

5.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ENERO DE 2009

Ponderación entre libertades de información y expresión y derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en relación con el uso de cámaras ocultas

Comentario a cargo de:

ANDRÉS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI
Abogado de CMS Albiñana & Suárez de Lezo

SENTENCIA DE 16 DE ENERO DE 2009

Ponente: Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel

Asunto: Las libertades de información y expresión tienen como límite, respectivamente, la veracidad y la ausencia de expresiones injuriosas y como límite común, la relevancia pública o social de lo comunicado o expresado. Los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen son tres derechos autónomos y no tres manifestaciones de un único derecho. El empleo de la cámara oculta constituye un engaño intencionado que conlleva la ignorancia de la grabación y futura emisión de ésta, que es incompatible con la existencia de consentimiento de la afectada. La doctrina del reportaje neutral, que exime de responsabilidad al medio que es mero transmisor de declaraciones no veraces de un tercero, no es aplicable cuando el propio medio es el que provoca la noticia, como ocurre en el caso del periodismo de investigación existente cuando se emplea la cámara oculta. En caso de colisión entre unos y otros derechos y libertades, el juicio de ponderación para determinar cuál prevalece deberá examinar si la afectación del derecho al honor, intimidad o propia imagen era necesario, y en qué grado, para el adecuado ejercicio de las libertades de información y expresión. Cuando el empleo de la cámara oculta no es imprescindible para el ejercicio de las libertades de información y expresión, sea porque el material obtenido con este método no es muy relevante, sea porque los hechos o actos grabados pueden ser expuestos o mostrados por otros cauces alternativos, los derechos a la intimidad y a la propia imagen prevalecen sobre la libertad de información.

Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2009

Ponderación entre libertades de información y expresión y derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en relación con el uso de cámaras ocultas

ANDRÉS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI
Abogado de CMS Albiñana & Suárez de Lezo

Resumen de los hechos

La periodista doña Francisca, contratada por la productora Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. simuló ser una paciente con dolores de espalda ante la demandante, doña Marina, esteticista y naturópata por lo que fue atendida por ésta en la parte de su vivienda destinada a consulta. Doña Francisca grabó la imagen y la conversación mediante una cámara oculta. Posteriormente, la productora cedió la grabación a Televisión Autonómica Valenciana, S.A. que, en el programa “PVP”, dirigido por don Emilio y presentado por doña Gabriela, difundió las imágenes grabadas con cámara oculta así como un debate posterior en el que también se intercaló la imagen de doña Marina, perfectamente identificable, en el que participaron, además de la presentadora, un representante de la Asociación Española de Fisioterapeutas y el letrado que había defendido los intereses de esta asociación [o de doña Marina??] en un procedimiento penal que había condenado tres años antes a doña Marina por un delito de intrusismo, por haber actuado como fisioterapeuta sin ostentar título para ello. En el debate se calificó como práctica no correcta la actuación de doña Marina cuestionando su cualificación para atender con eficacia las quebras de salud de sus clientes. El Tribunal Supremo considera que el tema objeto del programa estaba relacionado con el ejercicio de una profesión por quien carece de título para ello, si bien admite expresamente que del reportaje no resulta, con la claridad necesaria para hacer enjuiciamientos nítidos, que doña Marina ejerciera sin título la condición de fisioterapeuta.

Doña Marina demandó por intromisión ilegítima en sus derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen a doña Francisca, a Canal Mundo Producciones Audiovisuales, a Televisión Autonómica Valenciana Sociedad Anónima, a don Emilio y a doña Gabriela solicitando la declaración de existencia de

tal intromisión y la condena a la difusión íntegra de la sentencia en el programa de televisión y al pago de 75 millones de pesetas en concepto de daños.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. La Audiencia Provincial de Valencia desestimó el recurso de apelación interpuesto por doña Marina. Interpuesto por ésta recurso de casación, el Tribunal Supremo confirmó la sentencia recurrida en cuanto a las pretensiones ejercitadas contra doña Gabriela y en cuanto a la inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho al honor de la demandante, pero estimó el recurso de casación al declarar infringidos por los restantes demandados los derechos a la intimidad y a la propia imagen de doña Marina, condenándoles solidariamente a pagar a doña Marina una indemnización de 30.050,61 euros.

COMENTARIO

Sumario: 1. **Introducción.** 2. **Referencia preliminar a las libertades de información y expresión.** 2.1. Distinción entre libertad de expresión y libertad de información. 2.2. La veracidad como límite intrínseco de la libertad de información. 2.3. La ausencia de expresiones injuriosas como límite intrínseco de la libertad de expresión. 2.4. La relevancia pública como límite intrínseco común a las libertades de expresión e información. 3. **Enjuiciamiento previo por la sentencia de los argumentos relativos al reportaje neutral, al consentimiento y a la licitud de la grabación y difusión por quien es parte en la situación o conversación.** 3.1. El que la grabación divulgada se realizara por una de las partes de la conversación o situación excluye la existencia de violación del derecho al secreto de las comunicaciones, pero no la eventual lesión al derecho a la intimidad. 3.2. El consentimiento prestado por la demandante para la entrada en la consulta de la “paciente” no constituye un consentimiento eficaz para la grabación de la sesión ni para la difusión de ésta. 3.3. La sentencia no razona adecuadamente por qué no cabía calificar como reportaje neutral el emitido por Televisión Autonómica Valenciana. 3.3.1. *Concepto de reportaje neutral.* 3.3.2. *Reportaje neutral y manifestaciones vertidas por los invitados a un programa de televisión.* 3.3.3. *Reportaje neutral y periodismo de investigación.* 4. **La Sentencia, ante el conflicto entre las libertades de información y expresión y el derecho al honor.** 5. **La Sentencia, ante el conflicto entre las libertades de información y expresión y el derecho a la intimidad.** 5.1. Sobre la existencia de intromisión en el derecho a la intimidad. 5.1.1. *Delimitación objetiva y subjetiva del derecho a la intimidad.* 5.1.2. *Delimitación del derecho a la intimidad por el lugar en que se desarrolla la actividad objeto de la información: Confirmación por la sentencia comentada de la relativa irrelevancia de este criterio.* 5.1.3. *Delimitación material del derecho a la intimidad: insuficiencia del análisis en que se funda la sentencia comentada.* 5.1.4. *Calificación automática por determinada línea jurisprudencial como intromisión ilegítima en la intimidad de la difusión de conversaciones o situaciones privadas grabadas subrepticamente, sin conocimiento de uno de los interlocutores.* 5.1.5. *Dificultades en el encaje sistemático de esta concepción formal y no material de la intimidad.* 5.1.6. *Argumento complementario relativo a la naturalidad y espontaneidad provocada con que se muestra la víctima engañada por la cámara oculta.* 5.2. El juicio de ponderación de la sentencia entre el derecho a la intimidad y la libertad de información parte, incorrectamente, de la existencia de una información veraz y de relevancia pública. 6. **La Sentencia, ante el conflicto entre las libertades de información y expresión y el derecho a la propia imagen.** 7. **Fijación del quantum indemnizatorio.** 8. **Bibliografía.**

1. Introducción

La colisión entre, por un lado, las libertades de expresión e información reconocidas en el art. 20 de la Constitución y, por otro, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, por otro, han dado lugar en las últimas tres décadas a una abundantísima jurisprudencia tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

Esta jurisprudencia ha permitido decantar determinados parámetros y criterios esenciales, que se repiten incluso literalmente de sentencia en sentencia y que permiten analizar en cada caso si las libertades de expresión y/o información se ejercitaron correctamente, dentro de los límites intrínsecos que les corresponden, si resultaron afectados los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen y, en caso de que la respuesta a ambos interrogantes fuera afirmativa, cuál de los derechos o libertades en juego debe prevalecer en el caso concreto.

A pesar esta copiosa jurisprudencia, en el ámbito referido existe una notable inseguridad jurídica ante la imprevisibilidad de la decisión que los tribunales pueden adoptar en cada caso.

Esta inseguridad jurídica puede derivar en algunas ocasiones del carácter asistemático de la Ley 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en otras, del mayor o menor acierto con que los órganos judiciales resuelven en cada caso. Sin embargo, la razón fundamental que explica esta inseguridad jurídica radica en la propia dificultad de la materia que se analiza, en la que el ámbito de los derechos en juego es esencialmente móvil o variable en función de los múltiples elementos y presupuestos tanto intrínsecos como extrínsecos concurrentes en cada caso (el art. 2.1 de la Ley 1/1982 señala que la protección de los derechos a la intimidad, al honor y a 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*” y las libertades de expresión e información tendrán un grado mayor o menor de protección o prevalencia en función del grado de relevancia pública que conlleven), de modo que pequeñas diferencias en las múltiples circunstancias y matices concurrentes en cada caso pueden conducir razonablemente a resultados opuestos.

En el caso objeto de la Sentencia de 16-1-2009 [2009/419] que aquí se comenta concurren las dificultades mencionadas, incluyendo además como particularidad relevante del caso, el empleo de cámara oculta en el marco del denominado “periodismo de investigación”. A continuación se analiza la sentencia comenzando por una referencia preliminar a las libertades de expresión e información (epígrafe 2) que ayuden a centrar el análisis posterior; examinando posteriormente por su orden los Fundamentos Cuarto a Octavo de la sentencia para analizar el rechazo previo que realiza la misma de tres defensas

invocadas por los demandados-recorridos (epígrafe 3, relativo al reportaje neutral, consentimiento del demandado y efecto de que la grabación se realizara por quien fue parte en la situación o conversación y no por un tercero), el enjuiciamiento de la inexistencia de lesión de los derechos al honor (epígrafe 4), a la intimidad (epígrafe 5) y a la propia imagen (epígrafe 6), para concluir con una referencia a la fijación por la propia sentencia del *quantum* indemnizatorio (epígrafe 7).

2. Referencia preliminar a las libertades de información y expresión

2.1. Distinción entre libertad de expresión y libertad de información

La Constitución reconoce en su art. 20.1.a) y 20.1.d) las libertades de expresión (derecho “*a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción*”) y de información (derecho “*a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión*”).

La Constitución española y la doctrina constitucional que la desarrolla acoge una concepción dual de estas libertades, a pesar de su estrecha vinculación y de tener en común lo que la jurisprudencia denomina su “dimensión institucional”, consistente en que ambas libertades no constituyen únicamente derechos de libertad individual, sino que, además, sirven de garantía para la existencia de un valor o bien jurídico esencial para el correcto funcionamiento de un Estado democrático de Derecho, como es la existencia de una opinión pública libre (así, STC 15-1-2007 [RTC 2007\9] y STS de 6-11-2009 [JUR 2010\3523]).

Esto no implica que, en caso de conflicto entre las libertades de expresión e información y los derechos previstos en el art. 18.1 de la Constitución, las primeras prevalezcan en todo caso en virtud de una inexistente jerarquía sobre los segundos pero sí obliga a tener especialmente en cuenta cierta prevalencia derivada de su “dimensión institucional” en el juicio de ponderación que haya de realizar en caso de colisión entre unos y otros, que en todo caso deberá realizarse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos (STS 12-2-2009 [RJ 2009\1119] ó SSTS de 6-11-2009 [JUR 2010\3523] y 5-2-2009 [RJ 2009\1366]).

Esta dimensión institucional común de las libertades de expresión e información no obsta para que incluso quienes consideran que las libertades de información y expresión son manifestaciones de un único derecho, reconozcan que su régimen jurídico varía significativamente en función de cuál sea la concreta manifestación –expresión o información– ejercitada o predominante.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas, opiniones, apreciaciones, juicios de valor

o creencias, y tendría como límite intrínseco el carácter no injurioso de tales manifestaciones. Por el contrario, el derecho o libertad de información tiene por objeto hechos o datos, siendo su límite intrínseco la veracidad de lo transmitido (entre muchas otras, STS de 5-2-2009 [RJ 2009\1366] ó STC de 26-1-2009 [RTC 2009\29]). Constituye también una constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional el reconocimiento de que si bien la distinción entre ambas libertades es relativamente fácil desde un punto de vista teórico, resulta bastante más ardua en la práctica. Pero, en principio, hay que partir de una idea como la que en síntesis expone YZQUIERDO TOL-SADA (2008, p. 349), haciéndose eco de jurisprudencia y doctrina anteriores: la libertad de expresión tiene mayor amplitud que la de información, “pues las ideas, las opiniones o las creencias no son ni verdaderas ni falsas”.

A pesar de la dificultad que pueda entrañar diferenciar las libertades de información y expresión, se trata, en fin, de una operación ineludible, dados los distintos límites intrínsecos a que se someten una y otra. En el análisis de los criterios empleados a estos efectos por el Tribunal Constitucional pueden distinguirse dos períodos diferenciados: una *primera etapa*, hasta el año 2000, caracterizada por una jurisprudencia que, en los supuestos en que se acumulaba la comunicación de hechos con las manifestaciones de opiniones y juicios de valor sometía el mensaje al régimen jurídico propio de la libertad –información o expresión– cuyo ejercicio se consideraba preponderante en función de diversos criterios (entre otras, SSTC 6/1998, 320/1994 y 223/1992) y una *segunda etapa*, en la que se consagra la idea de que, en caso de ejercicio simultáneo o indiferenciable de ambas libertades, el mensaje habrá de someterse simultáneamente al canon de la veracidad y al canon de la ausencia de expresiones injuriosas (así, SSTC 5-6-2006 [RTC 2006/174], 110/2000, 112/2000, 297/2000 y 2/2001). Dentro de esta línea jurisprudencial, la STS 24-9-2009 [JUR 2009\423613], por ejemplo, con relación a unas imputaciones genéricas de “corrupción” realizadas a un secretario de Ayuntamiento, las analizó desde el punto de vista tanto de la libertad de información como de la libertad de expresión.

2.2. *La veracidad como límite intrínseco de la libertad de información*

El límite intrínseco de la libertad de información se encuentra en la veracidad de la información que se transmite. El propio art. 20.1.d) CE consagra expresamente como objeto de la libertad de información no cualquier tipo de información, sino la información veraz.

En la doctrina del Tribunal Constitucional, el adjetivo “veraz” del art. 20.1.d) se separa de su significado puramente semántico identificado con la “verdad” para pasar a calificar aquella información “obtenida y difundida con suficiente diligencia” o a la “*información rectamente obtenida y razonablemente contrastada*” STC 15-4-2004 [RTC 2004/54]. Como señala la STC 76/2002 “la vera-

cidad de la información no debe confundirse con una exigencia de concordancia con la realidad incontrovertible de los hechos, sino que en rigor únicamente hace referencia a una diligente búsqueda de la verdad que asegure la seriedad del esfuerzo informativo” (SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, y 41/1994, de 15 de febrero). En similar sentido, la STC 26-2-1996 [RTC 1996\28], al señalar que “*Cuando la Constitución requiere que la información sea “veraz” no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas –o sencillamente no probadas en juicio– cuanto estableciendo un específico deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que transmita como “hechos” haya sido objeto de previo contraste (...) El ordenamiento no presta su tutela a tal conducta negligente, ni menos a la de quien comunique como hechos simples rumores o, peor aún, meras invenciones o insinuaciones insidiosas, pero sí ampara, en su conjunto, la información rectamente obtenida y difundida, aun cuando su total exactitud sea controvertible. En definitiva, las afirmaciones erróneas son inevitables en un debate libre, de tal forma que de imponerse “la verdad” como condición para el reconocimiento del derecho, la única garantía de la seguridad jurídica sería el silencio*”.

Esta autonomía del concepto de veracidad (diligencia en la obtención y contraste de la información) respecto de la verdad o certeza del hecho, permite no sólo que pueda considerarse información veraz una información que luego se revela incierta (por resultar probada la diligencia del informador en su obtención, como en la STS 18-9-2009 [RJ 2009\4591]), sino también que pueda considerarse inveraz una información cierta (por resultar probada la negligencia del informador), cuando las circunstancias determinantes de esa certeza se obtuvieron *a posteriori* pero se desconocían en el momento de la publicación de la noticia (como resolvió la STC 1-6-2009 [RTC 2009\129]; por todos, puede consultarse el breve pero enjundioso trabajo de PANTALEÓN (1996)).

2.3. La ausencia de expresiones injuriosas como límite intrínseco de la libertad de expresión

Con relación al ejercicio de la libertad de expresión, ésta incluye no sólo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquél contra quien se dirige, pues así lo exige el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existiría la sociedad democrática (SSTEDH de 23 de abril de 1992 [TEDH 1992, 1], Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000 [TEDH 2000, 90], Fuentes Bobo c. España, § 43). La libertad de expresión no se encuentra limitada por la libertad de lo expresado porque, a diferencia de los hechos, las opiniones o juicios de valor podrán entenderse mejor o peor argumentadas, pero no pueden someterse a un control de exactitud. El límite de la libertad de expresión se encuentra únicamente en la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para exponer-

las. En expresión reiterada del Tribunal Constitucional, lo que no reconoce el art. 20.1 a) CE es un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la Constitución (así, entre muchas otras, SSTC 14-4-2008 [RTC 2008\56], 15-1-2007 [RTC 2007, 9] y 4-6-2007 [RTC 2007, 139]).

2.4. La relevancia pública como límite intrínseco común a las libertades de expresión e información

Tanto por su contenido como por su finalidad, las libertades de expresión e información protegidas por la Constitución son finalmente aquéllas en las que lo expresado o comunicado tienen relevancia pública, sea por la relevancia pública del debate o de los hechos a que se refieren (relevancia objetiva), sea por el carácter público de la persona objeto de aquéllas (relevancia subjetiva).

El término personas de carácter público incluiría, en puridad, únicamente a aquéllas que ejercen una función o cargo público, y a ellas añade la jurisprudencia y la LO 1/1982 las personas con proyección o notoriedad pública. Esta últimas serían aquéllas que adquieren notoriedad “*por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de esa relevancia pública*”. Todas estas personas con proyección pública “*pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos*” (STC 6-5-2002 [RTC 2002\99]; STC de 26-2-2001 [RTC 2001, 49] y STEDH Caso Tammen, del 6 de febrero de 2001 [TEDH 2001, 81]).

A pesar de esta doble dimensión, subjetiva y objetiva, de la relevancia pública, es fundamentalmente a la primera a la que hay que atender, de modo que incluso con relación a las personas públicas o de proyección pública (respecto de los que se señala que asumen un mayor riesgo con relación a las informaciones que les conciernen) no toda información o imagen es relevante, sino en principio sólo aquello que, objetivamente se refiere o afecta al ámbito público del que participan, afectando por ello a asuntos de interés general o que pueda contribuir a la formación de la opinión pública (así, STC 22-4-2002 [RTC 2002\83]).

3. Enjuiciamiento previo por la sentencia de los argumentos relativos al reportaje neutral, al consentimiento y a la licitud de la grabación y difusión por quien es parte en la situación o conversación

Se analiza en este epígrafe el rechazo por la sentencia comentada (Fundamento de Derecho Cuarto), de tres argumentos invocados por los demandados-recurridos.

3.1. El que la grabación divulgada se realizara por una de las partes de la conversación o situación excluye la existencia de violación del derecho al secreto de las comunicaciones, pero no la eventual lesión al derecho a la intimidad

La sentencia de apelación (SAP Valencia 24-1-2002 [JUR 2002\87831]) casada por la sentencia que se comenta, argumentó que lo reprochable no era que se grabara una conversación por una de las partes de la conversación, sino únicamente que se intercepten o graben conversaciones privadas *por terceras personas ajenas a la conversación*, invocando para ello la STC 29-11-1984 [RTC 1984\114].

La STS 16-1-2009 [2009/419] comentada, con toda corrección, rechazó este argumento citando precisamente la STC 29-11-1984 [RTC 1984\114] pues, si bien ésta había establecido con rotundidad que la grabación de una conversación por uno de los interlocutores no lesionaba el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 C.E. al señalar que “*el derecho al «secreto de las comunicaciones (...) no puede oponerse, sin quebrar su sentido constitucional, frente a quien tomó parte en la comunicación misma así protegida*” (afirmando también que “*la presencia de un elemento ajeno a aquellos entre los que media el proceso de comunicación es indispensable para configurar el ilícito constitucional*” consistente en la vulneración del secreto de las comunicaciones), también había declarado expresamente que, sin embargo, la posterior difusión o divulgación de esa grabación por el interlocutor o por un tercero sí podía constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del art. 18.1 C.E.

3.2. El consentimiento prestado por la demandante para la entrada en la consulta de la “paciente” no constituye un consentimiento eficaz para la grabación de la sesión ni para la difusión de ésta

La sentencia de apelación rechazó que existiera intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad de la demandante, entre otras circunstancias, porque la demandante consintió la entrada en la consulta de quien consideraba paciente y la LO 1/1982 prevé expresamente en su art. 2.2 que “*no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido (...) cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso*”.

Sin embargo, conforme a la constante jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, el consentimiento excluyente de la intromisión ilegítima a que se refiere el art. 2.2 LO 1/1982 debe recaer precisamente sobre las acciones constitutivas de intromisión ilegítima (la grabación o la publicación) y no sobre otras acciones preparatorias o complementarias. En el caso objeto de la sentencia comentada, el consentimiento de la actora se limitó a la entrada en la consulta de la supuesta paciente, pero jamás recayó ni

sobre la grabación de la sesión (difícilmente pudo consentir este extremo cuando ni siquiera lo conocía) ni sobre su posterior divulgación. Por ello, la sentencia comentada rechaza con acierto este argumento de los demandados.

3.3. La sentencia no razona adecuadamente por qué no cabía calificar como reportaje neutral el emitido por Televisión Autonómica Valenciana

La sentencia de apelación confirmó el criterio del Juzgado de Primera Instancia de considerar aplicable la doctrina del reportaje neutral a las declaraciones realizadas por los intervinientes en el programa de televisión por entender que en ese caso el medio de comunicación se convierte en mero transmisor de las opiniones expresadas por los invitados constriéndose la veracidad en este caso a probar que lo emitido es fiel reproducción de lo que dijeron los invitados. La STS 16-1-2009 [2009/419] se limitó, de modo cuestionable, a indicar que esta doctrina no era aplicable al llamado periodismo de investigación.

3.3.1. Concepto de reportaje neutral

La consolidada doctrina del reportaje neutral [síntesis reciente en YZQUIERDO (2008), pp. 345 y ss.] permite eximir de responsabilidad (en caso de lesión del derecho al honor producida por noticias no veraces) al medio de comunicación que, de forma neutral y como mero transmisor (sin recalcar, interpretar, matizar o reforzar) se limita a reproducir lo que un tercero claramente identificado ha dicho o escrito, limitando la veracidad exigible al medio de comunicación no al contenido de lo transcrito sino a la transcripción misma (STS 22-12-2003 [RJ 2004/734]), es decir, no se le exigirá haber comprobado los hechos afirmados por el tercero sino únicamente haber comprobado diligentemente que esas manifestaciones, con ese contenido, se hicieron realmente por el tercero. Esta transmisión neutral de declaraciones de terceros también forma parte del derecho de los medios a comunicar información veraz. Si el medio de comunicación prueba esa diligencia, acreditativa de su neutralidad, el responsable del contenido de las declaraciones reproducidas será su autor material (el tercero) y no el medio que las reprodujo, salvo, evidentemente, que hubiera indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito o que, no habiéndolos, el medio conociera su falsedad, para evitar que el reportaje neutral sirva para la divulgación de simples rumores o insidias.

La STS 18-2-2009 [RJ 2009\1501] sintetiza la decantada jurisprudencia recaída con relación a la doctrina del reportaje neutral. Además de lo expuesto, en esta sentencia se recoge la diferente virtualidad exoneratoria de esta doctrina en función de la mayor o menor proximidad de un programa al concepto ideal de reportaje neutral.

3.3.2. Reportaje neutral y manifestaciones vertidas por los invitados a un programa de televisión

El tema del programa televisivo objeto del procedimiento examinado radicaba en el supuesto ejercicio por la actora de la actividad de fisioterapeuta sin serlo (constitutivo de delito de intrusismo) si bien, el propio Tribunal Supremo estimó que del programa no resultaba claro si la demandante estaba ejercitando o no tal actividad.

La Sentencia que se examina omitió toda consideración acerca de si procedía o no calificar como reportaje neutral las manifestaciones realizadas por los invitados al programa. Esta omisión podría intentar explicarse por el hecho de que las afirmaciones que imputaban a doña Marina el ejercicio sin título de una actividad que lo requería o el carácter irregular, ineficaz, peligroso e incluso delictivo de la actividad que realizaba se manifestaron por personas no demandadas por la actora: los invitados al coloquio que, como señala la propia sentencia, “fueron los que formularon los contenidos más importantes de esa crítica”. Procede sin embargo descartar esta explicación. Primero porque la propia Sentencia afirma crípticamente que doña Marina dejó a estas personas, “*justificadamente*”, fuera del proceso. Y, en todo caso, porque incluso aunque fueran los invitados quienes formularan la mayor parte de la crítica (o, más propiamente, de las imputaciones de irregularidades), habría que haber sometido al canon de veracidad por tales afirmaciones al resto o, al menos, a algunos de los demandados, aunque fuera para afirmar que ejercitaron correctamente la libertad de información.

En relación con esta segunda perspectiva y reconociendo que no cabe analizar o entrar a resolver en la sentencia acerca de la eventual intromisión imputable a sujetos no demandados, que no son parte en el procedimiento, procede sin embargo recordar que existe jurisprudencia en la que se condena también al director del programa por los comentarios de un tertuliano o invitado que lesionan el derecho al honor de un tercero al probarse no veraces. Así ocurrió en la STS 5-7-2004 [RJ 2004/4852] en la que no se aplicó esta doctrina por entender que “*el director organizó el programa, eligió el tema, lo anunció, trajo al entrevistado, le hizo preguntas, en cuyo contenido ofensivo se insistió; (...) ordenó su emisión y aceptó el contenido; su responsabilidad es directa (...)*”. En similar sentido cabe citar la STC 17-1-2005 [RTC 2005\1] (que imputó a una locutora la intromisión ilegítima en el derecho al honor con relación a unos hechos narrados por un tercero porque aquélla los hizo propios y no permaneció neutral) o el ATC 4-4-2005 [JUR 2005\141776] (que, en este caso, tras analizar todos los elementos concurrentes –título del programa, invitación cursada también al demandante, neutralidad del presentador que advirtió en varias ocasiones al invitado de la gravedad de las imputaciones que estaba vertiendo contra quien luego demandaría, etc.– eximió al programa y a su director por aplicación de la doctrina del reportaje neutral).

A diferencia de estas sentencias, en la que se analiza en profundidad el formato de programa elegido y la intervención de su presentador, la que aquí se comenta, aunque sí se pronunció expresamente sobre la neutralidad de la presentadora, no se planteó si el Director de programa, la Televisión o la productora podían tener alguna responsabilidad por la lesión a la reputación de la actora por un programa que la presentaba como ejemplo de actuación delictiva, realizada sin la debida titulación, peligrosa, etc. sin que conste que se hubiera acreditado (o, más bien, constando, por declaración expresa del Tribunal Supremo, que no se acreditó) y sin que conste que se hubiera intentado otro formato o invitado a otras personas que hubieran podido aportar otros puntos de vista (como la propia demandante, su abogado en el pleito precedente por intrusismo, algún otro naturópata, etc.).

3.3.3. Reportaje neutral y periodismo de investigación

La sentencia del Pleno que aquí se comenta confirma, con cita de sentencias previas (SSTS de 18-10-2004 [RTC 2004/171] y 16-1-1996 [RTC 1996/6]), la línea jurisprudencial de que no cabe aplicar la doctrina del reportaje neutral a los supuestos en los que, como ocurre con el periodismo de investigación, es el propio medio el que ha provocado la noticia.

Sentencias posteriores a la que comentamos, como las SSTS 7-7-2009 [RJ 2009\4456] (sobre reportaje con cámara oculta poniendo de manifiesto supuestas irregularidades de un geriátrico) y de 6-7-2009 [RJ 2009\4452] (sobre reportaje con cámara oculta acerca del resurgir de la extrema derecha en España en la sede de un partido político prácticamente desconocido) han vuelto a confirmar esta línea jurisprudencial.

A pesar de lo expuesto, esta exclusión automática de la doctrina del reportaje neutral cuando se trata de periodismo de investigación no es enteramente satisfactoria. Efectivamente, no termina de entenderse por qué el medio que publica una entrevista puede beneficiarse de la doctrina del reportaje neutral para exonerarse de la falta de veracidad de las declaraciones del entrevistado y no dispone de este beneficio el medio que realiza un reportaje de investigación riguroso, diligente y neutral en el que uno de los múltiples terceros entrevistados hace manifestaciones que pueden no ser veraces.

En realidad, lo relevante para la aplicación de la doctrina del reportaje neutral debería ser, únicamente la neutralidad. Cuestión distinta es que, determinadas categorías de periodismo (vgr. periodismo de investigación), puedan por su propia naturaleza adolecer de una menor neutralidad (no pueden obviarse los intereses económicos que han llevado en no pocas ocasiones a emplear el sistema de cámara oculta forzando una visión parcial y alarmista de lo grabado que lo haga más atractivo a efectos de incrementar la audiencia). Pero será esta parcialidad y no la categoría del reportaje lo que excluirá la aplicación de la citada doctrina.

Estas consideraciones tienen apoyo en jurisprudencia, que considera que lo relevante para la aplicación de la doctrina del reportaje neutral es precisamente el examen de tal neutralidad en el caso concreto, siendo irrelevante si el medio permaneció ajeno o no a la generación de la información (así, la STC 15-7-1999 [RTC 1999\134] o la STS 22-12-2003 [RJ 2004/734]).

4. La Sentencia, ante el conflicto entre las libertades de información y expresión y el derecho al honor

El ordenamiento jurídico no define el honor, aunque el art. 7.7 LO 1/1982 sí lo identifique de forma genérica al mencionar aquéllos actos que pueden lesionarlo cuando se refiere a que constituye intromisión ilegítima *“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”*.

La sentencia comentada recoge en los párrafos 1º y 2º de su Fundamento de Derecho Segundo la definición recogida de forma reiterada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Como complemento a esa definición procede señalar que el ataque al prestigio profesional ha sido reconocido como una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor tras vacilaciones iniciales (en las que se excluía tal calificación y se sometía, en su caso, al régimen ordinario del art. 1902 CC como).

Merece destacarse especialmente la STC 14-12-1992 [RTC 1992/223], que señalaba que *“el trabajo, para la mujer y el hombre de nuestra época, representa el sector más importante y significativo de su quehacer en la proyección al exterior, hacia los demás e incluso en su aspecto interno es el factor predominante de realización personal. La opinión que la gente pueda tener de cómo trabaja cada cual resulta fundamental para el aprecio social y tiene una influencia decisiva en el bienestar propio y de la familia, pues de él dependen no ya el empleo o el paro sino el estancamiento o el ascenso profesional, con las consecuencias económicas que le son inherentes. Esto nos lleva de la mano a la conclusión de que el prestigio en este ámbito, especialmente en su aspecto ético o deontológico, más aún que en la técnica, ha de reputarse incluido en el núcleo protegible y protegido constitucionalmente del derecho al honor”*. En similar sentido, cabe citar el ATC de 27 octubre de 2008 [RTC 2008\336].

Lo expuesto sin perjuicio de que se estime que no toda crítica a la pericia con que una persona desempeña su actividad profesional puede considerarse un atentado contra su honor sino sólo aquellas que revistan cierta intensidad y encubran, por el modo y circunstancias en que se realizan, una descalificación de la persona (véanse, las SSTC 19-5-2005 [282/2000], 12-5-2006 [RJ 2006/2401] ó 19-7-2006 [RJ 2006/3991]).

La Sentencia excluye de forma discutible que el programa y el debate lesionaran el derecho al honor y prestigio profesional de la actora sin considerar si-

quiera la existencia de imputaciones de hechos y su eventual falta de veracidad y la responsabilidad, por ellas y por el contenido general del programa, de alguno de los demandados.

En el análisis de la colisión entre las libertades de información y expresión y el derecho al honor, la STS parece asumir que la libertad de información se ejerce en la grabación y emisión del reportaje y la libertad de expresión en el debate posterior.

Con relación al análisis del debate televisivo, la Sentencia, aunque no lo explicita ni contenga razonamiento alguno al efecto, parece asumir que es la libertad de expresión y no la libertad de información la que está en juego en él. Así lo demuestra el que califique de “opiniones” las manifestaciones realizadas durante el desarrollo del programa televisivo y el que no someta éstas en ningún momento al juicio de veracidad, sino exclusivamente al carácter tolerable o pertinente de la crítica.

A pesar de ello, un análisis más detallado de las “opiniones” transcritas por la sentencia como pertinentes y tolerables permite cuestionar que resulte tan claro que la libertad en juego durante el desarrollo del programa fuera la libertad de expresión en lugar de la libertad de información. Efectivamente, entre las opiniones expresadas durante el programa se transcriben algunas por la Sentencia, en las que se manifiesta que la actora “*está diagnosticando una cosa sin tener derecho, datos científicos, datos de exploración como una radiografía, una resonancia... a no ser que esta persona tenga en sus dedos... alguna resonancia pues entonces a lo mejor sí, bendita sea esa persona y evitamos la radioactividad y todo lo que hay...*”, o “*hemos encontrado una persona afectada por unas prácticas no correctas para las que esta persona no está cualificada*”. Pues bien, estas “opiniones” (libertad de expresión) quizá puede calificarse en realidad de forma más correcta como manifestaciones de hechos susceptibles de verificación o prueba (libertad de información): se afirma que la actora no tiene derecho a diagnosticar (cuando la práctica de las medicinas no convencionales no está prohibida y cuando la propia Sentencia reconoce que no está acreditado que la actora ejerciera de fisioterapeuta sin serlo), afirma que el tipo de diagnóstico que realiza requiere contar con una radiografía o una resonancia (cuando múltiples quebrantos de la salud no requieren de estos medios y no consta que los diagnosticados por la actora los requirieran), afirma que las prácticas que realiza son incorrectas (cuando no consta acreditado que fueran incorrectas ni a la luz de la medicina ordinaria ni a la luz de la medicina convencional), afirma que no tiene título oficial dando a entender que la práctica que realiza exige un determinado título (cuando no consta que así fuera).

De la información suministrada por la Sentencia, no parece que el programa verse sobre la eficacia de la naturopatía o las medicinas no convencionales, que constituiría en principio un debate útil y de interés o relevancia social y en el que debería estar cubierta por la libertad de expresión la emisión de opiniones tanto favorables como radicalmente contrarias a su admisión.

Parece más bien que el programa en su conjunto trata de enjuiciar la eficacia y regularidad de la actuación profesional de una persona específica, doña Marina, y que del conjunto del programa (reportaje con cámara oculta y posterior debate) se concluye que tal actuación es ineficaz, que supone directamente un riesgo para sus pacientes e incluso que bordea lo delictivo por carecer la actora de un título supelementalmente necesario para su ejercicio. Así lo reconoce expresamente la propia Sentencia, al analizar la eventual lesión a su intimidad en el Fundamento de Derecho Sexto se plantea *“cuál fue la razón de que hubiera sido ella la persona elegida para dar un ejemplo público de una práctica inadmisibles y cuya erradicación motiva un interés social indudable”* y, asimismo, señala que *“tampoco puede discutirse el interés general en informar de los riesgos que se corren cuando alguien desempeña sin titulación una actividad para la que la sociedad ha considerado necesario un título que le habilite”*.

Lo anterior lo confirma, aún con más claridad, la sentencia de apelación casada por la sentencia que se comenta (SAP Valencia 24-1-2002 [JUR 2002\87831]). Esta sentencia reconoce sin rodeos que en el programa se le imputa a la actora la comisión de un delito de intrusismo cuando señala *“si, como declara la recurrente, esta parte “ha perdido clientes, con el perjuicio económico que ello supone, porque en el reportaje se está acusando a la actora de un hecho constitutivo de delito”, como atinadamente declara el Juzgador de instancia, “tal no sucede por razón de la difusión de esta información cierta, sino precisamente por razón de la realización de las conductas de que se trata, y respecto de las que el proceder periodístico es mero enunciador o narrador, pero no creador de las mismas”*.

Por ello resulta criticable que tales imputaciones de hechos irregulares e incluso delictivos (desempeña sin título actividades que legalmente requieren un título determinado, realiza prácticas inadmisibles para las que no está cualificada y que pueden entrañar riesgos, etc.) no se sometan por la sentencia al canon de la veracidad propio de la libertad de información y se sometan al canon mucho menos riguroso de la libertad de expresión, limitado a la ausencia de expresiones injuriosas.

Lo expuesto resulta aún más llamativo cuando la propia sentencia del Tribunal Supremo afirma que *“del reportaje no resulta –con la claridad precisa para posibilitar enjuiciamientos nítidos– que doña Marina ejerciera sin título la condición de fisioterapeuta”*.

Todo ello es aún más grave en el contexto de la jurisprudencia a la que se ha hecho referencia con anterioridad, en la que se considera que el prestigio profesional, especialmente desde una perspectiva ética y deontológica, más incluso que en la técnica, ha pasado a considerarse incluido en el núcleo constitucionalmente protegido del derecho al honor.

La insuficiencia del análisis realizado por la Sentencia resulta aún con mayor claridad cuando se contrasta con otras dos sentencias posteriores del Tribunal Supremo también recaídas en relación con el método de la cámara oculta.

La primera de ellas es la STS 7-7-2009 [RJ 2009\4456], relativa a un reportaje con cámara oculta sobre presuntas irregularidades en un geriátrico con pos-

terior coloquio. Como indica la citada sentencia, en el reportaje se desacreditaba rotundamente el Centro Geriátrico por cuanto el mensaje que se trasladaba a la opinión pública era el de una residencia plena de irregularidades (existencia de numerosas quejas y denuncias, falta de higiene, infecciones de los residentes, deficiencias en la dieta alimentaria, etc.) en el contexto de otros Centros Geriátricos que también adolecían de irregularidades. Como señalaba la sentencia de apelación que se confirmó, tanto el reportaje como el posterior coloquio “no lleva sino a mostrar como si la actora rayase en la ilicitud en su actividad y desarrollo de la misma” (al igual que resulta del programa analizado en la sentencia que se comenta). Concluía el Tribunal Supremo en ese caso que se había lesionado el derecho al honor del Centro Geriátrico por falta de veracidad de la información al no introducirse en el reportaje o en el coloquio “*un solo matiz o información de contraste a lo dicho en descrédito de la residencia*” y haberse probado, sin embargo, que lo único que detectó la inspección fue una escasez de lencería. Incluye también esta sentencia una consideración relevante que contrasta con la sentencia que comentamos, al reconocer que la simple ausencia de expresiones vejatorias no excluye la intromisión en el derecho al honor.

La segunda de las sentencias que permite poner de manifiesto las deficiencias de que adolece el análisis de la lesión del derecho al honor es la Sentencia de 16-1-2009 [2009/419] es otra sentencia posterior, la STS 30-6-2009 [RJ 2009/4247] también relativa a un reportaje realizado con cámara oculta (con posterior debate) en el que dos periodistas se hicieron pasar por una pareja que quería erradicar de su casa fenómenos paranormales acudiendo al consultorio de un parapsicólogo que les confirmó la existencia de un “diablillo cojuno” en su casa, les cobró 20 euros por la consulta y 300 euros por un ritual con rezos, velas y azufre para expulsarlo y les propuso que si contaban el caso en la televisión se repartirían los beneficios al 50%.

En este caso, el Tribunal Supremo confirmó el criterio de las dos instancias precedentes declarando que no había existido intromisión ilegítima en el derecho al honor. No obstante, a diferencia de la sentencia que aquí se examina, ésta de 30-6-2009 [RJ 2009/4247] deslindó adecuadamente el ejercicio de las libertades de expresión e información considerando ejercicio de la primera las calificaciones que del parapsicólogo se hicieron en el coloquio como “*especial cazafantasmas, cantamañanas y deprimente y digno de estudio psiquiátrico*” (excluyendo la Sala –hemos de suponer necesariamente que tras el impacto de contemplar la grabación– que tuvieran contenido injurioso), y ejercicio de la libertad de información sujeta al canon de veracidad la afirmación de que había intentado engañar a los periodistas al simular ver unos espíritus que éstos se habían inventado (mejor no considerar que este razonamiento supone admitir que hay otros casos de casas encantadas reales y no simuladas).

Aún compartiendo el razonamiento y la conclusión de la Sala, no cabe resistirse a apuntar algunas paradojas que resultan del propio razonamiento

aplicado al ámbito de la parapsicología y de lo oculto ¿Era acaso un fraude por no tratarse de un “verdadero” exorcista de “diablillos”? ¿El que acude a un parapsicólogo para que le limpie la casa de presencias extrañas, espera una actuación sujeta al método científico? ¿No es cierto que la asistencia a un rito con velas, azufre u otro equivalente por quien está convencido de la presencia de espíritus en la casa puede ser la actuación más eficaz para que deje de verlos?, ¿Sería legítimo grabar con cámara oculta a una persona que dice adivinar el futuro echando las cartas con el razonamiento de que es un augur fraudulento?

En puridad, lo que subyace en las sentencias transcritas es que, tratándose de la afirmación o imputación de hechos (irregularidades, engaño, realización de actividades de riesgo para la salud) la libertad en juego no es la libertad de expresión sino la de información, que puede lesionar igualmente el honor, si bien no por el carácter injurioso de las manifestaciones (que pueden realizarse con una corrección exquisita) sino por su falta de veracidad.

A pesar de la similitud en los supuestos de hecho objeto de esta sentencia y de la que aquí se comenta, ésta última se limita a excluir la lesión del derecho al honor por la mera ausencia de expresiones injuriosas sin plantearse siquiera la veracidad de los hechos afirmados durante el programa y la ausencia de cualquier matiz o información de contraste.

La sentencia que se comenta razona que “*tampoco puede discutirse el interés general en informar de los riesgos que se corren cuando alguien desempeña sin titulación una actividad para la que la sociedad ha considerado necesario un título que le habilite*” o cuando se refiere a dar “*un ejemplo público de una práctica inadmisibles y cuya erradicación motiva un interés social indudable*”.

El argumento es irrefutable. No cabe duda de que el intrusismo constituye una práctica peligrosa y rechazable que hace socialmente útil la información que prevenga sobre ella y, por tanto, no puede dudarse de que se trata de una cuestión de gran relevancia social. El problema radica en que, al no haber aplicado adecuadamente el criterio de la veracidad, se hace gravitar un programa sobre el intrusismo, de un interés social indudable, sobre la práctica profesional de una persona específica que el propio Tribunal confiesa no saber si constituye o no intrusismo (o si es o no incorrecta o irregular).

Salvando las distancias, también cabría argumentar que un programa sobre la rehabilitación social de los violadores es socialmente útil y de indudable relevancia social. No obstante, si se realizara tomando como centro del programa a un supuesto violador del que, en última instancia, no se acredita tal condición, se lesionaría su derecho al honor precisamente por la falta de veracidad de las imputaciones en que se centra el programa.

5. La Sentencia, ante el conflicto entre las libertades de información y expresión y el derecho a la intimidad

5.1. Sobre la existencia de intromisión en el derecho a la intimidad

La STS 16-1-2009 [RJ 2009/419] dedica su Fundamento de Derecho Sexto a analizar la eventual lesión al derecho a la intimidad de la actora.

Conforme a la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el derecho a la intimidad consiste en la facultad de excluir del conocimiento ajeno los hechos relativos al ámbito propio y reservado de las cuestiones personales y familiares, entrañando un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos ni lo que hacemos, reservando un espacio de la curiosidad ajena. La privacidad de este ámbito es indispensable para alcanzar una calidad mínima de vida humana. La LO1/1982 se refiere a la “*vida íntima de las personas*” (art. 7.1 y 2), a la “*vida privada de una persona o familia*” o a “*escritos personales de carácter íntimo*” (art. 7.3) a “*datos privados de una persona o familia*” (art. 7.4) y a la “*vida privada*” (art. 7.4). Así, SSTC 27-3-2006 [RTC 2006/89],

El principal problema en relación con el derecho a la intimidad radica en determinar en cada caso los límites de la esfera personal y familiar que este derecho protege.

5.1.1. Delimitación objetiva y subjetiva del derecho a la intimidad

En esta delimitación caben en principio dos aproximaciones. La primera, mediante delimitación subjetiva de la esfera privada conforme a la cual corresponde a cada sujeto determinar la extensión de su esfera de privacidad. La segunda, empleando una delimitación objetiva de esta esfera conforme a las leyes y usos sociales que permita establecer idealmente un ámbito de intimidad idéntico para todos.

La Ley Orgánica 1/1982 contempla ambos criterios de delimitación en su art. 2.1 al señalar que la protección de estos derechos “*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*”.

Con base en este artículo, la jurisprudencia constitucional: (i) ha consagrado, como regla general, el empleo de un criterio objetivo en la delimitación de la esfera privada; (ii) ha admitido la utilización del criterio subjetivo (dando así relevancia a la voluntad de los individuos a la hora de delimitar su propia esfera privada) a efectos no de extender, pero sí de reducir los límites de esta esfera de lo privado.

En puridad, la delimitación objetiva de la esfera privada no se realiza mediante un único criterio sino mediante múltiples criterios objetivos aplicables según las circunstancias. Así, la esfera privada alcanza su máxima amplitud cuando se trata

de personas que no sean personajes públicos ni tengan relevancia pública y se reduce, objetivamente, cuando se trata de personas con relevancia pública (profesionales, científicos, artistas, deportistas, etc.) o, más aún, cuando se trata de personajes públicos por ejercer funciones políticas o relacionadas con el funcionamiento de los poderes públicos. En todos estos casos, un criterio esencial de determinación de la extensión de esta esfera privada es el de la mayor o menor relevancia pública de los datos sobre la vida de la persona, criterio que garantiza, en todos los casos, la existencia de un reducto mínimo protegido de su vida privada.

En el caso de la sentencia comentada, la persona afectada es un particular anónimo no susceptible de ser calificado como personaje público o persona de proyección pública. Tampoco sus actos previos pueden permitir reducir su esfera privada protegida. En consecuencia, se trata de un supuesto en el que la esfera de lo privado no estaría *a priori* reducida por ningún criterio objetivo o subjetivo. Aunque no lo explicita la sentencia, esta circunstancia constituye un dato relevante en la ponderación que el Tribunal Supremo realiza en este caso para resolver la colisión entre las libertades de información y expresión y el derecho a la intimidad, a favor de esta última.

5.1.2. Delimitación del derecho a la intimidad por el lugar en que se desarrolla la actividad objeto de la información: Confirmación por la sentencia comentada de la relativa irrelevancia de este criterio

En el caso examinado, la sentencia de apelación tuvo en cuenta como criterio adicional para fundar la confirmación de la sentencia de instancia desestimatoria de la demanda, la circunstancia de que la grabación no se había realizado en la vivienda, sino en la consulta de la actora.

Frente a este argumento de la sentencia recurrida en casación, la STS 16-1-2009 [RJ 2009/419] recuerda acertadamente que “*la intimidad no está necesariamente condicionada por los elementos circunstanciales relativos al lugar, sino que puede manifestarse también con un contenido estrictamente cualitativo*”, citando como apoyo los apartados 1 y 5 del art. 7 LO 1/1982.

Ejemplos de que lo relevante para calificar unos hechos como íntimos no es tanto el lugar (que será una circunstancia más a tener en cuenta) como la actividad y las circunstancias concurrentes lo constituyen las SSTs 13-11-2008 [RJ 2009\407] y 8-7-2004 [RJ 2004\5112] y STEDH de 24-6-2004 [TEDH 2004\45].

5.1.3. Delimitación material del derecho a la intimidad: insuficiencia del análisis en que se funda la sentencia comentada

La sentencia, al analizar el motivo de casación fundado en la infracción del art. 18.1 CE y 7.1 LO 1/1985 (este último considera intromisión ilegítima “*el em-*

plazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha o filmación (...) para grabar o reproducir la vida íntima de las personas”), afirma tajantemente el carácter privado de la filmación de esta sesión de medicina natural.

Debe sin embargo lamentarse que esta contundente afirmación adolezca de una endeble argumentación, consistente en: (i) señalar que aunque la “ocasional relación” entre doña Marina y doña Francisca no mereciera el calificativo de secreto, se desarrolló en un ámbito indudablemente privado (lo que no deja de ser un petición de principio, pues es precisamente este carácter privado el que debía haberse argumentado); (ii) indicar que cabe una privacidad compartida (algo que tampoco cabe negar, pues el carácter privado o no de un hecho depende de la exclusión de terceros pero no de que el número de intervinientes en aquél exceda o no de uno); (iii) argumentar que las dos intervinientes en el acto privado tenían facultad para controlar la reserva acerca del mismo y, en su caso, de excluir los instrumentos que, empleados por uno de los partícipes, pudieran permitir quebrar esta reserva (lo que constituiría la consecuencia de la calificación del acto como privado o íntimo, pero no un argumento favorable a esta calificación).

En ocasiones la operación más compleja con relación al derecho a la intimidad es precisamente la determinación de qué haya de considerarse materialmente como incluido en la esfera privada y qué no. No ayuda al análisis el que, muy a menudo, no haya una exacta correspondencia entre las fronteras que delimitan, por un lado, la vida privada de lo que no lo es y, por otro, lo que tiene relevancia pública de lo que no la tiene.

Con relación a la delimitación material de la esfera privada protegida cabe distinguir dos criterios antagónicos consagrados en la jurisprudencia constitucional.

Existiría un *criterio limitado* de la esfera privada o personal vinculado con el calificativo de “personal o familiar” contenido tanto en el propio art. 18.1 C.E. con relación a la intimidad como en la propia ley LO 1/1982 en la que la protección de la intimidad se vincula sólo con la “vida íntima” o “vida privada” de una persona (art. 7.1 a 4 de la LO 1/1982), concebida como aquélla “*información relativa al círculo reservado de su persona y familia (...) que se desea mantener al abrigo del conocimiento público*”, mientras que la protección del derecho a la propia imagen extiende su protección a “lugares o momentos de la vida privada o fuera de ellos” (art. 7.5 LO 1/1982).

De forma consistente con este enfoque, la jurisprudencia constitucional habría ido incluyendo dentro del derecho a la intimidad ámbitos materiales concretos cuya exposición puede afectar a este derecho, entre los que cabe citar, entre otras: (i) la denominada “intimidad corporal” (referida a los registros corporales o a la exposición de aquellas partes del cuerpo que conforme a los criterios sociales generalizados están excluidos del contacto o la observación ajena); (ii) la intimidad médico-sanitaria relativa a la salud de las personas así

como la relativa a datos biológicos; (iii) la intimidad sexual o relativa a las conductas y preferencias sexuales; o (iv) la intimidad familiar, expresamente enunciada en el art. 18 CE junto con la intimidad personal, que incluye la referencia a la naturaleza y vínculos familiares.

Desde esta perspectiva y, en principio, difícilmente parece discutible calificar como ámbito personal o privado una sesión profesional de naturopatía.

Frente al anterior criterio limitado, existirían parámetros jurisprudenciales que habrían consagrado un *criterio amplio* de la esfera privada protegida por el derecho a la intimidad que, en última instancia, conduciría a calificar de vida privada no sólo la estricta “intimidad personal y familiar” de un sujeto sino en realidad, prácticamente cualquier dimensión individual o social de éste que no constituyera vida pública del sujeto.

Con relación a este criterio amplio de la intimidad cabe citar la STEDH Estrasburgo (Sección 2) de 20-12-2005 [TEDH 2005\137] asunto Wisse contra Francia, en la que, con relación a la vida privada, se afirma que, aunque “*factores tales como la identificación del género, nombre, orientación y vida sexual son elementos importantes de la esfera personal protegidos por el artículo 8 (...) esta disposición protege también un derecho a la identidad y al desarrollo personal, y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el exterior y puede extenderse a actividades de naturaleza profesional o comercial. Por lo tanto, existe una zona de interacción de la persona con los demás, incluso en un contexto público, que puede entrar en el ámbito de la «vida privada» (Sentencia Peck contra el Reino Unido [JUR 2003, 50030], núm. 44647, ap. 57, TEDH 2003-I)*”. Efectivamente, si a lo estrictamente personal y familiar se unen las relaciones que se desarrollen con otras personas, incluyendo las de naturaleza personal y familiar la pregunta procedente es qué no está incluido dentro del concepto de vida privada.

Otra muestra de este criterio amplio puede encontrarse en numerosas definiciones jurisprudenciales de la intimidad que reiteran la idea de que este derecho no garantiza una intimidad determinada, sino el derecho a poseerla, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público (STC 185/2002, 134/1999).

Más significativo aún es algún ejemplo en el que llega a extenderse al máximo el contenido material del derecho a la intimidad identificándose con una especie de “derecho al anonimato”, como hace la STC 5-5-2000 [RTC 2000/115] al señalar que “*lo que el art. 18.1 C.E. garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando que terceros, sean particulares o poderes públicos, decidan cuáles son los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea lo contenido en ese espacio*”.

La adopción de esta concepción del derecho a la intimidad como derecho al anonimato, al secreto, puede parecer excesivamente radical, pues convierte

todos los aspectos de la vida de una persona (al menos de las que no tienen relevancia pública) en vida privada y cualquier información sobre ella en una lesión a su intimidad, sin perjuicio de que luego, en el análisis de ponderación, pueda entenderse que sobre ella pueda prevalecer la libertad de información atendida la relevancia pública de la noticia (tal como ocurre con el periodismo de sucesos que, junto con la mera descripción de los hechos, incorporan afirmaciones y juicios que sobre las personas implicadas aportan amigos o vecinos y que la jurisprudencia constitucional considera no lesivos de la intimidad cuando no son enteramente ajenos o absolutamente irrelevantes para formar la opinión del lector acerca de la persona a la que se refiere la noticia (vgr. STC 14-9-1999 [RTC 1999/154]).

Una posición intermedia sobre esta cuestión parece adoptarse en la STC 18-6-2001 [RTC 2001\139] relativa a la publicación de fotografías de un conocido financiero de vacaciones en Kenya, donde se señalaba *“no puede deducirse del art. 18 CE que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, de modo que quede desprotegido el interés de una persona a salvarlo guardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda (STC 99/1994, F. 5).”*

Como se analizará en los dos epígrafes siguientes, la Sentencia comentada parece considerar innecesario realizar un análisis en profundidad acerca de si materialmente la grabación y difusión afectan a la esfera privada de la actora, siguiendo una línea jurisprudencial que estima que, si concurre ilicitud o engaño en la obtención de la grabación, el contenido (más o menos privado) de lo grabado es sustancialmente irrelevante.

5.1.4. Calificación automática por determinada línea jurisprudencial como intromisión ilegítima en la intimidad de la difusión de conversaciones o situaciones privadas grabadas subrepticamente, sin conocimiento de uno de los interlocutores

Aunque no lo dice con claridad la sentencia que se comenta, es la ilicitud del vehículo utilizado (grabación y difusión inconsentidas y con engaño de una conversación o situación entre dos personas, señala la sentencia que *“la reportera demandada, para filmar legítimamente la visita, debió contar con el consentimiento de la otra parte de la relación objeto de la grabación”*) lo que convierte en innecesario explorar si el concreto contenido de la conversación o situación o el específico ámbito en que esta se desarrolla (personal, familiar, profesional) se incluye o no en la esfera privada a efectos de entender lesionado el derecho a la intimidad.

El punto de partida de ese razonamiento se encuentra en la calificación de la conversación como “privada” no en el sentido de perteneciente, por su con-

tenido o contexto, al ámbito de lo íntimo o privado (es irrelevante si tienen un contenido íntimo o no) sino del número limitado y controlado de los participantes y de la confianza en mantener al menos una reserva básica sobre la misma, que desde luego incluye poder evitar su grabación y difusión incontestada a terceros. A este carácter privado se refiere expresamente la sentencia que se comenta cuando habla de la *“plural facultad de controlar la reserva y, al fin, de excluir los instrumentos que permitan evitarla, aunque sean empleados por el otro copartícipe”*.

Con más claridad y desarrollando el razonamiento, se refiere a esta cuestión la STS 14-5-2001 [RJ 2001\6202] que rechaza el argumento de que la conversación que se grabó por uno de los interlocutores tenía una naturaleza puramente comercial afirmando que el art. 7.2 LO 1/1982 veda la grabación de *“las conversaciones que se mantienen en el ámbito de la privacidad, cualquiera que sea el contenido de las mismas, en las que se tratan aspectos diversos de la vida particular de las personas, y así sus actividades negociales o profesionales”*.

En idéntico sentido se pronuncian las SSTS 22-12-2000 [RJ 2000\10402] y 13-11-2001 [RJ 2001\9296] con relación a supuestos muy similares de difusión de grabaciones de conversaciones telefónicas entregadas para su difusión por uno de los interlocutores. La primera de las sentencias citadas señala que *“cuando se mantiene una conversación telefónica la parcela de intimidad que se transmite –representada por lo que se dice– sólo se proyecta al interlocutor y debe mantenerse en este círculo amparado por la reservación, salvo que expresamente se permita su salida del mismo (...) lo que efectivamente conforma intromisión en la intimidad personal es hacer pública para el conocimiento de todos una conversación telefónica desarrollada en forma privada y no tanto el contenido de la misma, salvo supuestos de relevancia pública de la noticia, que podía justificar la prevalencia del derecho de información”*.

En las tres sentencias citadas late un rechazo a la grabación subrepticia de las conversaciones telefónicas privadas para su posterior emisión. En particular, estas sentencias se refieren a la *“necesidad de reforzar la confianza en las conversaciones telefónicas que deben mantenerse en el estricto ámbito de la privacidad, pues no entenderlo así, «supondría imponer un plus de alerta y prevención ante la situación de contestar a las llamadas telefónicas, con cercenamiento de la libertad a comunicarse”*. Igualmente, consideran necesaria su calificación como intromisión ilegítima pues *“lo contrario supondría potenciar un régimen de tolerancia (cuya práctica, empieza a resultar habitual) en favor de interesados (profesionales o no) en la persecución de personas que por su posición institucional o profesional realicen actividades de importancia social para obtener mediante artilugios de escucha la información que ellos juzguen relevante, entregada luego, sin precio o con él, a terceros interesados en su divulgación al margen de la licitud del medio empleado”*.

Las tres sentencias mencionadas se refieren a supuestos de grabación (y posterior entrega para difusión) de conversaciones telefónicas por uno de los

interlocutores. Ello no obsta para que la doctrina jurisprudencial que contienen pueda aplicarse a supuestos de empleo de cámara oculta. En primer lugar porque lo que se declara en esas sentencias es la intromisión en el derecho a la intimidad (art. 18.1 C.E.) y no la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 C.E., que sí limita su ámbito a las comunicaciones telefónicas o a aquéllas en que es preciso algún medio técnico, excluyendo las comunicaciones directas o presenciales), que no existe, al realizar la grabación uno de los interlocutores. En segundo lugar porque el empleo de la cámara oculta es potencialmente más lesivo de la intimidad tanto por incluir imagen como por ir acompañado, generalmente, de un engaño adicional consistente en hacerse pasar por quien no se es (en nuestro caso, al simular la reportera ser una paciente de la demandante).

En cualquier caso, la ilicitud del sistema de obtención de la información determina también que la intimidad se entienda vulnerada con cierta independencia del contenido más o menos anodino (y por tanto, ajeno a la vida íntima o privada) de lo publicado. Ejemplo de ello parece ser la STC 5-5-2000 [RTC 2000/115] que estimó un recurso de amparo contra la STS 31-12-1996 [RJ 1996/9226]. Esta última había absuelto a la antigua niñera de una conocida mujer de la prensa rosa, al redactor, director y al editor de la revista *Lecturas* por entender que las revelaciones realizadas por la niñera eran una propalación de chismes de escasa entidad. La STC citada anuló esa sentencia declarando que hubo intromisión ilegítima no sólo por el contenido de lo publicado sino, independientemente de este, “*también por derivar la divulgación de los datos de una vulneración del secreto profesional*” por la niñera.

5.1.5. Dificultades en el encaje sistemático de esta concepción formal y no material de la intimidad

Como se ha expuesto en el epígrafe precedente, una cierta línea jurisprudencial parece considerar irrelevante a efectos de considerar si existe lesión del derecho a la intimidad el que el contenido o ámbito de la conversación o situación afecte o no a la esfera personal o familiar del sujeto.

Se transforma así el derecho a la intimidad, como derecho de contenido fundamentalmente material (dirigido a proteger lo que materialmente se define como esfera privada) para aproximarlos a una garantía de protección formal como es el derecho al secreto de las comunicaciones, en la que el reconocimiento de este derecho o de su vulneración se realizan con total independencia del contenido íntimo o no, de la comunicación.

Esta afirmación de que puede lesionarse el derecho a la intimidad con independencia del contenido de la conversación o situación grabada contradice la estructura material (no formal) del derecho a la intimidad, reconocida en la jurisprudencia constitucional y, en particular, en la relevante sentencia STC 29-

11-1984 [RTC 1984\114] antes citada precisamente con relación al deslinde entre los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones por cuanto en ella se señalaba que “*el concepto de «secreto» en el art. 18.3 tiene un carácter «formal», en el sentido de que se predica de lo comunicado, sea cual sea su contenido y pertenezca o no el objeto de la comunicación misma al ámbito de lo personal, lo íntimo o lo reservado*” y que “*sobre los comunicantes no pesa tal deber, sino, en todo caso, y ya en virtud de norma distinta a la recogida en el art. 18.3 de la Constitución, un posible «deber de reserva» que –de existir– tendría un contenido **estrictamente material**, en razón del cual fuese el contenido mismo de lo comunicado (un deber que derivaría así del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18.1 de la norma fundamental).*”

Es pues discutible el encaje sistemático de esta concepción formalista de la intimidad que permite entenderla vulnerada, independientemente de la concreta afectación de la esfera privada, cuando existe algún tipo de ilicitud o engaño en la conversación o situación grabada y difundida. Frente a ello podría esgrimirse que diversos preceptos de la Ley 1/1982 califican como intromisión ilegítima el simple emplazamiento de aparatos de escucha o filmación (art. 7.1) o su mera utilización (art. 7.2) para conocer, grabar o reproducir la vida íntima de las personas independientemente de que el material finalmente obtenido por estos medios pudiera calificarse o no como íntimo.

5.1.6. Argumento complementario relativo a la naturalidad y espontaneidad provocada con que se muestra la víctima engañada por la cámara oculta

La sentencia comentada, emplea un argumento complementario para fundar la existencia de lesión al derecho a la intimidad. Según este argumento la esfera privada habría resultado afectada no tanto por la naturaleza del acto –sesión de medicina natural– como por el propio procedimiento de la cámara oculta con engaño, que habría impulsado a la persona a comportarse con una naturalidad y espontaneidad que, de otro modo, no habría tenido. Dicho de otro modo, la cámara oculta habría impedido que la persona, de haberse sabido filmada, hubiera ejercitado una facultad inherente a su esfera íntima o privada consistente en modular o modificar su conducta íntima, su modo de conducirse o su discurso al saber que iba a ser objeto de grabación y divulgación. Así parece deducirse del hecho de que la sentencia, después de señalar que la intimidad no depende tanto de elementos circunstanciales (vgr. el lugar en que se desarrolla) sino de elementos cualitativos, indique “*de ahí que valoremos que, por más que la grabación hubiera tenido lugar en la parte de la finca destinada a consulta de la actor, ésta fue colocada por el engaño de la reportera en una posición equívoca, en la que se mostró con una naturalidad o espontaneidad que no hubiera tenido de saber que estaba siendo filmada –lo que se da por cierto en la sentencia recurrida–*”.

5.2. El juicio de ponderación de la sentencia entre el derecho a la intimidad y la libertad de información parte, incorrectamente, de la existencia de una información veraz y de relevancia pública

La sentencia comentada rechaza el juicio de ponderación realizado por la sentencia de apelación entre el derecho a la intimidad y la libertad de información porque entiende que, aunque el reportaje fue “plenamente veraz” y era de evidente interés general informar de los riesgos que se corren cuando alguien desempeña sin titulación una actividad que exige tenerla: (i) “del reportaje no resulta con claridad que doña Marina ejerciera sin título la condición de fisioterapeuta”; (ii) no se aclara “a razón por la que fue ella la elegida para dar un ejemplo público de una práctica inadmisibles y cuya erradicación motiva un interés social indudable”; (iii) el material grabado no tenía la relevancia necesaria para justificar el sacrificio de un derecho fundamental como la intimidad; (iv) el método de la cámara oculta “no era imprescindible para descubrir la verdad de lo que acontecía en la consulta de la actora” pues “habría bastado con entrevistar a clientes para conocer con total fidelidad lo que se supo mediante la grabación”.

Aún estando de acuerdo en la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, cabe sostener que el juicio de ponderación mencionado está viciado desde su raíz. Al juicio de ponderación sólo se llega tras haber constatado que hay dos derechos fundamentales en colisión. Respecto a la libertad de información, ello requiere haber constatado que la información transmitida es veraz y que tiene relevancia pública. En el caso analizado por la sentencia comentada y, como ya se comentó en un epígrafe anterior, es más que discutible que concurren estas notas, pues si no consta que doña Marina ejerciera de fisioterapeuta sin serlo, difícilmente puede considerarse veraz un programa que denuncia precisamente esa circunstancia, por lo que no cabría partir de la existencia de legítimo ejercicio de la libertad de información que haya de ser tenido en cuenta y ponderado con relación a otros derechos fundamentales.

De hecho, cuando en un juicio de ponderación se enfrenta el derecho a la intimidad (más aún tratándose de intimidad profesional) con una información veraz y de gran relevancia pública (como la que la sentencia pretende reconocer en este caso) lo lógico sería, contra lo que resuelve el Tribunal Supremo en el caso concreto, que prevaleciera la libertad de información, pues el núcleo del juicio de ponderación lo constituye el interés público de la información (STC 30-6-2003 [RTC 2003\127]).

En este caso, es precisamente esa conciencia de la debilidad o inexistencia de la libertad de información la que parece guiar el juicio de ponderación para que prevalezca ésta última sobre el derecho a la intimidad. De hecho, si la información hubiera sido veraz (imagínese que se hubiera acreditado con la grabación la existencia de delito de intrusismo al ejercer como fisioterapeuta sin título

lo o como cirujana sin haber estudiado medicina) ¿acaso se preguntaría la sentencia por qué habría sido ella la elegida para dar ejemplo de una práctica inadmisibles?, ¿acaso se entendería que la grabación no tenía relevancia?, ¿acaso se habría considerado con tanta contundencia que la cámara oculta podía sustituirse por las declaraciones de otros clientes?

6. La Sentencia, ante el conflicto entre las libertades de información y expresión y el derecho a la propia imagen

En el ordenamiento jurídico español, el derecho a la propia imagen se configura como un derecho autónomo respecto a los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar. No ha sido así siempre. Durante un largo período, la jurisprudencia constitucional tendió a configurar el derecho fundamental a la propia imagen como una manifestación del derecho a la intimidad (así, en las SSTC 231/1988, 99/1994 ó 117/1994) aunque posteriormente, esta tendencia cambió, como reconoce la propia jurisprudencia (así, la STS 22-2-2006; RJ 2006\830).

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, cabe definir 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, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto (vertiente positiva) 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 (vertiente negativa) el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado, evitando la difusión incondicionada de su aspecto físico (entre muchas otras, SSTC 16-4-2007 [RTC 2007\72] y 26-3-2001 [RTC 2001/81]).

Desde la perspectiva negativa y conforme al art. 7.5 LO 1/1982, se impide no sólo la reproducción o publicación, sino la captación misma 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 particular, el derecho de la persona a evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización 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 (STC 99/1994, de 11 de abril [RTC 1994, 99], F. 5).

La sentencia comentada analiza esta colisión en su Fundamento de Derecho Séptimo. En este caso, la constatación, antes de realizar el juicio de ponderación, de que pudo lesionarse el derecho a la propia imagen es muy sencilla. Como señala la sentencia, la demandante fue privada del derecho a consentir o impedir tanto la grabación como la emisión de su imagen, perfectamente identificable.

Rechaza además que la imagen fuera puramente accesoria cuando constituyó el centro de todo el programa no sólo cuando se emitió el reportaje con cámara oculta sino durante el debate, cuando siguieron proyectándose imágenes de la actora. Aunque no se diga expresamente, también es relevante a efectos de excluir la aplicación del art. 8.2.a) LO 1/1982 el hecho de que las imágenes no se captaran ni en un acto público ni en un lugar abierto al público.

Reconocida tal lesión, la Sentencia no realiza de nuevo el juicio de ponderación, en la medida en que resulta aplicable en este caso en términos prácticamente idénticos el análisis de ponderación realizado en el Fundamento de Derecho precedente con relación al derecho a la intimidad. La STS 6-7-2009 (RJ 4456/2009) concluyó que había existido vulneración del derecho a la propia imagen (no se invocó la lesión de los derechos al honor o a la intimidad) con un razonamiento similar al de la sentencia que se comenta. Trataba aquélla sobre un reportaje con cámara oculta acerca del resurgir de la extrema derecha en España, realizado en la sede de un partido político minoritario. Se entendió que la demandante era plenamente reconocible sin tratarse de persona que ejerciera profesión de notoriedad o proyección pública y no realizarse la filmación en un lugar abierto al público, no siendo además imprescindible para la función informativa la emisión de su imagen.

Con relación al juicio de ponderación que, en general, puede realizarse en caso de publicación de la imagen de una persona anónima que aparece circunstancialmente vinculada con un suceso de relevancia pública (vgr. un presunto violador o terrorista detenido y en prisión provisional o declarando en el acto del juicio) se plantea la duda de si, desde una perspectiva puramente técnica, la publicación de su imagen ha de entenderse autorizada de partida en virtud del art. 8.2.a) LO 1/1982 (al asimilar esta conexión con un hecho relevante con la referencia que en este precepto se hace a las personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública), o si por el contrario, no se entiende incluida en el precepto citado, constituyendo, en principio, una lesión del derecho a la propia imagen sin perjuicio de que en el posterior juicio de ponderación, la relevancia pública de la noticia determine que prevalezca la libertad de información.

La solución no es fácil si se tiene en cuenta que, en estos supuestos, por más que se trate de supuestos autónomos, la lesión a la imagen suele conllevar la lesión al honor o a la intimidad y si consideramos que, en principio, las excepciones del art. 8.2 LO 1/1982 constituyen *numerus clausus* (al margen de que exista algún pronunciamiento discutible en sentido contrario –vgr. STS 2-7-2004 [RJ 2004/5262]).

7. Fijación directa del *quantum indemnizatorio*

En la sentencia comentada, el Tribunal Supremo fija directamente la cuantía de la indemnización de acuerdo con los parámetros establecidos en el art.

9.3 LO 1/1982. Este precepto prevé que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima y extiende expresamente la indemnización al daño moral (manteniendo el criterio inicialmente establecido por la célebre STS de 6 de diciembre de 1912), ordenando que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a 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 valoración del daño causado por la intromisión ilegítima constituye una cuestión fáctica cuya determinación corresponde en principio a los órganos de instancia (es decir, tanto a los Juzgados como a las Audiencias Provinciales, dada la plena cognición o revisión jurisdiccional que realiza el órgano de apelación). Otra cosa será cuando el recurso de casación no ataque directamente la fijación del *quantum*, sino los criterios jurídicos utilizados en la instancia, cosa que permite con frecuencia la revisión casacional. Ésta, por mínima que sea la modificación, puede recaer sobre las bases del art. 9.3 que hayan sido tomadas en cuenta para la fijación de la cuantía.

Diferente es la tesitura de la STS de 16-1-2009, donde lo que procede es la fijación directa del *quantum* indemnizatorio por el Tribunal Supremo. Es eso lo que ha de ocurrir cuando el Tribunal de casación *recupera* (más bien, se arroga) función de instancia en los supuestos, como el que aquí se analiza, en que tanto en primera instancia como en apelación se desestimaron las pretensiones de existencia de intromisión ilegítima e indemnizatorias, que resultan sin embargo estimadas, por vez primera, en casación (así, entre otras, SSTS de 30-10-2008, 18-11-2004 [RJ 2004/7241] ó 12-7-2004 [RJ 2004/4373]).

8. Bibliografía

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “Comentario a la STS 7 de marzo 1988”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 16, pág. 1979.
- BLASCO GASCÓ, “Algunas cuestiones del derecho de la propia imagen”, en *Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil*, Salamanca, 2007, (consultada en la edición PDF, en www.derehocivil.net/esp/ponencias.php).
- CAVANILLAS MÚJICA Y GRIMALT SERVERA, *Honor, intimidad y propia imagen*, en www.iustel.com.
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, L.M., *Sistema de derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, 2008.
- ESTRADA ALONSO, *El derecho al honor en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo*, Madrid, 1988.
- ESTIVAL ALONSO, “El derecho de rectificación como garantía de la veracidad informativa. Aspectos procesales” *Diario La Ley*, 8 de enero de 2007.
- GARCÍA CANALES, “El derecho al honor de quienes ejercen actividad con relevancia política”, Est. Rubio y Llorente.

- GARCÍA TREVIJANO, *La inviolabilidad del domicilio*, Tecnos, Madrid, 1992.
- HERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, *El honor, la intimidad y la imagen como derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 2009.
- PANTALEÓN, “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, t. III, 1996, págs. 1689 y ss.
- “La Constitución, el honor y el espectro de la censura previa”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 10, sep.-dic. 1996, págs. 209 y ss.
- SALVADOR CODERCH, RAMOS GONZÁLEZ y LUNAYERGA, “Poder de prensa y derecho al honor. Comentario a la reforma del artículo 525 de la LEC”, en www.Indret.com, abril 2004, working paper núm. 214.
- SANTOS VIJANDE, “La protección jurisdiccional, civil y penal, del honor, la intimidad y la propia imagen”, *Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n° 16, Thomson-Aranzadi, 2005.
- YZQUIERDO TOLSADA, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, Madrid, ed. Dykinson, 2001.
- “Enseñanzas del secuestro de la revista El Jueves para la responsabilidad civil. Apuntes a vuela pluma, recién cumplido un cuarto de siglo de Ley del Honor”. *Revista de la Asociación de Abogados especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, 2007, núm. 23, págs. 9 y ss.
- “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. Reglero Campos), t. III, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 313 y ss.