



UNIVERSIDAD DE ALMERÍA

TRABAJO FIN DE GRADO.

GRADO EN DERECHO.

EL DERECHO A LA EXPRESIÓN Y SUS LÍMITES.

FREEDOM OF EXPRESSION AND ITS LIMITATIONS

CURSO ACADÉMICO 2020-2021.

ALUMNO: JOSÉ JAVIER SÁNCHEZ RUBIO.

TUTOR: PEDRO MARTÍNEZ RUANO.

RESUMEN: En este trabajo buscamos analizar mediante jurisprudencia, en especial del Tribunal Constitucional, doctrina de profesionales en la materia y normativa relacionada, los distintos límites que se han ido forjando al derecho a la libertad de expresión amparada bajo el artículo 20 de la Constitución Española.

ABSTRACT: In this work we have analyzed, using jurisprudence of the Spanish Constitutional Court, the doctrine of professionals in the area and his regulations, the different limits that have been created to freedom of expression protected by the Article 20 of the Spanish Constitution.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	4
2. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION	5
3. REGULACIÓN	6
3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	6
3.2. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)	7
3.3. Artículo 20 de la Constitución Española.....	7
3.3.1. Desarrollo directo del artículo 20 de la Constitución en el ordenamiento español.....	8
3.3.2. Desarrollo indirecto del artículo 20 de la Constitución en el ordenamiento español.....	9
4. CONFLICTO CON OTROS DERECHOS.....	10
4.1. Derechos de la personalidad.....	11
4.1.1. El derecho al honor.....	12
4.1.2. El derecho a la intimidad.....	18
4.1.3. El derecho la propia imagen.....	26
4.1.4. Protección jurídica de los derechos al honor, intimidad y propia imagen	32
4.1.5. Caso Ortega Cano contra la revista Mongolia.....	34
4.2. Protección de la juventud y de la infancia	35
4.3. Discurso de odio	38
4.4. Enaltecimiento del terrorismo	43
4.5. Otros límites a la libertad de expresión.....	49
4.5.1. Secreto profesional	49
4.5.2. Secreto oficial.....	52
4.5.3. Secreto sumarial	53
4.5.4. Derecho de rectificación	53
5. CONCLUSIONES	55
6. BIBLIOGRAFÍA	56
7. WEBGRAFÍA	58
8. ANEXO JURISPRUDENCIAL	58

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este Trabajo es analizar desde un punto de vista normativo, doctrinal y jurisprudencial, los límites que serán legítimos imponerle al Derecho Fundamental reconocido constitucionalmente en su artículo 20.

Es indudable que la libertad de expresión es un requisito fundamental en toda sociedad democrática moderna. También es innegable que ningún derecho es ilimitado, incluyendo a los Derechos Fundamentales, pues cada derecho debe tener sus límites “*que derivan no sólo de su posible conexión con otros derechos constitucionales, sino también con otros bienes constitucionales protegidos*”¹. El límite hasta donde se puede ejercitar la libertad de expresión, sin vulnerar otro derecho fundamental, me ha resultado un tema muy interesante y de actualidad, por lo que ha hecho que me decante por él en este trabajo.

Con este trabajo se pretende demostrar la legalidad, que a veces parece sorprendente, de los límites que la jurisprudencia ha venido forjando sobre la libertad de expresión. También pretendemos demostrar la necesidad de estos para una convivencia en paz en un mundo en el que cada vez más la opinión y la ideología es más plural.

La metodología que vamos a usar en el desarrollo de este TFG, como hemos dicho, consistirá en un análisis jurisprudencial, doctrinal y normativo de los límites que tiene la libertad de expresión. Como es imposible analizar todas y cada una de las sentencias en las que se ha pronunciado el TC sobre el tema, hemos decidido elegir las que nos resultan, a nuestro juicio, más relevantes. Doctrinalmente nos ayudaremos de libros y manuales de autores especialistas en la materia, así como de la normativa nacional vigente.

¹ STC 11/1981, de 8 de abril, FJ9.

2. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESION

Etimológicamente, la palabra libertad está compuesta por el adjetivo *liber* (libre) con el sufijo latino *-tat*, es decir, es la cualidad de ser libre, la cualidad de elegir su propia manera de obrar dentro de una sociedad. Por otro lado, debemos de entender la palabra expresión como aquel acto de manifestar por medio de palabras, escritos, gestos u otras manifestaciones externas algo que queremos dar a entender. Entonces debemos de concebir la libertad de expresión como aquella cualidad que tiene el ciudadano para manifestar al mundo externo por diversos medios sus pensamientos, ideas y opiniones.

Atendiendo a la definición jurisprudencial, solo en pocas ocasiones el Tribunal Constitucional ha llamado a este derecho como “libertad de opinión”², entendiendo ambos conceptos en el mismo sentido. Hay quienes afirman que el término correcto sería “libertad de opinión”³, ya que así de esta forma se evitaría separar la libertad de información de la genérica libertad de expresión, siendo la primera una modalidad de la segunda.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha venido definiendo el término de libertad de expresión de la siguiente manera:

“La libertad de expresión que proclama el art. 20 en su apartado 1 es ante todo un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos. En cuanto derecho de los ciudadanos se concreta en la realización de las posibilidades que literalmente el precepto reconoce, es decir, expresar y difundir pensamientos, ideas y opiniones por cualquier medio de reproducción. No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible”⁴.

Esta definición nos da ciertas ideas del concepto de libertad de expresión. En primer lugar el mencionado precepto constitucional que se limita a proteger este derecho, dejando una amplia libertad a la jurisprudencia para que delimite el objeto de este. Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 6/1988 afirmando que *“la libertad de expresión tiene por objeto pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del que deben incluirse también las creencias y los*

² STC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ9
STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ2

³ AGUDO ZAMORA, M: *Manual de Derecho Constitucional* (7ª. Ed.), Difusora Larousse- Editorial Tecnos, 2016.

⁴ STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ3

juicios de valor”⁵. Ahora surge otra cuestión, ¿cuándo se está ante un juicio de valor y cuándo no?, pues son diversos autores (Miguel Agudo Zamora, 2016) los que nos afirman que estaremos cuando el mensaje sea genérico⁶. Estas expresiones de pensamientos, ideas, opiniones, creencias y juicios de valor se tienen en sentido subjetivo, ya que por contrario, si fuesen ideas objetivas estaríamos hablando de otra libertad distinta, que es la de comunicación y no la de expresión. Otra idea que surge de la sentencia del TC que nos ocupa es la titularidad de este derecho, al hacer referencia que el derecho de libertad de expresión es “un derecho fundamental del que gozan por igual todos los ciudadanos”, deduciendo por todos los ciudadanos tanto a españoles como extranjeros.

La libertad de expresión es un derecho negativo, es decir, es un derecho que posee todo ciudadano, como hemos visto anteriormente, a que los demás se abstengan de hacer algo que perjudique a su persona. Esa abstención se traduce en la ausencia de coacción externa por parte de terceros contra nuestras ideas, opiniones o pensamientos, pudiéndolas expresar libremente al exterior. Este derecho se ampara en casi todas las constituciones, considerándose como un Derecho Fundamental que debe protegerse en cualquier sociedad democrática. En la realidad, su práctica a veces queda un tanto limitada ya que no se puede considerar como un derecho absoluto cuando perjudica otros intereses que consideramos valiosos.

3. REGULACIÓN

3.1. Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Como bien sabemos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos es un documento que recoge los 30 derechos humanos que se consideran básicos. Entre ellos, en su artículo 19 se encuentra el Derecho a la libertad de expresión, formulado de la siguiente manera:

“Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”⁷.

⁵ STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5

⁶ AGUDO ZAMORA, M: *Manual de Derecho Constitucional* (7ª. Ed.), Difusora Larousse- Editorial Tecnos, 2016.

⁷ Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). Paris.

3.2. Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH)

Aquí la libertad de expresión se consagra en su artículo 10 como un derecho limitado, es decir, no es absoluto y está sujeto a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley para garantizar de esta forma la seguridad nacional en un estado democrático⁸

3.3. Artículo 20 de la Constitución Española

Es la fuente del derecho a la libertad de expresión en la que mas profundizaremos ya que a partir de este artículo se sistematiza directa o indirectamente nuestra legislación nacional.

El artículo 20 constitucional, en su primer apartado protege cuatro derechos fundamentales diferentes pero con cierta relación que estudiaremos a continuación. En su segundo, tercer y quinto apartado se regulan sus garantías y en el cuarto se estudian sus límites⁹.

En el apartado a) del artículo 20.1 constitucional se garantiza el derecho a expresar y difundir sin interferencias y coacciones externas pensamientos, opiniones e ideas por cualquier medio de reproducción. En relación con los límites que la propia jurisprudencia constitucional ha venido forjando, debemos de tener claro cuándo esos juicios de valor (pensamientos, opiniones e ideas) sobrepasan la expresión y se convierten en insultos o injurias hacia una determinada persona. El profesor Jorge Wagensberg (2015) dice *“El insulto busca la ofensa y apunta a las personas; la libertad de expresión apunta a las ideas y busca la crítica”*¹⁰. Según una sentencia del Tribunal Constitucional¹¹, lo que no garantiza el artículo 20 constitucional es el “derecho al insulto”, entendiendo insulto como *“expresiones vejatorias innecesarias para la emisión de un mensaje”*¹² o cuando se tiene ánimo de de injuriar (STC 85/1992 FJ4)¹³.

⁸ Artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

⁹ Artículo 20 de la Constitución Española.

¹⁰ *Los aforismos de Jorge Wagensberg*, Babelia, El País 2015/02/02

¹¹ STC 105/1990, de 6 de junio, FJ8.

¹² STC 105/1990, de 6 de junio, FJ4.

¹³ STC 85/1992, de 8 de junio, FJ4.

En el apartado b) de este artículo, se protege el derecho “*a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica*”, derecho íntimamente ligado al del apartado a), aunque bien es cierto que algunos Magistrados los consideran derechos independientes. De esta forma se ha pronunciado el Magistrado Don Francisco R. L, en su voto particular de la sentencia STC 153/1985, 7 de Noviembre, afirmando que “*ni la libertad de producción y creación literaria, artística, etc., es una concreción del derecho a expresar y difundir libremente el pensamiento, sino un derecho autónomo*”¹⁴. También aquí le toca a la jurisprudencia delimitar qué supuestos se amparan bajo este apartado, delimitando a su vez que se debe considerar literario, científico, artístico o técnico ya que son términos bastante genéricos.

El tercer apartado, referente a la libertad de cátedra es una proyección a la libertad de expresión, entendiéndose como la libertad de los docentes a expresar libremente sus ideas, opiniones y pensamientos e el ejercicio de sus funciones. Este derecho se estudia con más detenimiento en la libertad de enseñanza y el derecho a la educación.

3.3.1. Desarrollo directo del artículo 20 de la Constitución en el ordenamiento español.

- A. Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, que otorga el derecho al ofendido por una información difundida en un medio de comunicación que se rectifique y, en su defecto, se da la vía a un procedimiento judicial breve y rápido¹⁵.
- B. Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, de la clausula de conciencia de los profesionales de la información, en relación con el 20.1. d) constitucional que afirma que “*la ley regulará el derecho a la clausula de conciencia al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades*”. Aquí los periodistas ejercerán este derecho rescindiendo su relación jurídica con la empresa de comunicación, cuando en el medio se produzca “*un cambio sustancial de orientación informativa*” o “*la empresa les traslade a otro medio del mismo grupo que por su género o línea suponga una ruptura patente con la orientación profesional del informador*”¹⁶.
- C. La ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen limita el ejercicio del derecho a la

¹⁴ Voto particular del Magistrado Don Francisco R.L de la STC 153/1985, de 7 de noviembre.

¹⁵ Artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

¹⁶ Artículo 2 de la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información.

libertad de expresión en tanto perjudique uno de estos derechos también protegidos constitucionalmente¹⁷. Es la ley que regula estos derechos sobre la personalidad aunque los trata de una manera muy breve a nuestro juicio, debiendo ser la jurisprudencia quien los desarrolle con más profundidad.

- D. La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor otorga al menor en su artículo 8 el derecho a la libertad de expresión en los términos constitucionalmente previstos¹⁸.
- E. La Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas afirma que *“El militar tiene derecho a la libertad de expresión y a comunicar y recibir libremente información en los términos establecidos en la Constitución”*, desarrollando de una manera clara y evidente el artículo 20 constitucional hacia los militares¹⁹. De la misma manera lo hace la Ley Orgánica 11/2007 para los Guardias Civiles²⁰.
- F. La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación ofrece la posibilidad de que los alumnos se asocien. Esta asociación conllevará, según el segundo apartado de dicho artículo, la posibilidad de que expresen su opinión en todo lo relativo a su situación en los centros.²¹
- G. La Ley Orgánica del Poder Judicial hace referencia expresamente en su artículo 542.2 que los abogados serán amparados por los Jueces y Tribunales en su ejercicio de la libertad de expresión.²²

3.3.2. Desarrollo indirecto del artículo 20 de la Constitución en el ordenamiento español.

- A. El Código Penal no reconoce ninguna limitación sobre la libertad de expresión, solo indirectamente en su artículo 542 establece la inhabilitación especial para la autoridad o el funcionario público que con su conocimiento *“impida a una persona el ejercicio de otros derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes”*. Es decir, implícitamente está castigando al funcionario o autoridad pública que

¹⁷ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

¹⁸ Artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁹ Artículo 12 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

²⁰ Artículo 7 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

²¹ Artículo 7 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

²² Artículo 542.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

impida, entre otros derechos, la libertad de expresión a alguna persona. También, y en relación con el artículo 20.2 CE, el 538 CP castiga al funcionario o autoridad pública que establezca una censura previa con una inhabilitación absoluta.²³

- B. La Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana, es una de las más criticadas por ser contraria al propio artículo 20 de la Constitución. Hay quienes la consideran contraria a la libertad de expresión ya que en su artículo 36 cataloga como falta muy grave a quien use sin autorización “*imágenes o datos personales o profesionales de autoridades o miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que pueda poner en peligro la seguridad personal o familiar de los agentes*”.²⁴
- C. La Ley Orgánica 4/1981 de los estados de alarma, excepción y sitio otorga, para el supuesto de la existencia de un estado de excepcionalidad, la posibilidad de suspender todo tipo de publicaciones, emisiones de radio y televisión, proyecciones cinematográficas y representaciones teatrales y también se podrá ordenar el secuestro de publicaciones.²⁵
- D. La Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, regula los derechos de las personas en sus relaciones con las Administraciones públicas. Entre ellos y en relación con el precepto constitucional objeto de estudio trata el derecho que tienen los administrados al acceso a la información pública, archivos y registros.²⁶
- E. La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social no hace referencia de una manera expresa a los derechos de libertad de expresión e información de los extranjeros en España, sino que en su artículo 3 refleja que “*Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución*”²⁷, entendiéndose obviamente que estos derechos le son reconocidos a los extranjeros implícitamente.

4. CONFLICTO CON OTROS DERECHOS

Una vez entendido el concepto de libertad de expresión con su correspondiente regulación en el ordenamiento jurídico español, debemos conocer cuáles son sus

²³ Artículos 542 y 538 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

²⁴ Artículo 36 de la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana.

²⁵ Artículo 21 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

²⁶ Artículo 13 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

²⁷ Artículo 3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

fronteras, es decir, ¿hasta qué punto aquella manifestación que hacíamos al exterior de nuestros pensamientos, ideas y opiniones deja de serlo para convertirse en expresiones insultantes, vejatorias y difamatorias?

La libertad de expresión, al consagrarse en el Título I de la Constitución española, forma parte de los conocidos Derechos Fundamentales (arts. 15-29 de la CE)²⁸, estos son considerados derechos personalísimos de su titular, lo que conlleva que se cataloguen como “*derechos universales, inviolables e inalienables*”²⁹ y así gozarán de una mayor protección. Esto no quiere decir que no se le impongan límites, pues como bien ha venido afirmando nuestro Tribunal Constitucional en sus sentencias, “*no existen derechos ilimitados*”³⁰, y la libertad de expresión, como derecho fundamental, no iba a ser la excepción a esta regla. Según afirma la Profesora Concepción Carmona Salgado (1991), los límites a los derechos fundamentales deberán interpretarse restrictivamente, es decir, de la forma que más favorable sea la eficacia y esencia de estos³¹. Los límites surgen cuando un derecho colisiona (se contradice) con otro derecho reconocido directamente o indirectamente. Por ejemplo la veracidad es un derecho reconocido de manera indirecta al garantizarse constitucionalmente el derecho a la información veraz (la veracidad actúa como complemento de la información) y, aun así, constituye un límite a la libertad de expresión como veremos a continuación. Sin embargo el derecho al honor si es un derecho amparado de manera explícita.

De esta manera el propio artículo 20 en su apartado 4, nos afirma que las cuatro libertades reconocidas en el 20.1

tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia³²

Estos límites a la libertad de expresión no vienen tipificados en ningún texto legal, sino que la jurisprudencia los ha ido forjando a lo largo de sus sentencias y nosotros intentaremos detallarlos separadamente uno a uno.

4.1.Derechos de la personalidad

²⁸ Título I de la Constitución Española.

²⁹ SÁNCHEZ FERRIZ, R: *El derecho a la información*, Cosmos, Valencia, 1974, pág. 54.

³⁰ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ8

³¹ CARMONA SALGADO, C: *Libertad de expresión e información y sus límites*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pág. 67.

³² Artículo 20.4 de la Constitución Española.

4.1.1. El derecho al honor.

La Constitución Española no nos da una definición de qué se entiende por honor, y ha tenido que ser la doctrina y la jurisprudencia los encargados de acuñarlo. El contenido de este derecho resulta un tanto cambiante, pues se acomoda a los valores e ideas sociales vigentes en cada época. Según O'Callaghan (1986), el honor es un concepto esencialmente relativo. Se puede considerar en sentido subjetivo, como el sentimiento de nuestra propia dignidad y en sentido objetivo, como el reconocimiento de esta dignidad por los demás³³.

Una definición que se acerca a lo que hoy se entiende por honor es la que nos da López Jacoiste (1989) al afirmar que el honor es la estima en que la persona es tenida por la sociedad o grupo al que pertenece o donde desarrolla su actividad³⁴.

La Sentencia 359/1987 del Tribunal Supremo afirma las dos percepciones que tenemos sobre el derecho al honor estableciendo, en primer lugar, la percepción que tenemos cada uno de sí mismo (a lo que llama inmanencia o mismidad) y, en segundo lugar, el reconocimiento que tiene el exterior sobre nuestra dignidad (llamado trascendencia o exterioridad)³⁵. Aquí pues, se deja entrever la existencia de un aspecto subjetivo (el interior) y otro objetivo (el exterior), los dos aspectos acuñan hoy día el término de derecho al honor, no entendiéndolo de otra forma que desde ambas perspectivas.

En cuanto a la titularidad del derecho al honor, estamos hablando de un derecho sobre la personalidad, es decir, un derecho personalísimo, por lo que el titular es el mismo sujeto. En términos procesales, el titular será el demandante que vea vulnerado su derecho. Debemos diferenciar entre tres supuestos atendiendo a la persona que ve su honor vulnerado. El primero es cuando se trate de personas de relevancia pública (ya sea política, social o económica), en este caso, siendo figura pública, la STC 165/1987, dice que estas personas han elegido libremente esta condición, "*por lo que deben soportar un cierto riesgo de una lesión de sus derechos de la personalidad*"³⁶. Es decir, la protección del derecho al honor de los personajes públicos será menor que la de

³³ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X: *Compendio de Derecho civil, t. I, parte general*, Madrid, 1986, pág.189.

³⁴ LOPEZ JACOISTE, J.J: *Intimidación, honor e imagen ante la responsabilidad civil, en Homenaje a J. B., Vallet de Goytisolo*, vol. IV, Madrid, 1989, p. 578.

³⁵ STS 359/1987, de 23 de marzo, FJ4.

³⁶ STC 165/1987, de 27 de octubre, FJ10.

cualquier persona privada. No se debe afirmar que el honor de los personajes públicos sea distinto, sino que queda un tanto debilitado frente a la crítica, informaciones y expresiones en aras de un interés general. En segundo lugar, cuando se trata de personas jurídicas debemos de recordar que el honor es un derecho fundamental reconocido al ciudadano como ser humano ya que es uno de los derechos de la personalidad, por lo que si consideramos el derecho al honor desde la perspectiva subjetiva se nos hace difícil hacer titulares de este a las personas jurídicas. En reglas generales, casi todos los conceptos doctrinales y jurisprudenciales que se hacen sobre el derecho al honor son en referencia a personas físicas, pero encontramos sentencias que afirman que “*el significado del derecho al honor ni puede ni debe excluir de su ámbito de protección a personas jurídicas*”³⁷. En este sentido, se deberá entender el honor en sentido objetivo como el buen honor o la buena fama y, aquí la jurisprudencia y doctrina sí que otorgaran su titularidad a las personas jurídicas siempre que su naturaleza sea de Derecho Privado. Esta concesión de la titularidad del derecho al honor a personas jurídicas de derecho privado parece obvia si entendemos que estas son creadas por personas físicas para conseguir sus propios objetivos e intereses personales, es decir, “*constituyen un instrumento al servicio de los intereses de las personas físicas que las crearon*”³⁸, por lo que se entiende esta persona jurídica privada como una prolongación de la persona física y deberá entonces de ampararse bajo la tutela constitucional del artículo 20. En el mismo sentido se ha pronunciado la STC 107/1988 al afirmar que

El derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública.³⁹

³⁷ STC 139/1995, de 26 de septiembre, FJ5.

³⁸ GOMEZ MONTORO, A: *La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación*, en La democracia constitucional, vol. I, Madrid, 2003, pág. 432

³⁹ STC 107/1988, de 8 de junio, FJ2.

En último lugar encontramos el derecho al honor de las personas fallecidas. En este caso, y teniendo en cuenta la pertenencia del derecho al honor a derechos de la personalidad, estos derechos son intransmisibles inter vivos y mortis causa, por lo que el derecho al honor de la persona fallecida se extingue con la muerte de la misma. Parece obvio afirmar que el fallecido no tiene derecho al honor ni ningún derecho de la personalidad pero, ¿son lícitos los ataques a la dignidad de una persona fallecida? Pues como no podía ser de otra forma, la doctrina no es uniforme en esta materia. Existen autores que afirman que los derechos de la personalidad se extinguen con la muerte de la persona, amparándose en el Código Civil al afirmar que “La personalidad civil se extingue por la muerte de las personas”⁴⁰. Estos defienden que las personas fallecidas no se pueden considerar personas, por lo que nadie les puede hacer daño con difamaciones injuriosas o calumniosas⁴¹. En contraposición está la postura que defiende el Catedrático emérito de la Universidad de Munich Karl Larenz⁴², al afirmar que los valores dignos de protección permanecerán más allá de la capacidad jurídica de la persona, por lo que los familiares más próximos del fallecido estarán facultados en la posición de “fiduciarios” para poder defender por propio derecho los intereses perdurables del familiar difunto. Esta última posición ha sido la más aceptada por nuestro ordenamiento y parte de la jurisprudencia. En ese sentido, la exposición de motivos de la LO 1/1982⁴³ afirma que *“Aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que debe también ser tutelada por el Derecho”* atribuyéndole la legitimación activa a quien el difunto hubiese designado en el testamento, en defecto de ello a los familiares supervivientes, y en último término, al Ministerio Fiscal. Una sentencia relevante sobre esta posición es la STS 973/2019⁴⁴, que nos habla sobre un torero que muere por una cornada de un toro y a causa de ello una señora hace unos comentarios en Facebook que, según el criterio del tribunal, exceden del ámbito protegido por la libertad de expresión. Lo relevante de la sentencia según nuestro estudio no es la prevalencia del derecho al honor frente a la libertad de expresión sino que el tribunal, amparándose en la exposición de motivos de la ley anteriormente mencionada, extiende como sujetos titulares del derecho al honor a

⁴⁰ Artículo 32 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

⁴¹ SALVADOR CODERCH, P: *¿Qué es difamar? Libelo contra la Ley del Libelo*, Madrid, 1987, pág.36

⁴² LARENZ, K: *Derecho Civil, parte general*, traducción y notas de IZQUIERDO Y MACÍAS-PICAVEA, Ediciones Jurídicas Olejnik, Madrid, 1978, pág. 163.

⁴³ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁴⁴ STS 973/2019, de 3 de abril.

la viuda y a los padres del torero fallecido para que así puedan ejercitar la acción en defensa del honor del torero.

Antes de acabar con el tema de la titularidad del derecho al honor, no podemos olvidarnos de la especial protección que les da el Código Penal a ciertas personas. Así, y con cierta polémica, encontramos en el artículo 490 CP que se castiga quien calumnie o injurie a la Corona española. También tiene cierta protección penal las injurias contra las Cortes Generales o a una Asamblea Legislativa de Comunidad Autónoma o contra los Ejércitos o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad⁴⁵

Penalmente existen tipificados delitos contra el honor en nuestro Código Penal, siendo estos casos concretos. En este sentido corresponde al Título XI lo relativo a delitos contra el honor, diferenciando las calumnias de las injurias. Dentro del ámbito de las primeras, el Código Penal nos dice que será autor del delito de calumnias quien atribuya “*con conocimiento de su falsedad*”⁴⁶ a otro la comisión de un delito. Si el acusado de este delito consigue probar la comisión del delito por parte del sujeto pasivo (dueño del bien lesionado: honor) quedará exento de toda pena, así lo reza el artículo 207 del mismo texto legal. Jurisprudencialmente, el TC ha venido estableciendo tres requisitos para que esa libertad de expresión no atente contra el derecho al honor:

- a. Que la información sea veraz, veracidad no solamente desde un punto de vista jurídico, sino también desde un enfoque ético o deontológico. La veracidad como requisito de la libertad de expresión la veremos más detalladamente como límite a la libertad de expresión.
- b. La relevancia del hecho concreto. Aquí la vulneración del derecho al honor en virtud del derecho de información estará más amparada si está orientada a formar una opinión pública en temas de interés público o si la información es “*noticiable*”⁴⁷. Así también lo reza la el Tribunal Supremo en su sentencia 329/2012, al afirmar que “*la comisión de hechos delictivos, para estar amparada por el ejercicio legítimo de la libertad de información, ha de cumplir los requisitos de relevancia pública de los hechos y veracidad*”⁴⁸

⁴⁵ Artículos 490, 496 y 504.2 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁶ Artículo 205 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁴⁷ STC 6/1988, de 21 de enero, FJ5.

⁴⁸ STS 329/2012, de 17 de mayo.

c. Proporcionalidad. Una noticia veraz y con relevancia pública, no tendrá amparo si las expresiones son excesivamente ofensivas, vejatorias o insultantes⁴⁹, pues como bien dice la STC 105/1990 “*la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1*”, para decir posteriormente la misma sentencia que

Pues, ciertamente, una cosa es efectuar una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta (evaluación que se inserta en el derecho de libre expresión, y que es a veces de difícil o imposible separación de la mera información) y otra cosa muy distinta es emitir expresiones, afirmaciones, o calificativos claramente vejatorios desvinculados de esa información, y que resultan proferidos, gratuitamente, sin justificación alguna, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación, o incluso el insulto y sin la menor relación con la formación de una opinión pública libre.⁵⁰

Estos tres requisitos que ha ido perfilando la doctrina constitucional los resume el profesor de Derecho de la Información de la Universidad de Navarra, Carlos Soria al afirmar “*lo que sea verdadero y tenga relevancia pública, puede publicarse -siempre que se emplee un lenguaje correcto- aunque esa publicación comporte una lesión a la honra de terceros*”⁵¹

Por otro lado y hablando de las injurias, se definen penalmente como aquella “*acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación*”⁵², afirmando también que solo se considerará delito aquellas que sean de carácter grave, salvo la excepción de injurias leves en el caso de violencia sobre la mujer. Aquí también quedará libre de responsabilidad si prueba la veracidad de las imputaciones hechas contra funcionarios públicos sobre hechos correspondientes al ejercicio de sus cargos⁵³.

Visto todo lo anterior, cuando se produzca una colisión entre estos dos derechos fundamentales (derecho al honor contra libertad de expresión), le corresponderá al Juez decidir cuál de ellos prevalece. Aunque bien es cierto que en esta decisión ha de tenerse en cuenta una premisa fundamental y es la supremacía de la libertad de expresión frente al derecho al honor, puesto que la libertad de expresión es un derecho que ayuda

⁴⁹ STC 41/2011, de 11 de abril.

⁵⁰ STC 105/1990, de 6 de junio, FJ8.

⁵¹ SORIA RODRIGUEZ, C: *Derecho a la información y derecho a la honra*, Ed. A.T.E., Barcelona, 1981, pág 47.

⁵² Artículo 208 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

⁵³ Artículo 210 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

crucialmente a la formación de una opinión pública siendo esto una condición indispensable en toda democracia. Esa supremacía la ha definido el TC como “posición preferente” pero como bien venimos afirmando, todo caso debe ser estudiado con detalle porque veremos numerosas sentencias en las que ha prevalecido el derecho al honor u otros derechos que se han visto en disputa con la libertad de expresión. El autor Muñoz Machado (1988) está de acuerdo con esta posición, afirmando la posición preferencial de la libre información frente a los demás derechos y, especialmente, respecto al derecho al honor⁵⁴. Sin embargo, el derecho al honor casi siempre prevalece sobre la libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁵.

También encontramos jurisprudencia contraria a la posición preferente, entre la que destacamos la STC 120/1983 del Alto Tribunal que reza que

La libertad de expresión no es un derecho ilimitado, pues claramente se encuentra sometido a los límites que el art. 20.4 de la propia Constitución establece, y en concreto, a la necesidad de respetar el honor de las personas, que también como derecho fundamental consagra el art. 18.1.⁵⁶

Una sentencia peculiar sobre el tema de prevalencia es la Sentencia 106/1986 del TC⁵⁷, que afirma que ni el honor ni la libre información debe pretender a prevalecer el uno sobre el otro, sino que la determinación de esa prevalencia dependerá de las circunstancias concurrentes, en otras palabras, que en caso de colisión de estos dos derechos fundamentales, no tiene por qué prevalecer uno sobre el otro, sino que son derechos uniformes y se deberá de atender a las circunstancias específicas de cada caso para determinar la prevalencia de uno sobre otro.

En cuanto a los criterios que deberán ayudar al Juez a resolver la controversia y decidir sobre qué derecho prevalece, el Tribunal Constitucional ha establecido una serie de directrices:

- La delimitación de la colisión entre tales derechos tiene que hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos. [...]

⁵⁴ MUÑOZ MACHADO, S: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Madrid, 1988, p. 173.

⁵⁵ RUIZ MIGUEL, C: *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1994, pág.127.

⁵⁶ STC 120/1983, de 15 de diciembre, FJ2.

⁵⁷ STC 106/1986, de 24 de julio.

-La comprobación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos de la personalidad del art. 18 CE ostenta el derecho a la libertad de información del art. 20.1 d) CE, en función de su doble carácter de libertad individual y garantía institucional de una opinión pública libre, siempre que la información transmitida sea cierta y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen. [...]

-Cuando la libertad de expresión e información se quiere realizar sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor o la intimidad, es preciso que su proyección sea legítima y que lo que se haya informado sea de interés público. [...]

- Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fundamentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias provocadas por la difusión de una determinada noticia, y reside en dicho criterio, por tanto, el elemento final de la valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, por una parte, y la libertad de información y expresión, por otro. [...]

- La libertad de información y de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma que su identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público, dejando a un lado las costumbres sociales del momento.[...] ⁵⁸

4.1.2. El derecho a la intimidad.

Definir el derecho a la intimidad no es una tarea fácil, así algunos autores⁵⁹ (para mí erróneamente) optan por hacer una enumeración de casos posibles en los que se de ese derecho antes que definirlo. El catedrático Manuel Albadalejo define el derecho a la intimidad como

El poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo, personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desee el interesado.⁶⁰

Definición a mi entender un tanto inexacta y ambigua ya que sigue siendo difícil, con esa definición, concretar qué es íntimo. Esta dificultad podríamos sanarla con la definición que da Iglesias Cubría, al afirmar que íntimo es lo reservado de cada persona, prohibido a los demás de invadir, ni siquiera con una toma de conocimiento y que forma

⁵⁸ STC 79/2014, de 28 de mayo.

⁵⁹ FARIÑAS MANTONI, L: *El derecho a la intimidad*, Madrid, 1983, pág. 357.

⁶⁰ ALBADALEJO GARCÍA, M: *Derecho civil*, t. I, vol. 2º, 9ª ed., Barcelona, 1985, pág. 65.

parte de la intimidad⁶¹. El autor López Jacoiste nos dice que la intimidad encuentra su sentido en la inserción de la vida privada de la persona dentro del contexto de la vida social⁶². Un especialista en intimidad privada e información nos asegura que

Es innecesario acudir a etimologías para saber que el concepto de intimidad se refiere a lo interior, a lo más reservado, a lo más profundamente sentido por el ser humano. Lo íntimo se opone a lo público, a lo proclamado por todos. Se relaciona con soledad, con reserva, se refiere a una persona en sus relaciones consigo misma o con algunas otras que muy cercanas a él –mujer, hijos, padres, amigos- le rodean en su vida cotidiana⁶³

La intimidad guarda una ineludible relación con el derecho al honor, aunque los distancia el concepto de veracidad. En este sentido el jurista Santiago Muñoz Machado (1988) afirma que

La divulgación de la verdad, aunque sea difamatoria, no puede ser perseguida en los procesos por libelo, pero esa verdad puede ser lesiva de la intimidad; divulgar hechos pertenecientes a la vida privada de una persona puede suponer para ella una merma en la consideración ajena y, por tanto, puede ser difamatorio al mismo tiempo que supone una agresión a la intimidad⁶⁴

Aquí este autor nos viene a decir que, como vimos anteriormente, una información veraz no podrá lesionar el derecho al honor pero, como bien muestra sí que podrá vulnerar el derecho a la intimidad si esta información concierne a la esfera personal de la víctima. Otra diferenciación entre ambos derechos la hace la jurista Aurelia María Romero (1987), separando el derecho al honor de la vida privada al manifestar que

El honor es un derecho de la personalidad independiente del de la vida privada. La clara separación de los derechos a la vida privada y al honor puede ser demostrada por la autonomía con que cada uno de ellos opera. El atentado en contra de la vida privada no exige ni supone que quien lo ejecuta formule u juicio adverso o se proponga un rebajamiento moral de la víctima. Por otra parte, e atentado contra el honor no exige ni supone que la expresión, gesto o imputación que se formulan y lesionan el honor subjetivo

⁶¹ *El derecho a la intimidad*, discurso inaugural del año académico 1970-1971, Universidad de Oviedo, 1970

⁶² LÓPEZ JACOISTE, J.J: *Intimidad, honor, e imagen ante la responsabilidad civil, en Homenaje a J.B Vallet de Goyisolo*, vol. IV, Madrid, 1988, pág 537 y ss.

⁶³ URABAYEN CASCANTE, M: *Vida privada e información. Un conflicto permanente*, Eunsa, Pamplona, 1977, págs. 9-10.

⁶⁴ MUÑOZ MACHADO, S: *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Editorial Ariel, Barcelona, 1988, pág 134

o el objetivo, correspondan a una información reservada que el sujeto activo haya logrado sobre su víctima mediante injerencia en su intimidad⁶⁵

Por lo anteriormente expuesto, concluimos que, como dice la STC 46/2002, “*a pesar de su estrecha relación, en tanto que derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a la protección del patrimonio moral de las personas, son derechos autónomos, que tienen un contenido propio y específico*”⁶⁶. Esto quiere decir que si se vulnera uno de los tres derechos de la personalidad no tiene que suponer la vulneración de los otros dos. Del mismo modo que un mismo hecho puede vulnerar simultáneamente varios de estos derechos fundamentales. Supongamos el ejemplo en el que una toma ilegítima de una fotografía (derecho a la propia imagen) que muestre aspectos de la vida privada de una cierta persona (derecho a la intimidad) que menoscabe el honor de una persona (derecho al honor), aquí en un solo acto se han vulnerado los tres derechos.

Jurisprudencialmente, la STC nos da una definición concisa al señalar que “*la intimidad es un ámbito o reducto en el que se veda que otros penetren*”⁶⁷. Entendemos, así en definitiva, el derecho a la intimidad como la esfera privada de cada persona, el ámbito de libertad, reconocido por la sociedad y garantizado por el ordenamiento jurídico.

Gran parte de la doctrina, por no decir toda, se posicionan a favor de la teoría establecida por el autor Prosser⁶⁸ enumerando cuatro supuestos que atentan contra el derecho a la intimidad. El primero de ellos hace referencia a la intromisión en la soledad física que cada persona se ha reservado. Esta intromisión ya puede ser en su propio hogar o en sus pertenencias y puede consistir en instalaciones de micrófonos para grabar conversaciones privadas, intervención de llamadas telefónicas, fotografías del interior del hogar, etc. El segundo supuesto consiste en la divulgación pública de hechos privados o, en otras palabras, la difusión al público de hechos pertenecientes a la esfera íntima de la persona. No se ha de confundir con el derecho al honor, pues siendo hechos ciertos no pueden atacar al honor pero sí a la intimidad si estos hechos no eran conocidos y pertenecen a la círculo íntimo de la víctima. El tercer supuesto que relata

⁶⁵ROMERO COLOMA, A.M: *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*, Editorial Colex (Constitución y Leyes, S.A.), Madrid, 1987, pág. 90

⁶⁶ STC 46/2002, de 25 de febrero, FJ4.

⁶⁷ STC 73/1982, de 2 de diciembre, FJ5

⁶⁸ William Prosser, *Prosser-Keaton on The law of Torts*, 5ª edición, St. Paul, 1984.

Prosser es la presentación al público de circunstancias personales bajo una falsa luz o apariencia y consiste en la divulgación de hechos relativos a una persona con apariencia falsa. Aquí se debe de incluir también la utilización de un nombre, una voz o una imagen de una persona con apariencia deformada o distorsionada para fines publicitarios o comerciales⁶⁹. Y el último supuesto algunos autores lo incluyen dentro del tercero y es la apropiación del nombre o imagen de otra persona. No existe en el ordenamiento jurídico español y consiste en la suplantación de una persona o nombre que induce a la confusión al público en beneficio de quien lo utiliza.⁷⁰

En cuanto a la titularidad del derecho a la intimidad, como derecho de la personalidad que es, va a ser el propio sujeto que ve vulnerada su esfera íntima y, en casos de intimidad familiar, estarán legitimados a ejercitar la acción cualquier miembro de la familia. La Sentencia 134/1999 del TC ha explicado esta última afirmación avalando que

el derecho a la intimidad se extiende también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarde una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 C.E. protegen⁷¹

Aquí no podemos otorgar la titularidad a personas jurídicas (como en parte hemos hecho con el derecho al honor) ya que estas no tienen derechos de la personalidad y además porque no podemos afirmar que las personas jurídicas tengan un círculo íntimo o una vida privada⁷². Sin embargo, si va a ser objeto de estudio cuando el sujeto titular es una persona con relevancia pública y cuando sea una persona fallecida. En el primero de ellos, sería ilógico negar que las personas con relevancia pública tengan derecho a la intimidad pero, como pasa con el derecho al honor, está un tanto debilitado frente al interés general del resto de personas en conocer datos que, aunque afecten a su círculo íntimo, tienen proyección en la sociedad. Así la Sentencia 172/1990, de 12 de noviembre del Tribunal Constitucional nos afirma que el razonamiento que se debe de usar para comprobar la relevancia pública de la información transmitida variará

⁶⁹ Artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

⁷⁰ LOPEZ TALAVERA, M.M y BARROSO ASENJO, P: *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Ed. Fragua, Madrid, 1998, pág.108

⁷¹ STC 134/1999, de 15 de julio, FJ5.

⁷² O'CALLAGHAN MUÑOZ, X: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991, pág 109-110.

según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos.⁷³

El segundo supuesto es la protección del derecho a la intimidad de la persona fallecida. Ya cuando hemos estudiado el derecho al honor hemos visto el tratamiento que tienen los derechos de la personalidad de las personas fallecidas, por lo que nos remitimos a ese punto, añadiendo la relevante sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1986 que, a pesar de afirmar que no cabe la protección constitucional de los derechos de la personalidad de una persona fallecida, en los casos en los que se invoque a la intimidad personal y familiar *“cuyo titular no es ya exclusivamente el fallecido, sino, genéricamente, su familia. «afectada en su dolor e intimidad»*”, afirmando también que este derecho *“se extiende, no sólo a aspectos de la vida propia y personal, sino también a determinados aspectos de la vida de otras personas con las que se guarde una especial y estrecha vinculación, como es la familiar”*⁷⁴. Por lo que debemos entender la intimidad de la persona fallecida como intimidad personal y familiar en sentido amplio, extendiéndose el ejercicio de la acción a quienes tengan una estrecha relación con el difunto.

Para determinar el ámbito de protección de este derecho debemos de tener muy en cuenta el principio de actos propios, en el sentido en que cuando alguien revela datos de su vida privada, estos no se podrán amparar bajo la protección del derecho fundamental a la intimidad personal, pues es lógico.

⁷³ STC 172/1990, de 12 de noviembre, FJ2.

⁷⁴ STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ4.

Deberá incluirse dentro de este derecho las conductas de acoso sexual *“al tratarse de un atentado a una parcela tan reservada de una esfera personalísima como es la sexualidad en desdoro de la dignidad humana”*⁷⁵

Ahora toca estudiar, como hicimos con el derecho al honor, el conflicto entre derechos. Es decir, qué derecho prevalece en caso de colisión entre libertad de expresión y derecho a la intimidad. La constante modernización de los medios de comunicación facilita al informador llegar hasta los lugares más secretos y clandestinos, y más aun si la persona es de relevancia pública y su vida tiene un interés general. Como dice la profesora María del Mar López Talavera (1998), *“el adelanto científico y los descubrimientos técnicos de estos últimos años, por lo que se refiere a la captación de sonidos e imágenes, grabación y posterior reproducción, abren una brecha muy peligrosa contra el derecho a la intimidad y vida privada”*⁷⁶. Pero este peligro no puede subsanarse de ninguna manera vulnerando otro derecho como es el de información, por lo que aquí, de nuevo, se deberá de hacer un juicio de preponderación entre qué derecho de los dos ha de prevalecer. Imaginemos un accidente de tráfico que deja como víctima al Primer Ministro de un cierto Estado. Se presenta en este caso, por un lado el derecho del Primer Ministro a preservar su vida privada o su círculo íntimo y por otro, el derecho de los ciudadanos de ese estado a obtener información sobre el estado de su máximo representante. Aquí se muestra muy esquemáticamente una colisión entre dos derechos fundamentales sin que haya una doctrina uniforme que establezca cual prevalece. Aunque bien es cierto que, como pasa con el derecho al honor, existe una posición prevalente entre el derecho a informar y ser informado frente al derecho a la intimidad. Esta prevalencia no faculta un ejercicio arbitrario del derecho de información sino que *“para que esa superioridad pueda hacerse efectiva, es necesario que el derecho de información sea ejercitado conforme a sus altos fines y dentro de las exigencias que le impone su propia naturaleza”*⁷⁷. Son diversos autores los que se han posicionado a favor de esta postura. Entre los que encontramos a Fernando Mantovani (1970), que da la posibilidad de que la intimidad del individuo sea sobrepasada si es

⁷⁵ STC 106/2011, de 20 de junio, FJ3

⁷⁶ LOPEZ TALAVERA, M.M y BARROSO ASENJO, P: *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Ed. Fragua, Madrid, 1998, págs.124-125.

⁷⁷ NOVOA MONREAL, E: *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, México, 1979, pág 181.

“por razón de un interés público”, directo o indirecto⁷⁸. Otro autor que sigue la misma dirección es Giovanni Bovio al afirmar que el derecho de información “*debe prevalecer, cuando ella es veraz y responde al interés público*”⁷⁹. Una visión intermedia es la que tiene la autora Aurelia María Romero que afirma que el derecho a la intimidad no es base para prohibir una publicación de información de interés general pero a la vez que afirma que la información puede lesionar el derecho a la intimidad privada en el momento en que se pone en conocimiento al público hechos de la vida privada de una cierta persona que ha querido mantener apartados a los demás individuos⁸⁰. El último autor fija cuando debe prevalecer el derecho a la información y cuando el derecho a la intimidad en el que tiene la prevalencia:

Otro aspecto que ha de tenerse en cuenta en el estudio del derecho a la intimidad es la prevalencia del derecho de la información sobre los derechos que lo limitan, cuando la motivan razones de interés público o por el protagonismo público de la persona noticiable. En cambio, el derecho a la intimidad ha de prevalece cuando la información no tiene interés general.

Deducimos de lo anterior que, ante la colisión de un derecho personal de carácter íntimo con un derecho de interés general, prima el derecho a la información pero en sentido general, ya que habrá que estudiar caso por caso cada controversia. De esta forma, hay diversos criterios que se establecen para establecer la prevalencia ante colisión de derechos⁸¹:

- a) Criterio del derecho natural: si el derecho a la intimidad y el derecho a la información fuesen derechos naturales no podrían ser ni incompatibles ni opuestos. Si se diera el caso que uno de los dos fuese de ley natural y el otro no, prevalecería el natural. No es el caso que nos ocupa, pues ambos derechos son de derecho positivo.
- b) Criterio de la primacía del bien común frente el bien personal o de un individuo concreto. Si caracterizamos el derecho a la intimidad como un derecho individual y el derecho a la información como un derecho de interés general, es claro afirmar que

⁷⁸ MANTOVANI, F: *Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi*, Giuffrè Editore, Milano, 1970, pág. 440.

⁷⁹ BOVIO, G: *Il diritto alla riservatezza e la sua tutela oenale*, Giuffrè Editore, Milano, 1970, págs.. 175-176.

⁸⁰ ROMERO COLOMA, A.M: *Derecho a la intimidad a la información y proceso penal*, Editorial Colex (Constitucion y Leyes, S.A.), Madrid, 1987, págs. 87-90.

⁸¹ LOPEZ TALAVERA, M.M y BARROSO ASENJO, P: *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Ed. Fragua, Madrid, 1998, págs.131-134.

prevalecerá el segundo frente al primero. Son interesantes las palabras del autor Eduardo Novoa:

Hay situaciones especiales en las que hechos íntimos de un ser humano despierta un legítimo interés de la sociedad por conocerlos. Son estas las que nos proponen un auténtico problema de colisión de derechos, porque precisamente en ellas el individuo cuya intimidad está en juego querrá oponer su derecho personal en contra del derecho de tener información veraz y completa que reclaman los componentes del cuerpo social. Por la inversa, la sociedad querrá invocar un derecho a contar con información sobre todo aquello que pueda serle de interés, por sobre el interés del particular afectado.

Por consiguiente, cuando el derecho de información se ejerce procurando un cuidadoso respeto del derecho a la vida privada y, no obstante ello, subsiste un interés general de la sociedad para conocer hechos, actividades o manifestaciones personales que corresponden a la vida privada de un individuo, llega el instante en que el derecho a la vida privada deba ser sacrificado en aras del interés general.

- c) Criterio de derechos humanos: prevalecerá el derecho con carácter de Derecho Humano. Aquí ambos están recogidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁸², el derecho a la intimidad en el artículo 12 y el derecho a la información en el 19. Hay autores que dicen que el orden de los artículos está establecida de forma preferente, en el sentido en que el artículo 1 prevalece sobre el 2 y así correlativamente. Por lo que si debiéramos hacerle caso a esos autores, según este criterio prevalecería, al ser los dos derechos humanos, el derecho a la intimidad.
- d) Criterio de derechos absolutos y relativos: no siendo ninguno de los dos derechos absolutos, debemos de enjuiciar cual es la intensidad de relatividad de cada uno, pudiendo existir entre uno y otro una diferencia cualitativa y cuantitativa.
- e) Criterio de individualidad (derecho a la intimidad) y sociabilidad (derecho a la información), según este criterio, que guarda cierta semejanza con el criterio de la primacía del bien común frente el bien personal, prevalece el derecho de la información. Debemos de tener en cuenta la afirmación que hizo al respecto

Eduardo Novoa (1979)

El derecho a la vida privada, aunque tenga por finalidad la protección jurídica de una manifestación de la personalidad por el hombre, mira solamente al ser humano en lo individual. Si la sociedad se interesa en ese derecho a través de leyes y compromisos formales de carácter internacional, es únicamente porque la sociedad debe procurar también lo que es bueno para cada uno de sus miembros.

⁸² Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). Paris.

En cambio, el derecho de información en sus dos aspectos es algo que interesa a la sociedad como tal, en cuanto de este derecho derivan beneficios que recaen sobre la sociedad misma, aparte de los que alcanzan, asimismo, a los miembros que la componen.⁸³

Visto todo lo anterior parece obvio afirmar que, salvo ciertos supuestos en los que la información no sea veraz o no responda a un interés público, tiene primacía el derecho a la información por ser este un derecho de interés común, garante de un Estado democrático.

4.1.3. El derecho la propia imagen

Entendemos por imagen la “*reproducción del aspecto físico de una persona mediante cualquier procedimiento (fotografía, dibujo, pintura, etc.)*”⁸⁴. Para que nos quede clara la definición debemos de distinguir entre lo que es la imagen y la reproducción de la figura. De esta forma, el autor Gitrama da su definición de imagen diciendo que “*sólo entendiendo la imagen como reproducción o representación de la figura humana en forma visible y reconocible y no como la misma figura en sí, pensamos que es posible hablar de un derecho a la propia imagen*”⁸⁵. Lo que quiere decir que el sujeto titular del derecho a la imagen debe verse y puede ser reconocido mediante esa imagen.

Hoy en día, la mayor parte de los juristas consideran el derecho a la imagen como un derecho a la personalidad, así también lo reza el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982. Otros pocos aseguran que se trata de un derecho de propiedad intelectual, ya que, al no considerar la imagen como algo independiente, niegan que pueda ser objeto de derecho. Así se pronunció el jurista Nicolas Coviello (1938), al afirmar que “*una persona no tiene derecho alguno sobre su propia imagen; en cambio, en el caso en que esa imagen aparece en un cuadro, estatua o placa fotográfica, ella pasa a ser materia del derecho de autor*”⁸⁶. Sin embargo, como hemos dicho anteriormente, la doctrina mayoritaria sostiene su carácter de derecho de la personalidad, “*que es aquel derecho que concede un poder a las personas para proteger la esencia de su personalidad y sus*

⁸³ NOVOA MOREAL, E: *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, Ed. Siglo Veintiuno Editores, México, 1979, pág 188

⁸⁴ ALBADALEJO GARÍA, M: *Derecho Civil, Parte General*, Vol. II, 5ª edic., 1977, Barcelona, pág. 60.

⁸⁵ GITRAMA GONZALEZ, M: *Derecho a la propia imagen*, Nueva Enciclopedia Jurídica, Ed. Seix, Vol. XI, Barcelona, 1962, pág. 304.

⁸⁶ Nicolas Coviello, *Doctrina general de derecho civil*, México, 1938, pág. 29.

más importantes cualidades”⁸⁷. El derecho a la propia imagen es un derecho elevado por la constitución a fundamental y es un derecho específico e independiente a los demás derechos de la personalidad (como veremos más adelante);

al que las exigencias y las formas de vida social moderna han debido limitar, en aras de la libertad general y de una convivencia más amplia y fácil, transformándolo únicamente en un derecho negativo, consistente en la posibilidad de su titular de manifestar su rechazo expreso a que su imagen sea conservada por otro. A falta de ese rechazo ha de entenderse que cualquiera puede captar imágenes ajenas en lugares públicos, sin otra restricción que las necesarias para el respeto de otros derechos del hombre⁸⁸

Junto a la definición, debemos de conocer las características que conforman un derecho tan peculiar como es el de la propia imagen. Así, la Ley 1/1982 lo configura en su artículo primero como un derecho *“irrenunciable, inalienable e imprescriptible”*⁸⁹. Irrenunciable en cuanto a que su titular no puede rechazar la titularidad de este sujeto, al tratarse de un derecho personalísimo. Término relacionado con la segunda característica, haciendo referencia la palabra inalienable a que este derecho no podrá transmitirse a un tercero. E imprescriptible en cuanto a que este derecho no prescribe con el paso del tiempo.

Otras características se las otorga el jurista Cesar Molinero, al afirmar que este es un derecho innato, ya que surge con el mero nacimiento de su titular, absoluto en cuanto a que debe ser respetado por todos (es oponible erga omnes) y reconocido jurídicamente. También afirma que es un derecho *“preeminentemente moral”*, al salvaguardar esencialmente contenidos éticos e inamisible mortis causa ya que, aunque la imagen muere con la persona, la memoria debe ser amparada por el derecho.⁹⁰

Sabiendo el concepto de imagen, debemos conocer qué engloba el derecho a la imagen como derecho de la personalidad que, como a veces se ha malentendido, este derecho no abarca la opinión que se tiene de la persona o “la buena imagen”, encajándose esta erróneamente en el derecho a la imagen y perteneciendo, como hemos visto anteriormente, al derecho al honor.

⁸⁷ LOPEZ TALAVERA, M.M y BARROSO ASENJO, P., *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Ed. Fragua, Madrid, 1998, pág.151

⁸⁸ NOVOA MONREAL, E: *Derecho a la vida privada y libertad de información: un conflicto de derechos*, Ed. Siglo Veintiuno, México, 1979, pág. 71.

⁸⁹ Artículo 1 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁹⁰ MOLINERO SANTAMARIA, C: *La información y los derechos personales*, Ed. Dirosa, Barcelona, 1977, pág 48-49

Una afirmación clave sobre el ámbito de protección de este derecho nos la da la STC 117/1994 al afirmar que este derecho

garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona⁹¹

La sentencia 27/2020 nos explica de una manera comprensible la proyección de este derecho, al decir que el mismo

Está dirigido a proteger su vida privada y familiar, lo que engloba su dimensión moral y también social, atribuyéndole dos facultades primordialmente: la de decidir qué información gráfica formada por sus rasgos físicos puede tener difusión pública y, la segunda, la de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de cualquier persona no autorizada fuera cual fuese la finalidad perseguida por esta [...]

En este sentido, hemos de volver a insistir en que el aspecto físico, en tanto que instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como persona, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo [...] Esto significa que la regla primera para lograr la protección de este derecho fundamental consiste en que para poder captar, reproducir y/o publicar la imagen de una persona es indispensable su consentimiento inequívoco, siendo excepcionales los supuestos en los que no se requiere dicha autorización y que aparecen contemplados en la Ley Orgánica 1/1982⁹²

Lo que nos quiere decir que el derecho a la propia imagen se configura en primer término como derecho positivo al darle la facultad de elección a su titular sobre qué imagen suya puede ser difundida y en segundo término como un derecho negativo al prohibir al resto de sociedad no autorizada a que puedan difundir o reproducir por cualquier medio su propia imagen. Surge pues una facultad o derecho de exclusión erga omnes, o lo que es lo mismo contra todo aquel que no tenga autorización (consentimiento inequívoco) o haya sido facultado por la ley. Dicho consentimiento constituye una cesión parcial de las facultades que el derecho otorga, sin que esto suponga una renuncia de tal⁹³.

⁹¹ STC 117/1994, de 25 de abril, FJ3

⁹² STC 27/2020, de 24 de febrero, FJ2

⁹³ ESTRADA ALONSO, E: *El derecho a la imagen*, en Act. Civil, 1990, pág. 357

El consentimiento deberá de otorgarse de forma expresa y podrá ser a título oneroso o gratuito. Salvo que se pacte un tiempo concreto, se entiende dado hasta su revocación expresa. Al hablar la jurisprudencia de “consentimiento inequívoco” y la ley de “consentimiento expreso”, entendemos que el consentimiento tácito no cabe en nuestro ordenamiento con relación a la imagen, brindando así su protección jurídica. Una excepción es la que establece una Sentencia del TS *“estando la imagen de la fotografía en una clara posición de posar, lleva necesariamente a la convicción de que la actora dio su consentimiento al fotógrafo para la obtención de la misma”*⁹⁴. El consentimiento puede ser pleno, es decir, consentimiento otorgado para la obtención, reproducción y publicación de la imagen o puede otorgarse para solo uno de estos tres actos. Pues el pose que hemos conocido antes supondría un consentimiento tácito de la obtención de una imagen pero no podría considerarse literalmente consentimiento válido para su publicación. Por lo que debemos de tener tres afirmaciones claras al respecto que encuentran su apoyo en la jurisprudencia:

-El consentimiento para ser fotografiados no nos ha de llevar a deducir que implícitamente haya dado también su consentimiento para la publicación de las fotografías⁹⁵

-El consentimiento para la publicación de una imagen otorgado a un cierto medio de comunicación no implica que se preste el consentimiento para que la imagen sea publicada en otros medios.⁹⁶

-El medio de comunicación autorizado no puede utilizar la imagen para fines distintos a los pactados con el titular del derecho a la imagen.⁹⁷

En cuanto a su titularidad, como cualquier derecho sobre la personalidad, la posee el sujeto de que la imagen se trate. La persona titular es quien posee ese derecho, tanto negativo como positivo, sobre su propia imagen. Por lo que será el legitimado ante los Juzgados a obtener una protección jurisdiccional frente a una actuación lesiva de un tercero contra su imagen. Aquí nos encontramos ante varias dificultades sobre la titularidad, dificultades que ya resolvimos igualmente en los derechos al honor y a la intimidad.

⁹⁴ STS 9701/1988, de 3 de noviembre, FJ2.

⁹⁵ STS 830/2006, de 22 febrero.

⁹⁶ STS 138/2004, de 24 de diciembre.

⁹⁷ STS 311/2010, de 2 de junio.

En primer lugar, las personas con relevancia pública verán limitada su protección jurisdiccional si la toma de su imagen se ha producido en un acto o lugar público o si consiste en una caricatura, tal y como establece el artículo 8.2 en su apartado a) y b) de la ley que venimos estudiando⁹⁸. De esta manera, la ley protege la intimidad de las personas con proyección pública pero de una manera menos estricta que la de una persona anónima ya que se entiende que han decidido ceder parte de su imagen en virtud de su fama. La cuestión aquí es qué es lugar público, porque hay sitios obvios que se consideran privados (la casa del propio titular, un hotel, etc.) pero hay otros sin embargo que se pueden considerar dudosos y que los tribunales deberán de resolver. Así, un caso peculiar es el que resolvió la sentencia 1100/2008 del Tribunal Supremo, que declaró el interior de un vehículo como zona privada⁹⁹. También otro requisito es que exista un interés general, pues aunque el supuesto encaje con lo establecido por la ley 1/1982 (personaje público en sitio publico), si la imagen no satisface un interés general, deberá considerarse como intromisión ilegítima en el derecho a la imagen. Así lo consideró la STC 139/2001, en la que, a pesar de ser un personaje famoso en una cacería en Kenia (lugar público), considero que las imágenes constituían un *“documento personal de carácter estrictamente privado y familiar”*¹⁰⁰, por lo que falló en beneficio de su titular. El segundo supuesto del artículo octavo de esta ley también está relacionado con las personas con relevancia pública y hace referencia a *“la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social”*¹⁰¹. La primera cuestión que aquí surge es la delimitación del concepto de caricatura. Para resolverla nos ayuda la STC 23/2010 que la define como *“creación satírica realizada a partir de las facciones y el aspecto de alguien, deformando su realidad”*¹⁰²

Otro problema que ya resolvimos con los otros dos derechos es cuando se trata de personas jurídicas, ¿tienen las personas jurídicas imagen? Teniendo en cuenta la definición que hemos venimos forjando sobre imagen, entendiéndola como reproducción del aspecto físico de una persona y, que los derechos sobre la personalidad solo pertenecen a personas físicas, creemos que el derecho a la imagen se reserva a personas físicas, excluyendo de su regulación a las personas jurídicas.

⁹⁸ Artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁹⁹ STS 1100/2008, de 13 de noviembre.

¹⁰⁰ STC 139/2001, de 18 de junio, FJ5.

¹⁰¹ Artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

¹⁰² STC 3/2010, de 27 de abril, FJ5.

En el supuesto de que fallezca el titular del derecho a la imagen nos vemos ante el mismo supuesto que tratamos en el derecho al honor y a la intimidad, pues los tres conforman derechos sobre la personalidad y se entiende la extinción de estos simultánea a la muerte. Así reza el artículo 32 del Código Civil al afirmar que la personalidad se extingue con la muerte. Aquí ya no hablamos sobre derechos de la personalidad, sino de una prolongación de estos que deberá de ser tutelada por el ordenamiento. La protección de la memoria del difunto engloba la protección de los tres derechos del 18.1 constitucional.

Aunque la protección a la imagen constituye un derecho autónomo, sería imposible analizarla sin hablar de los demás derechos de la personalidad, ya que el fundamento del derecho a la imagen es la dignidad de la persona, siendo esta el principio que inspira a todos los derechos de la personalidad. Toda la doctrina moderna hace incidencia en que son tres derechos autónomos o distintos, aunque bien es cierto que pueden darse casos en los que una conducta vulnere a dos derechos o incluso tres simultáneamente. Hay autores que consideran que el contenido del derecho a la propia imagen se acerca susceptiblemente en la jurisprudencia al contenido del derecho de intimidad¹⁰³, idea demostrada por la sentencia 170/1987 del TC que alega que “*en este ámbito de la intimidad, reviste singular importancia la necesaria protección del derecho a la propia imagen*”¹⁰⁴, pero como venimos reiterando, son derechos autónomos. En modo resumido, el autor Lluís Carreras nos dice que

Todos han de poder oponerse a la difusión de su imagen o a controlar su comercialización, ya que entra en el ámbito de su privacidad o de su consideración social, o si se quiere, de su patrimonio privado. No hace falta que esta divulgación suponga un descrédito de su honor, ni una intromisión ilegítima en su intimidad, si bien las dos lesiones pueden presentarse juntas. La sola publicación de su imagen sin consentimiento previo supone una intromisión en la vida privada, y, en consecuencia, una lesión al derecho a la imagen¹⁰⁵

Una vez llegados a este punto, estamos capacitados para tratar el tema objeto de estudio o en otras palabras, cómo el derecho a la propia imagen actúa siendo uno de los límites de la libertad de expresión o información. En el caso del derecho al honor vimos como de esta tarea se encargaban las injurias y las calumnias, figuras que dependen de

¹⁰³ RUIZ MIGUEL, C: *La configuración constitucional del derecho de intimidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 112

¹⁰⁴ STC 170/1987, de 30 de octubre, FJ4

¹⁰⁵ DE CARRERAS SERRA, L: *Régimen jurídico de la Información*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, pág. 84.

la forma en la que se manifestasen limitarían la libertad de expresión. En el derecho a la intimidad vimos de otra parte cuatro criterios que se siguen para establecer la prevalencia entre los dos derechos. En el caso que nos ocupa debemos de tener en cuenta diversos puntos de vista. Hay autores que afirman que, al considerarse la información como un servicio y derecho público, deberá de prevalecer sobre el derecho sobre la imagen ya que este es un derecho individual o personal, este puede ser un criterio válido de prevalencia.

Aquí caben menos criterios interpretativos al haber unos requisitos tasados para que esa intromisión en la imagen de una persona sea lícita. Para conocer en qué casos actúa el derecho a la propia imagen como un límite a la libertad de expresión, debemos de remitirnos a lo visto ya. El primer requisito que debemos mencionar y ya lo hicimos con anterioridad es el consentimiento. No constituirá una intromisión ilegítima contra el derecho a la imagen cuando su titular haya dado su consentimiento. Recordemos que este consentimiento ha de ser expreso y deberá hacer referencia a las tres etapas vistas (obtención, reproducción y publicación), faltando este estaríamos ante una intromisión ilegítima en la imagen de un cierto sujeto. Después deberemos examinar si el titular es persona con relevancia pública o no, puesto que de serlo, la protección de su imagen será inferior. Si no se ha dado el consentimiento y se trata del caso de un personaje público en un lugar público, esta intromisión también es legítima al estar amparada por el ya estudiado artículo 8 de la ley 1/1982. En cuanto a la ponderación, que creemos que el Juez aquí tiene menos libertad, al estar tasados unos requisitos que de no darse, será considerada la acción como intromisión ilegítima. Cuando surge un conflicto de derechos entre la libertad de expresión y el derecho a la imagen, se deberá apreciar con qué intensidad se ha dañado el derecho a la imagen. Para ello, se debe de determinar la finalidad de la publicación o divulgación de la imagen. También se deberán de estudiar las actuaciones previas del sujeto titular, para así comprobar si hay circunstancias que justifiquen la actuación.

4.1.4. Protección jurídica de los derechos al honor, intimidad y propia imagen

Como bien venimos afirmando y a modo de resumen, la protección de estos derechos se consagra en el artículo 18 Constitucional. Consagración que hace que estos tres derechos se eleven a fundamentales al estar dentro de la Sección Primera del Capítulo Segundo del Título Primero de la Carta Magna. Al tratarse de derechos

fundamentales, estos deberán de gozar de una especial protección jurídica, pues garantizar la integridad de los derechos fundamentales es un deber de todo estado democrático. Así, y teniendo en cuenta la doble naturaleza de los derechos fundamentales, se ha venido vertebrando nuestro ordenamiento jurídico en aras de protección de este precepto constitucional.

En relación con la naturaleza objetiva de los derechos fundamentales, el TC nos dice que

los derechos fundamentales son los componentes estructurales básicos, tanto del conjunto del orden jurídico objetivo como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores, que por decisión del constituyente, ha de informar el conjunto de la organización jurídica y política; son, en fin, como dice el artículo 10 de la Constitución, “el fundamento del orden jurídico y de la paz social”¹⁰⁶

Es decir, que los derechos fundamentales son *il capo dei capi* de nuestro ordenamiento, dando inspiración al resto de ordenamiento jurídico objetivo. En cuanto a la naturaleza subjetiva “*los derechos fundamentales protegen un determinado bien jurídico, facultad o posibilidad de actuación de cada persona individualmente considerada y genera en ésta, en caso de violación, la posibilidad de recabar de los órganos judiciales su protección*”. Esto nos ayuda a entender la necesidad de extender el campo de protección de estos derechos, ya que la Constitución se limita expresamente en su artículo 18 a garantizar estos tres derechos. El individuo necesita de una regulación compleja de sus derechos fundamentales para así, en caso de vulneración, poder acudir a los órganos judiciales en aras de la seguridad jurídica ciudadana.

Por lo anteriormente expuesto, es obvio que el constituyente deja un amplio criterio interpretativo a la jurisprudencia sobre el artículo 18 y se precisan de leyes que complementen y den valor práctico a este precepto. En este sentido, y como ya hemos visto a lo largo de este trabajo, existen leyes orgánicas encargadas de tutelar estos derechos fundamentales.

Entre ellas encontramos, en primer lugar y la más genérica, la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, protege civilmente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Como también dijimos con anterioridad, el derecho al honor está

¹⁰⁶ STC 53/1985, del 11 de abril, FJ4.

protegido penalmente a través de los delitos de injurias y de calumnias. Pero existen otras leyes que regulan estos tres derechos como son la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de datos de carácter personal y, entre otras, la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que la estudiaremos a continuación como otro límite a la libertad de expresión)

4.1.5. Caso Ortega Cano contra la revista Mongolia.

Como bien sabemos, ninguna vulneración de los derechos de la personalidad está penada con pena privativa de libertad. Pues en este sentido, la condena que se le impuso a la revista Mongolia fue de 40.000€ por vulnerar el derecho al honor y a la propia imagen del torero Ortega Cano. La STS 4217/2020 fue la encargada de establecer un juicio de ponderación entre la libertad de expresión de la revista Mongolia y el derecho al honor y a la propia imagen este torero por una portada en la que se publicitaba un espectáculo musical a través de carteles con la imagen, en forma de fotomontaje, del demandante (Ortega Cano), acompañada de expresiones que lo ridiculizaban. Así la sentencia describe la portada de la revista satírica de la siguiente forma

la entidad Editorial Mongolia S.L. (en adelante EM), propietaria de la revista humorística "Mongolia", elaboró y autorizó la difusión de un cartel titulado "Mongolia Musical 2.0" que mostraba un fotomontaje conformado por la cara del exmatador de toros Cayetano y el cuerpo de un extraterrestre sosteniendo entre sus manos un cartel con el texto "antes riojanos que murcianos" y diciendo "Estamos tan a gusto...", todo ello sobre un fondo en el que se veía un platillo volante en un paisaje aparentemente no terráqueo y acompañado de la leyenda "Viernes de dolores...sábados de resaca"¹⁰⁷

Pues bien, como bien dice la Sentencia, el exmatador de toros es públicamente conocido no solo por haber sido torero y por haber estado casado con la cantante fallecida Rocío Jurado, sino también por su reciente paso por prisión al ser responsable de "*un delito de homicidio imprudente y otro de conducción temeraria con niveles de alcohol muy superiores a los permitidos*" como reza la sentencia objeto de estudio en su Fundamento Jurídico Primero.

¹⁰⁷ STS 4217/2020, del 15 de diciembre, FJ1.

También la sentencia, y como no podía ser de otra forma, pues es un requisito indispensable para que se considere ilegítima la intromisión, hace referencia expresa a que Ortega Cano nunca autorizó la publicación de su imagen en esta revista. En este sentido, la sentencia que nos ocupa menciona el caso en que la ponderación sea de dos derechos (derecho al honor y a la propia imagen) contra uno (libertad de expresión), haciendo referencia para tal a la STS 11/2014 que dice que *“si la publicación de la imagen de una persona afecta a su derecho a la propia imagen pero también a su derecho al honor o a su derecho a la intimidad, el desvalor de la conducta enjuiciada aumenta”*¹⁰⁸. En cuanto a la finalidad del cartel de la revista objeto de litigio, la sentencia que condena finalmente a la revista Mongolia en su Fundamento Jurídico Cuarto hace referencia a que

esa supuesta intención crítica no se refleja en el cartel enjuiciado, pues la composición fotográfica en la que se pretendía centrar la atención del público no se integraba en ningún artículo informativo o de opinión sobre el demandante (esto es, dirigido a comunicar hechos veraces de interés general sobre su persona o a expresar valoraciones subjetivas o juicios de valor en torno a su persona o comportamiento) sino que, como declaran las sentencias de las dos instancias, se usó única y exclusivamente para publicitar un espectáculo musical y, por lo tanto, como mero reclamo para vender entradas y buscando el beneficio económico de EM.

Concluye el Tribunal diciendo que la imagen de Ortega Cano no se utiliza para un fin de informar, sino con un fin publicitario para el que nunca obtuvo la revista el consentimiento de su titular. Por lo que justifica la existencia de una intromisión ilegítima en la imagen del torero.

Por otro lado, y en lo relativo al honor del demandante, la Sentencia dice que tanto la imagen como los textos centran la atención del lector en la adicción del torero al alcohol, *“reviviendo así un episodio de su vida por el que ya había cumplido condena, y en definitiva atentando contra su dignidad”*.

Por lo que en el fallo de la Sentencia que estamos estudiando, se condena a la revista Mongolia como autora de un delito contra el honor y la propia imagen del torero Ortega Cano con el pago de 40.000€ al demandante en concepto de indemnización.

4.2. Protección de la juventud y de la infancia

¹⁰⁸ STS 11/2014, 22 de Enero, FJ8.

La Constitución española en su artículo 20 garantiza la libertad de expresión. Derecho que nos lleva ocupando a la largo de este trabajo junto a sus límites. El mismo precepto afirma que la libertad de expresión y de información encontrará sus límites, entre otros en el derecho “*a la protección de la juventud y de la infancia*”. Por lo que la libertad de difundir y expresar libremente las opiniones, pensamientos e ideas tiene, entre otros, el límite de preservar la intimidad de los jóvenes. También el artículo 39 de la constitución, en sus dos últimos apartados protege de alguna manera a los menores al afirmar que “*los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda*” y que “*los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos*”¹⁰⁹. Protección constitucional que se viene articulando a través de numerosas leyes en nuestro ordenamiento. En este sentido, el artículo 19 del Código penal afirma que los menores de dieciocho años no tendrán responsabilidad penal.

La protección del menor encuentra su legitimidad al tratar a estos como sujetos fácilmente vulnerables. Históricamente esta protección se ha hecho en aras de la ética y la moral pero con el paso de los años se ha ido consolidando una doctrina a favor de los ordenamientos jurídicos mundiales en virtud de la protección del menor de edad.

La ley que más trascendencia tiene en lo que corresponde a la protección del menor en nuestro ordenamiento jurídico es la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que dice en su artículo 2 que “*todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado*”¹¹⁰. Se consagra este límite encontrando su fundamento en que no se puede ni debe hacer públicos los nombres ni imágenes del menor de edad que ha delinquido pero, ¿dónde encuentra esta afirmación su legitimidad? Pues apoyándonos en lo estudiado, esto supondría una intromisión ilegítima en la imagen del menor, a la vez que se vulnera su derecho al honor y a la intimidad, que recordemos que los tres derechos tienen como titular a todo el mundo según la CE. Así, el TC ha venido forjando en su jurisprudencia en reglas

¹⁰⁹ Artículo 39 apartados 3 y 4 de la Constitución Española.

¹¹⁰ Artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil

generales que la libertad de expresión cuando afecta a niños y a jóvenes encuentran su límite en la moral. Aquí pues surge una vez más una colisión entre un interés público (libertad de información) con un interés privado (derechos de la personalidad del menor). En los casos que hemos estudiado antes, prevalecería el interés público pues satisface a la sociedad, pero aquí nos encontramos ante un supuesto muy distinto. Así,

En este caso afirmamos que prevalece el segundo derecho (derechos del menor), ya que el primero, el interés social, está basado en una curiosidad general, mientras que el segundo, el derecho al honor, intimidad, etc., es un derecho fundamental de la persona que además se ve reforzado por la teoría de que es posible la readaptación y rehabilitación que podrían dificultar, o incluso impedir, la publicación en la prensa.¹¹¹

Otros autores sin embargo abogan por la prevalencia interés común, entre los que encontramos al abogado José María Desantes (1978) que afirma que

La actividad informativa en relación con los menores de edad impone, por eso, unos deberes deontológicos a informadores y empresas informativas, que se vierten en deberes jurídicos en cuanto que son exigibles, por ley o por cualquier otra fuente nomogenética de Derecho de Información. Naturalmente que estos deberes de atribución subjetiva personal respaldan unos derechos también personales atribuidos u condicionan los diferentes objetos o mensajes y los diferentes medios por los que se comunican.¹¹²

Entre una posición intermedia se encuentra el jurista Lluís de Carreras al decir que

La consideración de la protección de la juventud y de la infancia como un límite a las libertades de expresión y de información, al mismo nivel que el derecho al honor, la intimidad y la propia imagen hace pensar que, por analogía, se pueden aplicar, en caso de conflicto, los mismos principios y las mismas reglas de los derechos de la personalidad para evitar la intromisión ilegítima en este tipo de derechos. Pero dada la diferente naturaleza de estos derechos, la aplicación analógica se hace muy problemática¹¹³

Como vemos, doctrinalmente el pensamiento está muy dividido. La jurisprudencia del TC lo está menos, en el sentido de que ha establecido a través de sus sentencias un límite a la libertad de expresión en aras del interés del menor, aunque sería erróneo afirmar una prevalencia absoluta de este último frente a aquel primero.

¹¹¹ LOPEZ TALAVERA, M.M y BARROSO ASENJO, P: *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Ed. Fragua, Madrid, 1998, pág.173.

¹¹² DESANTE GUANTER, J.M: *Fundamentación jurídica del ordenamiento especial de la información juvenil e infantil*, Ministerio de Cultura, 1978, pág 79.

¹¹³ DE CARRERAS SERRA, L: *Regimen jurídico de la información*, Ed. Ariel, Barcelona, 1996, pág. 95

4.3. Discurso de odio

El Consejo de Europa en su Recomendación nº20 de octubre de 1977, intenta guiar a la legislación sobre el tema dando una definición que creemos que es completa, sobre el delito de odio. Así dice que

todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y cualquier otra forma de odio fundado en la intolerancia, incluida la que se exprese en forma de nacionalismo agresivo y etnocentrismo, la discriminación y hostilidad contra las minorías, los inmigrantes, etc.¹¹⁴

Estamos pues, ante un delito que también choca con la libertad de expresión, pues el hecho delictivo consiste en manifestaciones o expresiones. Nuestro ordenamiento sí castiga con pena privativa de libertad al sujeto activo del delito de odio con pena prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses. Así, el artículo 510 del Código Penal tipifica el delito de odio de la siguiente manera

Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.¹¹⁵

Este artículo tasa de manera expresa los motivos por los que la provocación debe producirse para que se de este delito, sin que quepa la aplicación de este tipo penal a otros temas por analogía. Aquí es obvio que se pretende tutelar otro derecho fundamental como es el de no discriminación, consagrado en el artículo 14 de la constitución. Pues se trata de garantizar la igualdad de todos sin que quepa discriminación alguna por motivos de *“nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*¹¹⁶. Otra cosa que nos deja ver el artículo 510 del Código Penal es que se requiere, para que se dé el tipo penal, que la acción se realice públicamente. Interpretación obvia y clara, si se dan los demás requisitos pero en un ambiente privado, no cabe la aplicación de este tipo penal.

¹¹⁴ Consejo de Europa Recomendación nº 20, de 30 de Octubre de 1997.

¹¹⁵ Artículo 510 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹¹⁶ Artículo 14 de la Constitución Española.

Una afirmación, en forma de Voto particular, que debemos de tener en cuenta respecto de lo que separa a otros delitos de información con el delito de odio es la que hace el magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón en la STC 192/2020, y dice que

La libertad de expresión sobre asuntos de interés general es la esencia de la democracia. Por lo que la utilización de sanciones penales privativas de libertad frente al ejercicio de este derecho constitucional no resulta proporcionada ni necesaria en una sociedad democrática para la protección exclusiva de unos sentimientos íntimos supuestamente ofendidos, cuando dicha libertad se ejercita pacíficamente, y sin incitación al odio ni a la violencia.¹¹⁷

Este considera desproporcional la imposición de penas privativas de libertad a los delitos de expresión, pero a su vez establece una salvedad; que dicha expresión se ejercite sin incitación al odio ni a la violencia, entonces si cabría pena privativa de libertad.

Relacionamos el discurso de odio con la libertad de expresión, además de por el número elevado de veces que se han enfrentado, porque el primero es un límite del segundo, es decir, surge el primero cuando usamos de manera errónea el derecho a la libertad de expresión, sobrepasando los límites que esta ampara. La indudable libertad de expresión que ha de estar presente en todo estado democrático a veces puede vulnerar la autonomía y voluntad de los sujetos de una comunidad, en especial de los grupos sensibles que se pueden ver atacados por discursos que incitan a la exclusión, la violencia y al odio. La protección de estos grupos, mediante la penalización de estos discursos, limita de algún modo a la libertad de expresión, pues como sabemos no es un derecho absoluto y debe encontrar unos límites cuando entre en disputa con algún otro derecho.

Nuestro Tribunal Constitucional, ante esta controversia ha ido consolidando una jurisprudencia en la misma línea, en el sentido que ha ido dando forma al conocido *principio del daño*, consistente en distinguir entre las expresiones que lesionen de forma efectiva otros bienes jurídicos, en la que su restricción sería legítima, de las expresiones que por mucho que no sean dignas de respeto para la moral en una sociedad plural y

¹¹⁷ Voto particular del magistrado don Cándido Conde-Pumpido Tourón en la STC 192/2020, de 17 de diciembre.

abierta, se deberán de ver amparadas por el derecho constitucional a la libertad de expresión por no revestir de especial gravedad.¹¹⁸

En cuanto a la ponderación para establecer la primacía entre ambos derechos se debe de atender a unas pautas que ha ido estableciendo el TC. En primer lugar, se ha excluido del ámbito de protección cuando se trate de hechos históricos “*las manifestaciones vilipendiadoras, racistas o humillantes*”¹¹⁹, basándose en una sentencia que afirma que

el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean¹²⁰

Esto nos quiere decir que deberá de protegerse la dignidad de todo un pueblo y una etnia limitando el derecho a la expresión, pues un pueblo lo componen sujetos titulares del derecho a la dignidad, que ha de prevalecer, según la doctrina frente a las expresiones racistas o humillantes. Como ya estudiamos, la libertad de expresión no ampara el derecho al insulto, entendido como expresiones vejatorias, ofensivas o humillantes, o injuriosas no necesarias para poder expresarte en libertad. Pues bien, este contexto se ha extendido mas allá en los supuestos en los supuestos que inciten al odio, aquí bastará con un juicio sobre la intención y el contenido racista para excluir esta manifestación del ámbito de protección que la Constitución ofrece a la libertad de expresión¹²¹. En este contexto, el Alto Tribunal afirma que tampoco se podrá refugiar bajo el amparo de la libertad de expresión “*la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas*”¹²² esta afirmación también nos podrá servir mas adelante con el delito de enaltecimiento del terrorismo. El contexto de esta última sentencia es el Holocausto de la población judía que se dio en la Alemania nazi durante el gobierno del III Reich.

¹¹⁸ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ4.

¹¹⁹ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ5.

¹²⁰ STC 214/1991, de 11 de noviembre, FJ8.

¹²¹ Ibid .

¹²² STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ 5.

En segundo lugar, tomándonoslo como segunda pauta, el TC no recogerá bajo el paraguas de la libertad de expresión aquellas expresiones incitadoras a determinados delitos graves. De esta forma ha separado dos supuestos, en el primero de ellos, el Tribunal avala por castigar la incitación indirecta a la comisión de delitos como el genocidio o el terrorismo. Para tal castigo se requiere que exista una peligrosidad genérica y una idoneidad débil como forma de incitación¹²³. En el segundo supuesto, el Constitucional afirma que no entra dentro de la libertad de expresión aquellas manifestaciones que tiendan a provocar a la discriminación, odio o violencia. Para tales conductas el mismo Tribunal requiere que estas representen *“un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación”*¹²⁴

Por último, el Tribunal Constitucional no protegerá aquellos mensajes que *“incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos”*¹²⁵, bajo el amparo de la libertad de expresión.

Analizando lo anteriormente expuesto, la jurisprudencia del TC nos deja ver que ante conflicto entre libertad de expresión y la calificación de esa manifestación como delito de odio, se aboga por establecer el requisito del principio del daño para legitimarlo como limite a la libertad de expresión. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha podido fijar una serie de pautas en las que se reconocen una serie de límites a la libertad de expresión cuando los discursos inciten al odio.

Así, ante una colisión, el TC sigue una metodología lógica. En primer lugar, se dedica a identificar los bienes en conflicto, después estudia los criterios que permitirán decidir sobre la legitimidad constitucional de la injerencia en la libertad de expresión. Al aplicar el criterio limitador, el tribunal deberá de estudiar la proporcionalidad de cada caso concreto para ver en qué porción se ha respetado el contenido del derecho constitucional en juego como es la libertad de expresión.

Como hemos dicho, a la hora de ponderar habrá de atender al caso concreto y establecer un juicio de proporcionalidad. Así, cuando el mensaje de odio lesione el honor de las personas en el sentido de que se transmitan mensajes insultantes o

¹²³ STC 235/2007, de 7 de noviembre, FJ9.

¹²⁴ Ibid.

¹²⁵ STC 177/2015, de 22 de julio, FJ4.

humillantes contra una persona estaremos ante el supuesto de injurias, que ya estudiamos con anterioridad y al cual nos remitimos.

En el caso de que el mensaje sea amenazante se deberá de probar el efecto coactivo suficiente que se contiene en él para llegar a afectar a la libertad individual de una o varias personas. Esto exige enjuiciar las circunstancias concretas de cada caso y la repercusión real que ha tenido el mensaje sobre la víctima. La provocación a la realización de actos ilícitos también puede proscribirse en atención al peligro que generan. Aquí se amparara bajo el derecho a la libertad de expresión aquellos actos que no supongan un peligro cierto e inminente de que se cometan actos ilícitos.

Un caso mediático en España es el de Willy Toledo, que a través de la red social Facebook hizo estos dos comentarios por los que se le procesó, para que finalmente el Juzgado de lo Penal lo absolviese. Estos comentarios son:

me cago en el 12 de octubre. Me cago en la fiesta nacional (yo me quedo en la cama igual pues la música militar nunca me supo levantar). Me cago en la monarquía y en sus monarcas. Me cago en el "descubrimiento". Me defeco en los "conquistadores" codiciosos y asesinos. Me cago en la "conquista" genocida de América. Me cago en la Virgen del Pilar y me cago en todo lo que se menea. Nada que celebrar. Mucho que defecar. Boas noites.

Y

Yo me cago en dios y me sobra mierda para cagarme en el dogma de "la santidad y virginidad de la Virgen María". Este país es una vergüenza insoportable. Me puede el asco. Iros a la mierda. VIVA EL COÑO INSUMISO. Muy buenas y muy españolas tardes.

El Tribunal argumentó la absolución en que

resulta evidente que su objetivo no era la crítica u ofensa de los sentimientos religiosos, sino la Fiesta del doce de octubre y todos lo que implica la misma. En igual sentido, el segundo de los textos se publica el 5 de julio de 2017 fecha en la que se seguía un procedimiento judicial contra integrantes del llamado "Coño insumiso", a quien el acusado califica de compañeras. En el texto, utilizando el mismo lenguaje soez, vulgar, malsonante y provocador hace una defensa de sus compañeras y de lo que ellas estaban reivindicando. Es cierto que incluye en el mismo la expresión "me cago en dios, y me sobra mierda para cagarme en el dogma de la santidad y la virginidad de la Virgen María", pero resulta evidente que la finalidad del texto no es la ofensa de los sentimientos religiosos, sino la defensa de la actuación de las que él considera sus compañeras.

Se ha de tener en cuenta que las dos publicaciones se realizan por el acusado en su perfil social de Facebook, por lo que se entiende que iban dirigidas a sus seguidores, y personas que compartan las ideas del acusado y el gusto por su especial estilo literario.

Del tenor literal de las publicaciones y su contexto se evidencia la falta de educación, el mal gusto y el lenguaje soez utilizado por el acusado, y que caracteriza sus publicaciones, pero no acreditan por si solos la comisión por parte del mismo de un delito de escarnio contra los sentimientos religiosos por el que ha sido acusado.¹²⁶

Por lo que el Juzgado de lo Penal en este caso se justifica, para absolver a Willy Toledo de los delitos que se les imputaban, en que el autor no quiso ofender los sentimientos religiosos de los cristianos, sino que era una mera crítica a la festividad del día 12 de octubre y defender la libertad de expresión de las que él llama compañeras.

En este procedimiento también se le juzgo por una presunta obstrucción a la justicia, que también rechaza el tribunal en virtud del principio in dubio pro reo.

4.4.Enaltecimiento del terrorismo

El delito de enaltecimiento al terrorismo encuentra su legitimidad en la paz social y en la defensa del estado democrático y su regulación en el artículo 578 del Código penal, del que partiremos para analizar el tipo penal. Este nos dice que

El enaltecimiento o la justificación públicos de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 (de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo) o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares, se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses¹²⁷

En primer lugar, y como dicen algunos autores, este delito se encuentra en el Código Penal dentro de los delitos de terrorismo, una equivocación manifiesta ya que es más un delito de expresión que de terrorismo, pues es una manifestación de un pensamiento o idea. Siendo así la competencia para su conocimiento, enjuiciamiento y fallo *no debería corresponder a la Audiencia Nacional*¹²⁸. Este delito de expresión, a diferencia de los demás, sí que está penado con pena privativa de libertad. Pasando a

¹²⁶ SJP 11/2020, de 21 de febrero, FJ4.

¹²⁷ Artículo 578 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹²⁸ ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M.L. y FERNANDEZ HERNANDEZ, A: *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales [Recurso electrónico]*, Tirant lo Blanch, 7ª ed, Valencia, 2018 pag. 301

analizar el precepto penal, como podemos observar, se establecen dos conductas típicas, hecho también criticado por parte de la doctrina y jurisprudencialmente: *“en el mismo artículo, conviven dos figuras delictivas claramente diferenciadas [...] Tal vez la diferente acción típica y elementos que vertebran una y otra, hubiera aconsejado la tipificación separada en artículos diferentes”*¹²⁹

Dejando de lado la idoneidad de unir las dos conductas en un mismo precepto, en la primera, y en la que nos centraremos, es la del enaltecimiento o justificación pública de los delitos terroristas o de las personas que hayan cometido su ejecución. Esta se podrá manifestar a su vez, como vemos de manera explícita, de dos formas: enaltecer, que significa incitar o ensalzar y justificar que nos quiere decir, demostrar o tratar de probar la legitimidad de los actos terroristas. Para entender de una forma mejor la primera (enaltecer o justificar), debemos de hacer referencia al artículo 18 del CP, que nos define lo que es provocar y lo que es apología.

La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito

Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito¹³⁰

Otra afirmación a destacar es que este precepto solo castigará las manifestaciones públicas, excluyendo el ámbito de protección privado.

La segunda conducta típica del precepto penal es el de menosprecio o humillación a las víctimas y a sus familiares y guarda una estrecha relación con el delito de injurias que ya vimos con anterioridad. El delito de humillación o desprecio a las víctimas entendemos que constituye un tipo agravado del delito de injurias, pues mientras que las injurias solo se castigaran si son graves, la humillación o desprecio que tipifica el 578 CP no hace referencia, por lo que se entenderá cometido tanto con expresiones graves como leves.

¹²⁹ STS 224/2010, de 3 de marzo, FJ3.

¹³⁰ Artículo 18 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Otra característica que debemos añadir, teniendo en cuenta que cada vez nuestra vida está más digitalizada, es que con la nueva redacción del artículo 578 CP podemos ver que se endurecen las penas y se ha incluido un tipo agravado cuando la conducta se lleve a cabo mediante Internet u otro medio tecnológico. Su anterior redacción era más amplia, ya que el tipo incluía cualquier medio de difusión, entendiéndose en un sentido amplio.

El enaltecimiento al terrorismo actúa como límite a la libertad de expresión y, a diferencia de los otros límites que ya hemos estudiado, aquí la jurisprudencia y la doctrina es más uniforme, pues se cree que las expresiones que justifiquen o ensalcen actos o violencia terrorista no contribuyen a formar libremente la opinión pública, sino más bien todo lo contrario. Estos mensajes no pretenden introducir a debate ideas, sino que buscan potenciar los efectos de los atentados terroristas en las sociedades. Como podemos ver en numerosas sentencias, lo que tratan de perseguir los autores es crear intimidación e imponer por la violencia unos objetivos de carácter político. La doctrina mayoritaria considera que estos mensajes no deberán de verse amparados por la protección que otorga la libertad de expresión. En este sentido encontramos la STC 136/1999, que dice que

no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a una formación de la opinión pública que se merezca el calificativo de libre¹³¹

En la misma línea se ha manifestado la autora María José Ruíz Landáburu al manifestar que

Siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, la libertad de expresión no sólo constituye un ámbito de libertad que permite al ciudadano manifestar o comunicar a los demás sus opiniones, sino que también es un pilar básico en una sociedad democrática por cuanto contribuye a la formación de la opinión pública. Y todo esto es cierto, pero no en el ámbito del delito y, mucho menos, en el ámbito del terrorismo. ¿En qué medida la alabanza a un delito es un elemento relevante para la formación de una opinión pública libre y democrática? ¿En qué medida el escuchar esos mensajes nos hace participar en los asuntos públicos de forma responsable? En nada. Al contrario, muchas veces, la coarta¹³²

¹³¹ STC 136/1999, de 20 de julio, FJ15.

¹³² RUIZ LANDABURU, M. J: *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Colex, Madrid, 2002, pág. 79.

Por lo que al ser la apología del terrorismo *“un nuevo fenómeno criminal, generalizado y constante en el tiempo, que opera con la misma finalidad que el terrorismo clásico, pero sin causar muertos, heridos o estrago”*¹³³, su tipificación es legítima *“ya no sólo porque no forma opinión pública, sino fundamentalmente porque lesiona gravemente el bien jurídico protegido”*¹³⁴. A diferencia de los otros límites que tiene la libertad de expresión, aquí sí que existe una doctrina más uniforme al estar casi todos los profesionales y casi todos los tribunales de acuerdo en la preponderancia de proteger a las víctimas y a sus familiares frente a la libertad de expresión. Aunque debemos de destacar la opinión en contra que tiene Vives Antón (2006)

no se trata de que la apología sea inocua; sino, quizás, de que algunos daños o peligros bien reales, que proceden del ejercicio de algunas libertades no pueden, en el marco de un ordenamiento jurídico racional, combatirse por medio de la restricción de la libertad. Tal vez (...) en algunos ámbitos la libertad haya de defenderse por sí misma, esto es, sin ayuda de la coacción estatal¹³⁵

Un caso mediático y reciente en nuestro país es el de Pablo Hasel, en el que la STS 1298/2020 condena finalmente a este rapero por injurias y calumnias contra la corona, por injurias y calumnias contra las instituciones del estado y por delito de enaltecimiento al terrorismo. Debemos diferenciar y mencionar las penas de estos tres delitos, pues por desconocimiento se cree que Pablo Hasel entra en prisión por injurias y calumnias, cuando realmente es por el tercer delito descrito.

El Tribunal justifica la existencia del 578 CP ya que *“publicó durante los años 2.014 a 2016 comentarios denigrantes contra distintas instituciones al tiempo que dedica frases y archivos ensalzando a determinadas personas condenadas por delitos de terrorismo”*¹³⁶. Entre otros tuits destacan:

“Las manifestaciones son necesarias, pero no suficientes, apoyemos a quienes han ido más allá”

“No habrá olvido ni perdón. Lo q no consiguieron es asesinar tu importante legado de lucha, vives mucho más que ellos”.- (Fotografía de la miembro del Grapo Isabel Aparicio)

¹³³ Ibid, pág. 82

¹³⁴ Ibid, pág. 83

¹³⁵ VIVES ANTON, T. S., *Sistema democrático y concepciones del bien jurídico: el problema de la apología del terrorismo* en GÓMEZ COLOMER, J. L. / GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.) *Terrorismo y proceso penal acusatorio*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pág. 38.

¹³⁶ STS 1298/2020, de 7 de mayo

“Juan Martín Luna, militante del PCE(r), asesinado por la policía por defender nuestros derechos” -Se refiere el miembro del Grapo

“Joseba Arregi asesinado por la policía torturándolo” - en relación al miembro de la banda terrorista ETA

“Detenidos en Galiza por enaltecimiento del terrorismo, es decir, por decir que hay que luchar contra el Estado fascista”

Por lo anteriormente expuesto, el rapero Pablo Hasel ingresó en prisión al primar en la ponderación del Tribunal el respeto a las víctimas y sus familiares frente a la libertad de expresión, así dice la sentencia en su fundamento jurídico segundo:

El ejercicio de la libertad de expresión y opinión cuenta con algunas barreras. O por decirlo con fórmula más afortunada, está condicionado por otros derechos y exigencias constitucionales. Entre ellos desempeñan un papel no desdeñable el respeto al otro (humillación víctimas) y la prohibición de conductas de alabanza de actividades terroristas que alimente un clima favorable a su reproducción o se constituya en germen, remoto pero real, de nuevas acciones de esa naturaleza, acciones que cuartejan los pilares del Estado de derecho.¹³⁷

Esta sentencia es muy útil ya que nos da unas nociones o características sobre el enaltecimiento del terrorismo que nos ayudan a ver la preponderarían la libertad de expresión y el delito de enaltecimiento del terrorismo. Así, en el mismo fundamento jurídico dice el Tribunal qué fines se intentan perseguir con la tipificación de este delito, entre los que cita:

a.- No se trata con toda evidencia de prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional.

b.- Tampoco prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad.

c.- Se trata de algo tan sencillo como perseguir la exaltación de los métodos terroristas, radicalmente ilegítimos desde cualquier perspectiva constitucional, o de los autores de estos delitos, así como las conductas especialmente perversas de quienes calumnian o humillan a las víctimas al tiempo que incrementan el horror de sus familiares. Actos todos ellos que producen perplejidad e indignación en la sociedad y que merecen un claro reproche penal¹³⁸.

¹³⁷ STS 1298/2020, de 7 de mayo, FJ2.

¹³⁸ Ibid

También nos dice qué es lo que se persigue con la tipificación del enaltecimiento del terrorismo, entre lo que afirma:

[...]

b.- Comportamientos de ese tenor no merecen la cobertura de derechos fundamentales como la libertad de expresión (art. 20 CE) o la libertad ideológica (art. 16 CE).

c.- El terrorismo constituye la más grave vulneración de los derechos humanos de la comunidad que lo sufre.

d.- Su discurso se basa "en el exterminio del distinto, en la intolerancia más absoluta, en la pérdida del pluralismo político y, en definitiva, en generar un terror colectivo que sea el medio con el que conseguir esas finalidades" (STS 224/2010, de 3 de marzo).

e.- El límite en la libertad de expresión, castigando a través de una ley orgánica la apología del terrorismo, está protegiendo los riesgos de propagación de esta ideología patógena, ensalzando a los terroristas y a sus acciones criminales.

f.- El tipo -en cuanto a su primera conducta típica- exige formalmente una actuación del sujeto que suponga justificar delitos de terrorismo o enaltecer a los que hayan participado en ellos.

g.- Supone proclamar que aquellos hechos tipificados como delitos deben considerarse admisibles y no censurables si no obstante su consideración legal, o decir alabanzas de quien se considere partícipe en su ejecución o atribuirle cualidades de gran valor precisamente, se sobreentiende por razón de tal participación.

h.- La sanción penal de las conductas de enaltecimiento del terrorismo sancionadas en el artº 578 suponen una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades¹³⁹

Así, el tribunal en el mismo fundamento jurídico hace un análisis de la aplicación del tipo penal al caso de Pablo Hasel. Así hace manifiesta la existencia de una pluralidad de mensajes que fueron publicados en Internet en los que se elogiaban a organizaciones terroristas y a miembros de ellas. Afirma el tribunal que

Esta conducta va mas allá de la expresión de coincidencia con objetivos políticos, o camaradería nacida de vínculos ideológicos, simpatía o de la mera crítica social, y que

¹³⁹ Ibid

comporta una alabanza, no ya de los objetivos políticos sino de los medios violentos empleados por las citadas organizaciones terroristas y por sus miembros y contienen una incitación a su reiteración que genera un elevado riesgo real de que alguno de los múltiples seguidores en las redes sociales del acusado los intente repetir.¹⁴⁰

Para finalmente afirmar que no queda amparada bajo la protección constitucional de la libertad de expresión, ya que estos tipos de comentarios son útiles para el terrorismo. Acaba diciendo que el 578 no trata de sancionar una discrepancia ideológica o social,

sino, dada la forma en que se exterioriza y expresa la discrepancia de penar la incitación, la provocación y el riesgo que genera de que terceras personas, enardecidas por esas expresiones, retomen la violencia concreta contra instituciones y colectivos reales y determinados de la manera en que lo hicieron los terroristas que se pone de ejemplo¹⁴¹

4.5. Otros límites a la libertad de expresión.

4.5.1. Secreto profesional

En general entendemos el concepto secreto como el compromiso de no manifestar a nadie lo que se conoce por vía confidencial¹⁴². En nuestro caso, y siguiendo la definición del profesor Tolodi (1975) entendemos el secreto profesional como aquel secreto

que nace de un contrato tácito o expreso entre aquel que ejerce una profesión y aquel que acude en busca de su consejo o de su remedio en virtud de su profesión. Se reduce, al secreto confiado, que los antiguos llamaban riguroso, precisamente por su mayor gravedad y rigor¹⁴³

Entendiendo esta definición en sentido amplio nos vale para todos aquellos profesionales, en especial para el abogado, el médico, el sacerdote, y el informador, que podrán acogerse a su secreto profesional para no revelar información que por su profesión conozcan. De estos profesionales solo tiene una protección constitucional el periodista, los demás encuentran esa protección en leyes de rango menor a la Constitución. Así el artículo 20 de la Constitución dice, en su apartado 1.d) que “A *comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La*

¹⁴⁰ Ibid

¹⁴¹ Ibid

¹⁴² LOPEZ TALAVERA, M.M y BARROSO ASENJO, P: *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Ed. Fragua, Madrid, 1998, pág. 213

¹⁴³ TOLODI DUQUE, J: *Nivel ético del profesional español*, Confederación Española de las Cajas de Ahorros, Madrid, 1975, pág. 36

ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”¹⁴⁴. Por lo que en temas de conflicto con la libertad de expresión, el secreto que tiene el informador tendrá más problemas que el de cualquier otro profesional al estar amparado constitucionalmente. Así, la STC 6/1981 afirma que la existencia del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional garantizan una “comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular”¹⁴⁵. Así, el autor Juan Luis Cebrián (1986) define el secreto profesional del periodista como aquel

Que tienen los profesionales de la información a no revelar las fuentes de la misma, a no declarar ante los jueces sobre hechos que ellos develen en sus informaciones y no entregar los carnets personales de notas, cintas magnetofónicas y demás material informativo que hayan utilizado al respecto. En realidad este derecho es primordialmente un deber ético del periodista: el de no operar como confidentes de la fuente de información. Si se quiere que esté protegida por la ley esta actitud es porque si las fuentes informantes no están plenamente seguras de la discreción de los periodistas a la hora de ser llamados a declarar es de suponer que mucha información valiosa, y valiosa para actuar en esa función del control del poder que la prensa tiene, desaparecería de la circulación.¹⁴⁶

El secreto profesional del periodista actúa con una doble vertiente. La primera es como un deber del informador a no revelar públicamente las fuentes de las informaciones recibidas de forma confidencial. Y como un derecho que tiene a que pueda negarse a revelar el origen de la información a su empleador, a terceros o a autoridades judiciales o públicas, siempre y cuando vaya en calidad de testigo al pleito, si es en forma de acusado no cabe alegar secreto profesional. En este sentido, podemos asegurar, como dice De La Serna (1997), que el secreto profesional del periodista se configura como un derecho que permite el cumplimiento de un deber que, a su vez, forma parte del deber troncal de informar. Muchos son los autores que defienden el carácter limitador que tiene el secreto profesional frente a la libertad de expresión. Entre los que encontramos al jurista Luis Sánchez Agesta (1986), que dice que

De aquí el que normalmente estos derechos o libertades tengan que tener límites que son fijados por la Ley o por el propio Derecho Constitucional y que nuestra Constitución especifica en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen, y a la protección de la juventud y de la infancia, así como la protección de otros bienes amparados por la ley,

¹⁴⁴ Artículo 20.1.d) de la Constitución Española.

¹⁴⁵ STC 6/1981, de 16 de marzo, FJ 3

¹⁴⁶CEBRIAN ECHARRI, J.L.: *La cláusula y el secreto*, AEDE, Madrid, 1986, pág. 50

como la seguridad nacional, el secreto de ciertas actuaciones judiciales, e incluso ciertos principios de moral social que la legislación de todo los países e incluso los acuerdos internacionales protegen contra la posible agresión por los medios de reproducción o grabación.¹⁴⁷

En contraparte a esta doctrina, podemos encontrar, aunque en menor medida, otros autores que no ven el secreto profesional como un límite a la libertad de expresión sino que es algo inherente a la información libre y veraz, reconocida por el derecho constitucional a la información, con el objetivo de que puedan acogerse a todos los derechos que les corresponden como profesionales de la información. Para Teodoro González Ballesteros (1986)

Tanto la clausula de conciencia como el secreto profesional, instituciones reconocidas y protegidas en nuestra Constitución, son inherentes al derecho que todos tenemos a recibir una información veraz. Forman parte intrínseca del derecho a la información [...]

Hemos visto que el fin de la clausula y del secreto es la garantía de una información libre y veraz, pero no ignoramos que habrán de delimitarse los sujetos que puedan invocarlos y los tipos de mensajes que comprendan. Antes habrá de concretarse a quién se le considera profesional de la información. Si todos sabemos qué es un profesional del Derecho, de la Medicina, de la Economía, etc. Nada justifica que la sociedad no se plantee determinar qué es un profesional de la comunicación.¹⁴⁸

En la misma posición que Teodoro González encontramos al Magistrado Manuel Jaén Vallejo, que afirma que

El secreto profesional no se debe configurar como límite a la libertad de expresión sino, al contrario, como garantía de su adecuado ejercicio. Con razón ha sostenido Ruiz Vadillo que aquél forma parte del derecho a la información, y que ambos derechos constituyen una garantía de la independencia e inviolabilidad del periodista frente a su propia empresa y frente a los poderes públicos.¹⁴⁹

Como hemos dicho, el secreto profesional del periodista se configura como un derecho y como un deber del periodista pero nunca se debe entender como un privilegio. Al estar protegido constitucionalmente, se garantiza la confidencialidad de las fuentes. Esto, como hemos dicho no se puede entender como un privilegio

¹⁴⁷ SANCHEZ AGESTA, L: *Simplicidad y complejidad del art. 20 de la Constitución*, AEDE, Madrid, 1986, pág 12.

¹⁴⁸ GONZALEZ BALLESTEROS, T: *La Constitución, ¿Incumplida por la no regulación?*, AEDE, Madrid, 1986, pág. 44

¹⁴⁹ JAEN VALLEJO, M: *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Editorial Colex, Madrid, 1992, pág 65.

sino como una garantía para preservar la libertad de prensa característica en toda sociedad democrática. Concluimos el secreto profesional con una cita del abogado José María Desantes Guanter (1986) que nos hará reflexionar sobre el contenido del secreto profesional del informador

El secreto puede referirse a la esfera íntima del hombre o de su familia; a la esfera privada de su familia, de su profesión, de las instituciones privadas de las que en su actividad participa. En tal caso, la denominación adecuada por la que se sustrae del tráfico informativo es la reserva.

Si la verdad es la adecuación entre la realidad y el intelecto, la verdad se hace imposible cuando se oculta la realidad. El secreto origina un modo de no-verdad distinto, sin embargo, a la falsedad.¹⁵⁰

4.5.2. Secreto oficial

En relación con los secretos profesionales se encuentran los secretos oficiales actuando también como un límite a la libertad de expresión. Si atendemos a la Ley sobre secretos oficiales, podemos definir el mismo como la posibilidad de declaración por una serie de autoridades y funcionarios de materias clasificadas como secretos o reservadas, *“los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado”* o comprometa los intereses fundamentales de la nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional¹⁵¹. Encuentra su fundamento en el artículo 105. B) de la Constitución, al establecer que la ley regulará *“el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”*¹⁵²

Este límite es criticado por gran parte de la doctrina, pues trata de ocultar cosas públicas que a todos interesan y deben ser conocidas por todos, siendo así la publicidad la norma esencial en relación con la actividad del estado democrático para garantizar de alguna forma la soberanía popular, por ello *“a primera vista, la existencia del secreto es radicalmente incompatible con el principio democrático y, por ende, con la idea*

¹⁵⁰ DESANTES GUANTER, J.M: *La verdad en la Información*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Diputación Provincial de Valladolid, Valladolid, 1976, pág. 90

¹⁵¹ Esta definición se ha sacado de los artículos 1 al 5 de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

¹⁵² Artículo 105. B) de la Constitución Española.

constitucional”¹⁵³. Así también se refleja en el artículo 7 de la Ley de Prensa e Imprenta al establecer que “*el Gobierno, la Administración y las Entidades públicas deberán facilitar información sobre sus actos a todas las publicaciones periódicas y agencias informativas,*”, si bien “*la actividad [...] será reservada cuando por precepto de la Ley o por su propia naturaleza sus actuaciones, disposiciones o acuerdos no sean públicos o cuando los documentos o actos en que se formalicen sean declarados reservados*”¹⁵⁴.

4.5.3. Secreto sumarial

El artículo 120.1 de la Constitución española reza que “*las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*”¹⁵⁵. Partiendo de esa premisa, el artículo 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece una excepción a la regla constitucional de publicidad del 120 constitucional al regular una fase del proceso penal, preparatoria del juicio, reservada y al no ser publica por lo tanto limita de cierto modo la libertad de información y expresión.

La STC 95/2019 dice que con el secreto sumarial no se debe omitir la tutela de los derechos fundamentales de los afectados, sino que “*es simplemente un instrumento dirigido a asegurar el éxito de la investigación que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando que se extienda más allá de lo imprescindible*”¹⁵⁶

Así, entendemos el secreto sumario como límite a la libertad de expresión en el sentido en que no se debe divulgar ni publicar información amparada por el secreto de sumario.

El secreto sumarial está más dirigido a los jueces y funcionarios que intervienen en la investigación que al periodista que informa de aquello que puede obtener limpiamente de personas, por ejemplo, participantes o testigos del acto delictivo y no sujetas a la obligación de secreto¹⁵⁷

4.5.4. Derecho de rectificación

¹⁵³ RUIZ MIGUEL, C: *Servicios de inteligencia y seguridad en el Estado constitucional*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 24.

¹⁵⁴ Artículo 7 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta.

¹⁵⁵ Artículo 120.1 de la Constitución Española

¹⁵⁶ STC 95/2019, de 15 de julio, FJ4.

¹⁵⁷ LOPEZ TALAVERA, M.M y BARROSO ASENJO, P: *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Ed. Fragua, Madrid, 1998, pág.225

La Ley Orgánica del Derecho de Rectificación no nos da una definición de lo que es este derecho, sino que se detiene en detallar el contenido de este. Así, en su artículo primero dice que *“Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social, de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio”*¹⁵⁸, es decir, que toda persona ya sea física o jurídica tiene el derecho a que se rectifique una información suya que no sea verdad y que le pueda crear un perjuicio. Según Marc Carrillo (1986) el derecho de rectificación es *“la obligación que todo periódico tiene de insertar en sus páginas, [...] la respuesta que la persona nombrada o citada en una noticia o comentario, juzga necesario poner en conocimiento de los lectores para salvaguardar su integridad moral o intelectual”*¹⁵⁹

Así el derecho de rectificación actúa como limitación más que como límite a la libertad de expresión. Pues la limitación consiste en la reducción de un derecho, mientras que el límite es el techo normal a donde llega un derecho, por ello

La rectificación significa que en un caso concreto se limita la libertad de expresión, pero tiene un matiz importante que afecta al mismo concepto de libertad de expresión que es la veracidad que ésta requiere y que solamente su falta da lugar al derecho de rectificación.¹⁶⁰

De este modo, cuando la Constitución Española ampara el derecho a la libertad de información veraz, establece este último requisito (veracidad) porque es esencial para la formación de una opinión pública libre. En este sentido, *“la publicación de un escrito de rectificación contribuye a la búsqueda de la verdad y, más que limitar la libertad de información, constituye un complemento a la garantía de la existencia de una opinión pública libre”*¹⁶¹.

En esta materia tanto la doctrina como la jurisprudencia no llegan a coincidir en una formulación unánime de si es límite a la libertad de expresión (o información) o no, por lo que la investigación continúa.

¹⁵⁸ Artículo 1 de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

¹⁵⁹ CARRILLO LOPEZ, MARC, *Libertad de expresión y derecho de rectificación en la C.E. de 1978*, Revista de Derecho Político, UNED, Madrid, 1986, número 23, pág. 43.

¹⁶⁰ O'CALLAGHAN MUÑOZ, X: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, S.A., Madrid, 1991, pág. 28

¹⁶¹ LOPEZ TALAVERA, M.M y BARROSO ASENJO, P: *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Ed. Fragua, Madrid, 1998, pág.229

Nosotros creemos, atendiendo al contenido del derecho, que la rectificación sí actúa como limitación a la libertad de expresión.

5. CONCLUSIONES

Tras haber realizado este estudio y después de estudiar doctrina y diferentes sentencias sobre la materia y la forma en que, sobretodo, procede el TC a resolver casos de colisión hemos llegado a varias conclusiones.

La primera y en modo general es que el derecho a la libertad de expresión es uno de los derechos fundamentales con más peso del ordenamiento. Así, la doctrina preferente le da en casi la totalidad de veces preponderancia frente al resto de los derechos fundamentales. Aunque bien es cierto que no existe una doctrina uniforme en la materia.

El derecho a la libertad de expresión nos permite, en primer lugar expresar nuestras ideas y opiniones por cualquier medio, acto básico e imprescindible en toda sociedad democrática. En segundo lugar, nos ayuda a desarrollar nuestra personalidad, creando valores e ideas en las cuales basaremos nuestra forma de vida y de actuar ayudando a la formación de una sociedad democrática libre.

La segunda conclusión a la que hemos llegado, es que la inexistencia de una lista que establezca la preponderancia entre derechos fundamentales es lógica, pues sería imposible encuadrar cada caso concreto con esa supuesta tipificación bajo el criterio *blanco o negro*, pues como hemos visto existen un inmenso número de variantes a las que los Tribunales deberán atender para establecer una prevalencia entre derechos fundamentales. Por ello, la acuñación de los límites de la libertad de expresión siguen siendo una cuestión debatida en nuestro país ya que es un tema en el que no caben soluciones absolutas o definitivas.

Otra idea que nos ha surgido es la de cómo está la situación en España. Creemos que los límites que ha ido forjando la jurisprudencia aquí no son tan estrictos y a su vez los consideramos necesarios, pues no es lógico proteger un derecho mientras se vulnera otro. Aquí cabría la frase popular que dice *mi derecho termina donde comienza el de los demás*. Aunque bien es cierto que existen numerosas plataformas y movimientos que critican la escasa libertad de expresión que existe en nuestro país, nosotros creemos que estamos en un país libre, situándonos en el puesto número 16 de 126 países del estudio anual del World Justice Project, el Rule of Law Index, de 2019.

Para concluir, consideramos válidos los criterios que sigue el TC para establecer la legalidad de los límites a la libertad de expresión. El problema que existe en este tema tan polémico surge cuando, el titular de este derecho lo desvirtúa, hasta el punto usar el amparo que la Constitución le da a la libertad de expresión de una forma egoísta e intolerante, insultando y generando odio. Una odisea sería hacer uso de este derecho de una forma responsable, sin adulterarlo a nuestra conveniencia mezquina. Así, la libertad de expresión se consagraría como un Derecho Fundamental sólido y respetable

Me gustaría acabar este trabajo citando la reflexión del filósofo y politólogo estadounidense Noam Chomsky (1992) que dice que

Si crees en la libertad de expresión entonces crees en la libertad de expresión para puntos de vista que te disgustan. Por ejemplo, Goebbels estaba a favor de la libertad de expresión para los puntos de vista que compartía, igualmente Stalin. Si estás a favor de la libertad de expresión, eso significa que estás a favor de la libertad de expresión precisamente para los puntos de vista que no compartes, de otra forma, no estarías a favor de la libertad de expresión¹⁶²

6. BIBLIOGRAFÍA

ALBADALEJO GARCÍA, M: *Derecho Civil, Parte General*, Vol. II, 5ª ed., 1977, Barcelona

COVIELLO, N: *Doctrina general de derecho civil*, Union Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1938

RUIZ MIGUEL, C: *La configuración constitucional del derecho de intimidad*, Ed. Tecnos, Madrid, 1995

GONZALEZ BALLESTEROS, T: *La Constitución, ¿Incumplida por la no regulación?*, AEDE, Madrid, 1986

LOPEZ TALAVERA, M.M y BARROSO ASENJO, P: *La libertad de expresión y sus limitaciones constitucionales*, Ed. Fragua, Madrid, 1998

GOMEZ MONTORO, A: *La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas: un intento de fundamentación*, en *La democracia constitucional*, vol. I, Madrid, 2003

¹⁶² *Elaborando aprobación*, Noam Chomsky y los medios, 1992

DESANTES GUANTER, J.M: *La verdad en la Información*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Diputación Provincial de Valladolid, Valladolid, 1976

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X: *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1991

AGUDO ZAMORA, M. et al.: *Manual de Derecho Constitucional* (7ª. Ed.), Difusora Larousse- Editorial Tecnos, 2016.

RUIZ LANDABURU, M.J: *Provocación y apología: delitos de terrorismo*, Colex, Madrid, 2002

RUIZ MIGUEL, C: *Servicios de inteligencia y seguridad en el Estado constitucional*, Madrid, Tecnos, 2002

SANCHEZ AGESTA, L: *Simplicidad y complejidad del art. 20 de la Constitución*, AEDE, Madrid, 1986

ALONSO RIMO, A., CUERDA ARNAU, M.L. y FERNANDEZ HERNANDEZ, A: *Terrorismo, sistema penal y derechos fundamentales [Recurso electrónico]*, Tirant lo Blanch, 7ª ed, Valencia, 2018

Asamblea General de la ONU. (1948). Declaración Universal de los Derechos Humanos (217 [III] A). Paris.

Constitución Española.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Ley 14/1966, de 18 de marzo, de Prensa e Imprenta.

Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio, reguladora de la cláusula de conciencia de los profesionales de la información.

Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil.

Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Consejo de Europa Recomendación nº 20, de 30 de Octubre de 1997.

7. WEBGRAFÍA

[http://etimologias.dechile.net/?expresio.n#:~:text=La%20palabra%20expresi%C3%B3n%20viene%20del,%20y%20premere%20\(apretar\).](http://etimologias.dechile.net/?expresio.n#:~:text=La%20palabra%20expresi%C3%B3n%20viene%20del,%20y%20premere%20(apretar).)

<http://etimologias.dechile.net/?libre>

https://es.wikiquote.org/wiki/Libertad_de_expresi%C3%B3n

<https://www.thisistherealspain.com/es/espana-en-el-mundo/libertad/espana-uno-de-los-paises-mas-libres-de-mundo>

8. ANEXO JURISPRUDENCIAL

STC 6/1981, de 16 de marzo

STC 11/1981, de 8 de abril

STC 12/1982, de 31 de marzo

STC 73/1982, de 2 de diciembre

STC 120/1983, de 15 de diciembre

STC 53/1985, del 11 de abril

STC 153/1985, de 7 de noviembre.

STC 106/1986, de 24 de julio.

STC 165/1987, de 27 de octubre

STC 170/1987, de 30 de octubre

STC 6/1988, de 21 de enero

STC107/1988, de 8 de junio

STC 231/1988, de 2 de diciembre

STC 105/1990, de 6 de junio

STC 171/1990, de 12 de noviembre

STC 172/1990, de 12 de noviembre

STC 214/1991, de 11 de noviembre

STC 85/1992, de 8 de junio

STC 117/1994, de 25 de abril

STC 176/1995, de 11 de diciembre

STC 139/1995, de 26 de septiembre.

STC 134/1999, de 15 de julio

STC 136/1999, de 20 de julio

STC 139/2001, de 18 de junio.

STC 46/2002, de 25 de febrero.

STC 235/2007, de 7 de noviembre.

STC 3/2010, de 27 de abril

STC 41/2011, de 11 de abril.

STC 106/2011, de 20 de junio

STC 79/2014, de 28 de mayo.

STC 177/2015, de 22 de julio

STC 95/2019, de 15 de julio

STC 27/2020, de 24 de febrero

STC 192/2020, de 17 de diciembre.

STS 359/1987, de 23 de marzo

STS 9701/1988, de 3 de noviembre

STS 138/2004, de 24 de diciembre

STS 830/2006, de 22 febrero.

STS 1100/2008, de 13 de noviembre.

STS 224/2010, de 3 de marzo.

STS 311/2010, de 2 de junio.

STS 329/2012, de 17 de mayo.

STS 11/2014, 22 de enero

STS 973/2019, de 3 de abril.

STS 4217/2020, del 15 de diciembre

STS 1298/2020, de 7 de mayo

SJP 11/2020, de 21 de febrero