S, por unas declaraciones injuriosas contra el pueblo judío. Y en la sentencia 176/1995, el Tribunal confirmó una condena por delito de injurias que se impuso al director y editor del álbum "Hitler-SS", a raíz de una querrela presentada por unas asociaciones judías<sup>23</sup>.

El principal problema que plantea esta doctrina es el riesgo de que restrinja en demasía la libertad de expresión. En principio, parece claro que no es lo mismo decir que los vendedores de coches son todos unos estafadores que decir que determinado vendedor de coches -el Sr. X, identificado con todas sus señas- es un estafador. Si se considerara que también en el primer caso puede haber una lesión del honor del Sr. X (y de todos los demás vendedores de coches), entonces el ejercicio de la libertad de expresión se vería notablemente disminuido. Ciertamente, la doctrina del Tribunal trata de proteger exclusivamente a aquellos grupos que tengan cierta entidad propia, por razones históricas, culturales, raciales, etc... El grupo integrado por los vendedores de coches es una clase relativamente artificial al lado de otros grupos humanos, tales como las personas de raza negra, los judíos, las mujeres, los homosexuales, etc... Pero, ¿cómo establecer la frontera que separa unos de otros? Así, los franceses, los españoles, los ingleses... ¿forman grupos de tal naturaleza que las injurias que se dirigen contra ellos pueden dar lugar a condenas penales y civiles a instancia de cualquiera de sus miembros? Parece excesivo. Es difícil afirmar que el Tribunal se equivocó en casos como el de Violeta Friedman o el del álbum "Hitler-SS", pero subsiste la duda acerca de qué grupos se encuadran en la doctrina del Tribunal, y existe el riesgo de que una extensión desmesurada de esta doctrina lleve a una reducción injustificada del debate democrático. Aquí se corre un riesgo evidente de sobreprotección del

---

23. Hay que tener en cuenta que el nuevo Código Penal, aprobado en 1995, tipifica en el artículo 510 una clase especial de injuria: la información injuriosa que se lanza (con conocimiento de su falsedad o con temerario desprecio hacia la verdad), contra determinado grupo o asociación de personas por razón de su ideología, religión, creencias, etnia, raza, origen nacional, sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Por otra parte, el artículo 607.2 castiga como genocidio la difusión de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen los delitos de genocidio, o que pretendan rehabilitar los regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos. La constitucionalidad de este precepto puede ponerse en duda si se toman en serio estas palabras del Tribunal en la sentencia 214/1991: "es indudable que las afirmaciones, dudas y opiniones acerca de la actuación nazi con respecto a los judíos y a los campos de concentración, por reprobables o tergiversadas que sean -y ciertamente lo son al negar la evidencia de la historia- quedan amparadas por el derecho a la libertad de expresión" (Fundamento Jurídico 8).

honor<sup>24</sup>. Hay que tener en cuenta, además, que, si bien es cierto que esta doctrina permite proteger la dignidad de las minorías históricamente perseguidas frente a expresiones injuriosas, también sus miembros pueden incurrir en la conducta prohibida si se exceden en su crítica a las mayorías opresoras. Al parecer, en Inglaterra, un alto porcentaje de acusaciones por *hate speech* se han formulado contra miembros de grupos minoritarios<sup>25</sup>. No hay que minusvalorar, pues, el riesgo de que la criminalización de este tipo de injurias produzca el efecto de inhibir el ejercicio de la libertad de expresión de las minorías desfavorecidas a las que se trata de proteger.

#### 4.2. Libertad de información y honor

No sólo la libertad de expresión (en ejercicio de la cual se exponen opiniones); también la libertad de información (a través de la cual se pretenden suministrar datos objetivos) puede entrar en conflicto con el derecho al honor. Si lo que un periodista afirma de una persona es falso y perjudica su reputación, queda afectado el derecho al honor de esta última. La Constitución española protege el derecho a comunicar “información veraz” (artículo 20). ¿Qué ocurre cuando la información es falsa y afecta al honor de una persona? ¿Prevalece entonces el derecho al honor?

Según el Tribunal Constitucional, no toda información falsa está desprotegida. Sólo lo está la que se obtuvo de manera negligente, sin contrastarla suficientemente (así, desde la sentencia 6/1988). De este modo, el Tribunal se ha hecho eco de la doctrina de la sentencia *New York Times v. Sullivan*<sup>26</sup> de la Corte Suprema de los Estados Unidos. De todos modos, existen algunas diferencias entre la doctrina *Sullivan* y la del Tribunal Constitucional español.

En primer lugar, bajo la doctrina *Sullivan*, sólo está desprotegida la información falsa cuando se obtuvo y comunicó con malicia, es decir, con conocimiento de su falsedad o con total despreocupación acerca de si era verdadera o falsa. En cambio, para el Tribunal español la noticia falsa está desprotegida siempre que se obtuviera de manera negligente y, para que haya negligencia, no es necesario que el informador llegara al extremo de conocer la falsedad de la noticia o de mostrar una absoluta despreocupación acerca de su valor de verdad. Es más, últimamente el Tribunal tiende a ser más exigente

---

24. En los Estados Unidos, la jurisprudencia es muy reacia a aceptar la prohibición del denominado *group libel*. Aunque en la sentencia del caso *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 1952, la Corte Suprema declaró válida una ley de Illinois que criminalizaba el libelo contra un grupo determinado de personas, la vigencia de este precedente es dudosa a la luz de la sentencia del caso *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377, 1992, que invalidó una ordenanza municipal que castigaba determinadas “expresiones de odio” -*hate speech*. En este punto, la situación de los Estados Unidos es excepcional dentro del Derecho Comparado. En Canadá y en la mayoría de los países europeos se admite la constitucionalidad de las leyes que prohíben las expresiones injuriosas contra determinados grupos. De hecho, la Convención internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, establece en su artículo 4 la obligación de los Estados de declarar como acto punible las expresiones de odio racial. Estados Unidos ha firmado esta Convención, pero no la ha ratificado. Sobre todo ello, véase Kent Greenawalt, *Fighting Words. Individuals, Communities, and Liberties of Speech*, Princeton University Press, Princeton, 1995, páginas 47-70 y 144-148.

25. Kent Greenawalt, *Fighting Words...*, *op. cit.*, página 145.

26. 376 U.S. 254, 1964.

a la hora de examinar si el informador ha sido o no lo suficientemente diligente. Así, en la sentencia 28/1996, el Tribunal reconoce que el periodista hizo un cierto esfuerzo por contrastar la noticia, pero considera que ese esfuerzo no fue suficiente, dada la gravedad de los hechos que se imputaban a la persona afectada, por lo que la noticia que publicó -que resultó ser falsa- no puede entenderse protegida por el derecho constitucional a la libertad de información.

En segundo lugar, de acuerdo con la doctrina *Sullivan*, es la persona afectada en su reputación quien tiene la carga de probar que la información es falsa y que se transmitió con malicia. Para ello, tiene a su disposición el mecanismo procesal del *pre-trial discovery*, que le permite acceder a documentos que se encuentran en manos del periodista demandado. En cambio, en el sistema español es el periodista quien tiene la carga de probar que la información es verdadera o que, siendo falsa, se obtuvo con diligencia. (Así, sentencias 22/1995 y 51/1997).

En tercer lugar, la doctrina *Sullivan* sólo rige cuando la información se refiere a cargos públicos (*public officials*) en relación con su conducta oficial o, en general, cuando la información se refiere a “figuras públicas” (*public figures*)<sup>27</sup>. No rige cuando el afectado es un personaje privado<sup>28</sup>. La doctrina *Sullivan* introduce, pues, una excepción a las reglas generales del *common law* que protegen la reputación de las personas. Como estas reglas pueden reconocer indemnizaciones muy cuantiosas, es necesario, a través de la doctrina *Sullivan*, establecer una excepción para los casos en que la información se refiere a personajes públicos. La prensa debe tener un *breathing space* para actuar sin miedo en estos casos<sup>29</sup>. En el derecho español, en cambio, la doctrina del Tribunal se aplica a todo supuesto de información, con independencia del tipo de persona sobre la que versa. Dado que los tribunales españoles reconocen indemnizaciones muy bajas en aplicación de las reglas generales (lo cual, por cierto, es uno de los principales déficits en la protección de la reputación<sup>30</sup>), se hace entonces menos urgente establecer una regla especial, más favorable a la libertad de información, para los casos en que la noticia se refiere a personajes públicos.

A pesar de estas diferencias, existe un rasgo común entre la doctrina *Sullivan* y la del Tribunal Constitucional español: para poder proteger al periodista no es necesario que la noticia sea objetivamente verdadera -basta que aquél haya desplegado suficiente diligencia. (Así, en la sentencia 240/1992, el Tribunal protegió una noticia falsa por haber sido, a su juicio, suficientemente contrastada). Esto plantea algunos problemas, entre los cuales quiero destacar dos:

a) La persona afectada en su honor por la noticia falsa sufre un daño. Es cierto que cuando el periodista ha actuado diligentemente, ese daño es

---

27. Así, la Corte extendió la doctrina *Sullivan* a las figuras públicas en los casos *Curtis Publishing Co. v. Butts* y *Associated Press v. Walker*, 388 U.S. 130, 1967.

28. *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323, 1974.

29. Existen propuestas, sin embargo, a favor de extender la doctrina *Sullivan* a todos los supuestos de información, con independencia del carácter público o privado del personaje sobre el que versa la noticia. Así, por ejemplo, Ronald Dworkin, *Freedom's Law*, Oxford University Press, Oxford, 1996, páginas 209-213.

30. Para una propuesta favorable a recurrir a condenas indemnizatorias más fuertes, en lugar de a condenas penales, para proteger con eficacia la reputación de las personas, véase Pablo Salvador Coderch y M<sup>a</sup> Teresa Castiñeira Palou, *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

excusable. Y es cierto también que no se le debe sancionar porque, si así se hiciera, el efecto general sería la restricción excesiva del flujo de información, el cual constituye un bien público. Pero ¿por qué debe sacrificarse esa persona por la colectividad -que es la beneficiaria del flujo de información? Es aceptable que el periodista no deba ser condenado a pagar daños y perjuicios, ni a sufrir una sanción penal. Pero ¿no debería articularse algún sistema para minimizar los costes que sufre la persona afectada en su honor?

En este sentido, en España se ha propuesto que se facilite la acción declarativa y la acción negatoria. A través de estas acciones se obtiene de los tribunales una sentencia que declara que la noticia es falsa y condena al informador a rectificar, a difundir la sentencia y a abstenerse en el futuro de reproducir la información cuya falsedad consta. Estas acciones tienen cabida en el Derecho español (así, en el artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982). Pero se trataría de que los jueces interpretaran que estas acciones se pueden estimar *incluso en el caso de que el periodista haya probado su diligencia*. Si el flujo de información es el bien público a proteger, no se empobrece, sino que se enriquece ese flujo, si la colectividad conoce la sentencia declarativa y la rectificación posterior por parte del periodista<sup>31</sup>.

Creo que esta propuesta es plausible y que va en la dirección correcta de poner mayor énfasis del que se ha puesto hasta ahora en los daños que causa la noticia falsa. Los daños que ésta produce no se circunscriben a la persona afectada en su reputación, sino que se extienden a la colectividad. Una colectividad no puede autogobernarse si la información falsa no es neutralizada de algún modo<sup>32</sup>.

b) Otro problema interesante que se ha planteado en la jurisprudencia del Tribunal es el siguiente: ¿Qué ocurre cuando está en marcha un proceso penal contra una persona por unos hechos delictivos y se informa acerca de ellos? La información puede ser de dos tipos: puede afirmar meramente que se ha abierto un proceso contra esa persona por determinado delito, o puede afirmar directamente que ésta ha cometido el delito que se le imputa.

Si es lo primero, nada hay que objetar: aunque el acusado sea absuelto, el periodista dijo la verdad cuando informó acerca de la acusación. Lo que sí se le debería exigir es que, cuando informe del hecho de la acusación, se cuide de aclarar que se trata sólo de una acusación y que, cuando se dicte la sentencia absolutoria, informe de esta absolución con el mismo detalle con el que informó en su día acerca de la apertura del proceso penal. Por desgracia, la práctica de la prensa no se ajusta demasiado a estos principios. Deberían arbitrarse

---

31. Esta propuesta ha sido defendida en España por Pablo Salvador, *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, páginas 64-78. Hay que tener en cuenta, por otra parte, que existe en España la Ley Orgánica 2/1984, reguladora del derecho de rectificación, que se reconoce en ella sólo puede ejercitarse inmediatamente después de publicada la información, y da lugar a un proceso sumario en el que las pruebas que pueden practicarse son muy limitadas dada la escasez de tiempo. El Tribunal Constitucional ha dejado claro que el juez que conoce de la pretensión de rectificación puede estimarla a pesar de que no haya practicado mucha prueba (sentencia 168/1986). El carácter sumario del proceso se refleja en el hecho de que la decisión del juez no vincula al juez que conozca con posterioridad de una demanda civil por atentado contra el honor.

32. También en los Estados Unidos se han hecho propuestas dirigidas a otorgar una mayor importancia a las acciones meramente declarativas. Sobre ello, Lucas A. Powe, *The Fourth Estate and the Constitution. Freedom of the Press in America*, University of California Press, Berkeley, 1991, páginas 132-139.

acciones judiciales adecuadas para obligar a la prensa a publicar con la extensión que corresponda la noticia de la absolución.

Si, por el contrario, se afirma no sólo que se ha abierto un proceso penal contra determinada persona, sino, además, que ésta ha cometido el delito que se le imputa, surge un primer interrogante: ¿se ha respetado la presunción de inocencia? A mi juicio, si el periodista puede probar lo que dice, ha respetado ese derecho. No puede argumentarse, en contra de esta tesis, que sólo hay delito una vez que lo ha declarado el juez penal, pues lo cierto es que el delito existe antes de que el juez lo declare en su sentencia, y sigue existiendo aunque éste, por error, niegue su existencia. Como suele decir Eugenio Bulygin: si no existe delito antes de la sentencia del juez penal, ¿con qué fundamento puede éste condenar a alguien?

Un segundo interrogante es éste: si el acusado interpone una acción por difamación antes de que se decida el caso penal, ¿debe el juez conocer ya de esa acción o debe esperar? Veamos un caso:

El Sr. Juan Guerra, hermano del que fue vicepresidente del gobierno (Alfonso Guerra), fue acusado de un delito de prevaricación y de malversación de fondos públicos. Mientras se instruía el proceso, el periódico ABC dio información sobre el caso y afirmó, en una serie de artículos y caricaturas, que el Sr. Juan Guerra había cometido los delitos que se le imputaban. Ante ello, Juan Guerra interpuso una demanda civil por lesión de su honor contra el periódico. Éste alegó en su defensa que para poder saber si había atentado contra el honor del Sr. Juan Guerra, había que esperar primero a que se terminara el proceso penal contra éste: si al final Juan Guerra era condenado por los delitos de prevaricación y malversación, entonces se habría demostrado que la información que dio el periódico ABC era verdadera. El juez aceptó este argumento. Frente a su decisión, Juan Guerra acudió en amparo ante el Tribunal Constitucional, amparo que fue denegado (sentencia 166/1995). Según el Tribunal, el juez actuó razonablemente cuando decidió suspender el proceso civil contra el periódico mientras no se resolviera el proceso penal contra Juan Guerra. (La sentencia, sin embargo, cuenta con los votos disidentes de dos magistrados -Tomás Vives Antón y Diego González Campos- que consideraron que la decisión del juez de esperar a que culminara el proceso penal era incorrecta: no protegió debidamente el derecho al honor). Al cabo de un tiempo, Juan Guerra fue condenado por los delitos que se le imputaban.

La pregunta que suscita este caso es ésta: ¿debe protegerse al periodista que no ha sido diligente, pero que ha publicado una noticia que ha resultado ser objetivamente verdadera? Si (vamos a suponer) el periódico ABC no tenía ninguna prueba de que Juan Guerra hubiera cometido determinados delitos ¿deben protegerse sus afirmaciones inculpativas por el hecho de que, más tarde, se demuestra por parte de terceros que son objetivamente verdaderas? El dato de que lo afirmado sea verdadero puede parecer que constituye una razón suficiente para proteger a quien lo afirma. Pero, ¿supone un respeto adecuado al honor de una persona afirmar cosas sobre ella que, aunque verdaderas, no se *sabe* si lo son -pues sólo se puede saber que algo es verdadero si, además de creer en su verdad, y de ser verdad lo que se cree, se tienen elementos de juicio para justificar la creencia en su verdad? ¿Podemos aceptar que un periodista afirme sin ninguna prueba que una persona ha cometido un

delito? Me inclino a pensar que no y ello, fundamentalmente, por un argumento de carácter consecuencialista: el daño que puede ocasionar quien actúa con esa negligencia puede ser muy difícil de reparar (¿cómo restaurar la reputación de la persona que ha sido acusada erróneamente de un delito durante varios años?), con lo cual es mejor tener una regla que prohíbe las afirmaciones que el periodista no ha contrastado diligentemente, aunque más tarde resulten ser verdaderas, que una regla que permite esas afirmaciones, si más tarde resultan ser verdaderas. El periodista no debe confiar en el azar, pues está en juego un derecho frágil, de difícil reparación. Comparto, en definitiva, la tesis de los votos disidentes de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional (la 166/1995): no debería suspenderse el proceso por difamación y esperar a que haya culminado el proceso penal; el periodista debería acreditar que es verdad lo que afirmó o, en su defecto, que tenía razones para creer en la verdad de las afirmaciones realizadas; si no satisface esta exigencia, debe ser condenado, aunque luego, en el proceso penal, resulte probada la verdad de lo que dijo<sup>33</sup>. (Otras sentencias en las que se plantea el problema de los “juicios paralelos”, son la 320/1994 y la 6/1996, con soluciones un tanto contradictorias).

c) Podemos recoger las observaciones anteriores y decir lo siguiente: el bien público que, por razones democráticas, hay que producir y mantener al máximo, es el flujo de información *verdadera* sobre asuntos de interés público. Este bien se produce y mantiene a través del esfuerzo humano: a través de los actos y omisiones de personas que adoptan una actitud de respeto hacia la verdad. Por ello, el Derecho debe imponer dos deberes: el deber de no publicar una noticia cuando no ha sido contrastada suficientemente y el deber de rectificarla cuando se ha revelado falsa, a pesar de la diligencia invertida. El derecho debe alentar estas actitudes de respeto a la verdad, las cuales son necesarias para poder producir ese bien público que se considera esencial en una democracia. Es más, si la libertad de expresión debe ser amplia, es porque se confía en que, del choque de opiniones, surgirá finalmente la verdad; pero esta confianza sólo está justificada si existen reglas que aseguran suficientemente que es verdadera la información fáctica que circula en la comunidad. Dado que toda opinión valorativa debe erigirse sobre una base empírica sólida, el sistema jurídico debe asegurar que la libertad de expresión tenga a su disposición, como infraestructura, “información veraz”.

#### **4.3. Libertad de información e intimidad**

Según el Tribunal Constitucional, el ejercicio del derecho a informar tiene por límite, entre otros, el derecho a la intimidad de las personas. El hecho de

---

33. El artículo 207 del Código Penal de 1995 establece que “el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiere imputado”. Ciertamente, esto significa que el periodista que fue negligente en el momento de publicar la noticia queda protegido si, más tarde, en el momento del juicio por difamación, puede aportar pruebas que acrediten la verdad de lo que publicó. Pero también significa que, si el periodista no logra aportar esas pruebas, será condenado penalmente, a pesar de ser verdadero lo que afirma y a pesar de que, más adelante, esta verdad quede demostrada por terceros en un proceso penal. El Derecho español no prevé que esta sentencia penal condenatoria (contra la persona cuya reputación quedó afectada por el periodista) permita revisar la sentencia penal que condenó en su día al periodista.

que la información que afecta a la intimidad sea verdadera no constituye una defensa para el periodista. Al contrario: la veracidad de la noticia es precisamente el presupuesto del ataque a la intimidad (así, sentencia 20/1992). En este punto, la jurisprudencia española es clara, en contraste con las dudas que subsisten en los Estados Unidos al respecto<sup>34</sup>.

Ahora bien, en las democracias modernas, se tiende a aceptar que la esfera de intimidad de los políticos debe ser más reducida que la del resto de las personas. Casi nadie discute que así debe ser. La controversia reside en el grado de la restricción.

En un reciente artículo, Thomas Nagel ha cuestionado la concepción dominante, favorable a exponer la vida privada de los políticos al escrutinio del público. Nagel pone de relieve la importancia del secreto y de la discreción como condiciones de la civilización, incluso en una cultura liberal que es altamente tolerante respecto de los estilos de vida que cada cual elige<sup>35</sup>. Para Nagel, la obsesión de la sociedad estadounidense por conocer los aspectos más íntimos de sus representantes políticos constituye una muestra de su inmadurez, la cual contrasta con la madurez de los franceses: en Francia, una “civilización postadolescente”, las cuestiones relativas a la vida sexual de los políticos, por ejemplo, no se convierten en temas de interés público<sup>36</sup>. Creo que Nagel tiene razón.

A favor del principio de la máxima publicidad se suele argumentar, en primer lugar, que la comunidad política necesita conocer ciertos aspectos de la vida personal de los políticos si quiere elegir con racionalidad a sus representantes. A mi juicio, es cierto que el autogobierno democrático exige estrechar en alguna medida el círculo de intimidad del político, pero no de modo ilimitado, pues de lo contrario se socava el propio principio democrático al que se pretende servir. En efecto:

a) Si el político ve muy rebajado su derecho a la intimidad, entonces se deja de incentivar el ingreso de las personas en la arena política. Sólo se presentarán como candidatos quienes tengan una vida íntima perfectamente “asumible” por la mayoría de la colectividad, o quienes tengan una especial capacidad para prescindir de las miradas ajenas. No está nada claro que para ser un buen representante sea necesario tener alguna de estas dos características.

b) El debate político debe versar sobre los asuntos de importancia pública. Si la intimidad de los políticos puede ser expuesta a la curiosidad del público sin ninguna restricción, entonces es fácil que el debate acerca de las políticas públicas sustantivas se vea desplazado por el debate acerca de los aspectos

---

34. Las dudas no fueron resueltas en la sentencia *Florida Star v. B.J.F.*, 491 U.S. 524, 1989. En ese caso, un periódico había publicado el nombre de una víctima de un delito contra la libertad sexual, nombre que obtuvo de un informe de la policía. La Corte revocó la condena que se impuso al periódico en aplicación de una ley estatal que prohibía la publicación de los nombres de ese tipo de víctimas. La Corte consideró inaceptable esa ley, pero dejó sin resolver la cuestión de si la verdad de lo publicado constituye siempre una defensa ante una demanda basada en la intimidad. La solución constitucional que deba darse a los denominados *true privacy cases* sigue sin estar clara en la doctrina de la Corte.

35. Thomas Nagel, *Concealment and Exposure*, Philosophy and Public Affairs, Winter, 1998, páginas 3-30.

36. Thomas Nagel, *op. cit.*, páginas 9-10.

íntimos de la vida de los políticos. El resultado es el empobrecimiento de la deliberación colectiva. Lo instrumental (el conocimiento de las características personales de los políticos para que el electorado pueda elegir bien entre ellos) se convierte entonces en el tema principal de la agenda política.

Un segundo argumento que suele aportarse para justificar la máxima restricción de la intimidad de los políticos sostiene que, en última instancia, el político se convierte en un personaje público por propia voluntad: al entrar en el espacio público de la democracia, asume libremente el riesgo de que su vida privada se vea expuesta a los ojos de los demás<sup>37</sup>. Este argumento, que suele extenderse a todos los personajes públicos en general, es utilizado en la jurisprudencia americana, así como en la del Tribunal Constitucional español. En la sentencia 171/1990, por ejemplo, el Tribunal español dice 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” (Fundamento Jurídico 5º).

Pero este segundo argumento sólo puede tener un valor subsidiario. Lo que estamos discutiendo es cuál debe ser el alcance de la intimidad del político frente a la libertad de información. Para ello, primero deben darse razones a favor de establecer una determinada regla que fije cuál es ese alcance y sólo cuando se ha justificado el establecimiento de tal regla cabe recurrir al argumento de la libre asunción del riesgo para reforzar la justificación de que la regla se aplique a la persona que ha decidido ingresar en la vida política. El argumento de la libre asunción del riesgo contribuye a justificar que una regla establecida y conocida se aplique al político, pero no justifica el contenido específico de esa regla. Para esto último, habrá que acudir a otro tipo de consideraciones, tales como las que he sugerido con anterioridad. Si el argumento de la libre asunción del riesgo por parte del político bastara para justificar toda regla que delimite el grado de protección de la intimidad del político, entonces ese mismo argumento sería capaz de justificar una norma que permitiera al público colocar aparatos de escucha en los domicilios de los políticos: siempre podría decirse que se trata de un riesgo que las personas afectadas conocían cuando decidieron saltar a la arena política.

En definitiva, creo que, si bien la intimidad del político debe ser más reducida que la del resto de los ciudadanos, no está justificado el principio de la máxima publicidad, pues es probable que su efecto sea la reducción del número de ciudadanos que están dispuestos a realizar actividades políticas, así como el desplazamiento de los temas sustantivos acerca de los cuales debe formarse una opinión pública. Por ello, no me parece aceptable la metáfora según la cual *public men are, as it were, public property*<sup>38</sup>, o la de que los políticos deben vivir “en una casa de cristal”.

En este sentido, hay que celebrar el hecho de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no haya optado explícitamente por una interpretación

---

37. Dice Rodney Smolla, en su obra *Suing the Press*, Oxford University Press, Oxford, 1986, página 59: “One who seeks the public arena must accept the heat of the fire as the price for entering the kitchen”.

38. *Beauharnais v. Illinois*, 343 U.S. 250, 263, n.18, 1952.

muy restrictiva de la esfera de intimidad de los personajes públicos, en general. (El caso *Paquirri*, resuelto por la sentencia 231/1988, es un buen exponente de la resistencia del Tribunal a atenuar la intimidad de los personajes públicos: en ese caso, estimó que constituía un atentado contra la intimidad del torero Paquirri la grabación y divulgación de las imágenes de este famoso diestro mientras agonizaba en la enfermería de la plaza de toros como consecuencia de las heridas sufridas durante la corrida). Para el Tribunal, el criterio fundamental para determinar la legitimidad de la intromisión en la intimidad de una persona es la “relevancia pública del hecho divulgado” (sentencia 197/1991). La circunstancia de que el sujeto afectado sea un personaje público no significa automáticamente que el hecho divulgado es de relevancia pública<sup>39</sup>.

La libertad de información tiene un peso especial en la medida en que garantiza la plenitud del debate democrático acerca de asuntos de interés público. Esta calidad se difumina progresivamente en la medida en que el objeto de la información y debate colectivos se adentra en la zona de intimidad del político. Es difícil, desde luego, delimitar qué restricciones debe sufrir la intimidad del político. No he pretendido resolver aquí esta cuestión. Pero, en todo caso, me parece claro que la máxima publicidad no está justificada, y que los temas de interés público no tienen por qué coincidir con los temas acerca de los cuales el público manifiesta un mayor grado de curiosidad.

## 5. A MODO DE CONCLUSIÓN

De la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa a los conflictos entre el derecho al honor e intimidad y la libertad de expresión e información, he entresacado algunos problemas. Si hubiera que arriesgar una conclusión general a partir de estos apuntes fragmentarios, creo que se podría decir lo siguiente: si se parte de la concepción “democrática” de la libertad de expresión (por utilizar la terminología de Owen Fiss<sup>40</sup>), entonces el Tribunal Constitucional debería tener cuidado en no sobreproteger el honor frente al insulto (cuando los hechos imputados son ciertos y de una gravedad tal que está justificada una reacción enérgica de reprobación), y en no sobreproteger ese derecho a través de la aplicación extensiva de la doctrina según la cual las injurias a los grupos pueden suponer injurias a todos sus miembros. En cambio, el Tribunal debería proteger con mayor rigor el honor de las personas individuales frente a las informaciones falsas, reconociendo acciones declarativas y negatorias a pesar de que el periodista haya sido diligente, y desvinculando el control de esta diligencia del resultado azaroso de un proceso penal posterior en el que pueda resultar probado por parte de terceros que lo que dijo el periodista era

---

39. Javier Pardo Falcón, *Los derechos del artículo 18 de la Constitución española en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional, nº 34, 1992, afirma, al comentar la doctrina del Tribunal, que parece que debe prevalecer “por regla general el derecho a la intimidad de las personas sobre el derecho a la libertad de información, como de hecho ocurre en la sentencia [197/1991]. 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 relevantes para la formación de la opinión pública”, páginas 163 a 164.

40. Owen Fiss, *The Irony of Free Speech*, *op. cit.*, página 3.

objetivamente verdadero. Por último, el Tribunal debería mantener su postura actual, según la cual también los cargos públicos tienen intimidad. Quizás debería reforzar esta noción frente al riesgo de que en el próximo futuro el espacio público de la democracia se vea ocupado por la curiosidad de algunos (o de muchos) por conocer la privacidad de los demás.