

VIDA PRIVADA Y DERECHO A LA INFORMACIÓN.
DESARROLLOS JURISPRUDENCIALES EN 2013-2014:
LA EXTRAÑA Y TARDÍA RECEPCIÓN DE CAROLINA
EN ESPAÑA*

Right to Privacy and Freedom of Information. Case-Law
Developments in 2013-2014. The Delayed and Unusual
Reception of the Carolina Case in Spain

RAFAEL BUSTOS GISBERT
Universidad de Salamanca

Cómo citar/Citation

Bustos Gisbert, R. (2016).
Vida privada y derecho a la información. Desarrollos jurisprudenciales
en 2013-2014: la extraña y tardía recepción de Carolina en España.
Revista Española de Derecho Constitucional, 107, 369-414.
doi: <http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.10711>

Resumen

Este artículo pretende analizar críticamente la última jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) sobre el conflicto entre libertad de expresión y derechos de la personalidad. La crítica se basa en la ausencia de adecuación entre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la interpretación que de tal

* EL presente trabajo fue objeto de presentación y discusión en un seminario en la Universidad Pompeu Fabra el 8 de abril de 2014. Agradezco a los asistentes sus comentarios y sugerencias y, especialmente, el rico debate mantenido con Luis Javier Mieres Mieres, Enric Fossas i Espadaler y Víctor Ferreres Comella. Agradezco también los comentarios que al texto escrito realizaron posteriormente el propio Luis Javier Mieres, así como Ignacio Villaverde Menéndez.

jurisprudencia ha realizado el TC. El artículo describe la jurisprudencia europea y, posteriormente, la forma en la que el TC lo ha aplicado en cuatro casos importantes en 2013 y 2014. Se alcanzan dos conclusiones básicas. En primer lugar, que una correcta ejecución de la jurisprudencia de Estrasburgo requeriría que el TC recibiera expresamente los criterios de ponderación establecidos en la Sentencia Axel Springer contra Alemania. En segundo lugar, es de gran importancia que el Tribunal acepte una concepción más amplia del derecho a la intimidad reconocido en el art. 18 de la Constitución para alcanzar una interpretación conforme de este con el derecho a la vida privada proclamado en el art. 8 de la Convención.

Palabras clave

Libertad de expresión; derecho a la vida privada; derecho al honor y a la imagen; jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos; jurisprudencia del Tribunal Constitucional; diálogos judiciales; test de proporcionalidad y de ponderación.

Abstract

This essay tries to analyze critically the last case law of the Spanish Constitutional Court about the conflict between freedom of speech and the right to private life in its different aspects: reputation, privacy and right to image. The criticism is based in the lack of adequacy between the case law established by the ECtHR and the interpretation of that case law made by the Constitutional Court. The Essay describes the European Case Law and, subsequently, it studies the way the Constitutional Court has applied it in four important cases in 2013 and 2014. Two basic conclusions are reached. First, a correct execution of the Strasbourg jurisprudence will require from the Spanish Constitutional Court a reception of the criteria settle down in the Axel Springer Judgment. Second, it is of ultimate importance the acceptance of a broader meaning of the right to intimacy included in article 18 of the Spanish Constitution to reach a consistent interpretation of this right with the right to private life as it is enshrined in article 8 of the Convention.

Key words

Freedom of speech; right to private life; right to reputation and image; European Court of Human Rights case Law; Spanish Constitutional Court jurisprudence; judicial dialogues; proportionality and balancing tests.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA DESDE 2004: CAROLINA Y SU PROGENIE: 1. Von Hannover (1) contra Alemania. 2. Axel Springer AG contra Alemania (Von Hannover (2) contra Alemania). 3. Couderc y Hachette Filipachi Associés contra Francia (Alberto de Mónaco). III. EL CAMBIO DE POSICIÓN DEL TC EN 2014: 1. Antecedentes: la recepción de Carolina por la jurisdicción ordinaria: el caso Álvarez Cascos. 2. La recepción constitucional de Carolina: cámaras ocultas. 3. El cambio jurisprudencial: 3.1. Los casos. 3.2. *La fundamentación jurídica*. 4. La aceptación por el Tribunal Supremo. IV. LA INADECUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA A LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL TEDH. V. DOS DIVERGENCIAS FINALES DE FONDO: 1. Intimidad vs. Vida Privada Personal y Familiar. 2. Ponderación vs. Proporcionalidad. VI. CONCLUSIONES. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. PLANTEAMIENTO

El 24 de junio de 2004, el TEDH dictó su muy difundida Sentencia en el Asunto Von Hannover (1) contra Alemania. Esta decisión es conocida como la Sentencia Carolina por referirse a imágenes captadas subrepticamente de determinadas actividades de la mayor de los hijos de los desaparecidos Rainiero Grimaldi y Grace Kelly. Años antes, en 1998, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa aprobó una Resolución¹ dirigida a que los Estados protegieran adecuadamente a las personas conocidas del acoso de la prensa. Recomendación claramente influida por la, cercana en el tiempo, muerte de Lady Diana Spencer en las calles de París en 1997 y en la que el TEDH se apoyó, en 2004, para reconstruir en buena medida las relaciones entre libertad de expresión y vida privada.

La Sentencia Carolina, sin embargo, no fue citada por el TC español hasta el año 2012. Ocho años es mucho tiempo (en especial si lo comparamos con el efecto que produjo la resolución citada en otros Estados europeos) para una sentencia, a nuestro juicio, tan relevante. Especialmente es mucho tiempo si, como tendremos ocasión de comprobar, la sentencia planteaba claros problemas de conformidad con la LO 1/1982, de protección del derecho al ho-

¹ Se trata de la Resolución 1165, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 26 de junio de 1998.

nor, a la intimidad y a la propia imagen (en concreto su art. 8.2.a) y con la jurisprudencia asentada del TC en esta materia. Tal retraso es particularmente injustificado si, además, tanto la jurisdicción ordinaria como la doctrina científica se ocuparon de manera casi inmediata del caso².

Pero, más allá de esas deficiencias en la actualización de la jurisprudencia constitucional (con la consiguiente falta de adecuación al *case Law* de Estrasburgo) resulta discutible el uso realizado por el TC de esta nueva línea de interpretación para, apoyándose en la Sentencia Carolina, proceder a reformular las relaciones entre libertad de expresión y derecho a la intimidad en la Constitución española sin tener en absoluto en cuenta los desarrollos posteriores (ocho años dan para mucho) que han matizado, concretado y perfeccionado la jurisprudencia Carolina.

La saga Carolina ha dado lugar a diálogos fructíferos entre Estrasburgo y Karlsruhe y constituye un ejemplo de acercamiento progresivo entre las posiciones en principio enfrentadas de dos de los máximos referentes jurisdiccionales en la protección de los derechos en Europa tal y como recoge González Pascual (2011). La tardía intervención del TC español en este diálogo ha resultado, queremos dejarlo claro desde el comienzo de este trabajo, particularmente desafortunada no tanto por los resultados alcanzados (que son asumibles en su mayoría) sino por la defectuosa comprensión y manejo de la jurisprudencia del TEDH.

En este trabajo no realizaremos un estudio doctrinal, ni jurisprudencial sobre la configuración hasta 2013 del derecho a la intimidad como límite a la libertad de expresión que ya han sido realizados por Carrillo (2003 y 2014), Medina (2005), Mieres (2002) o Villaverde (2013). Simplemente pretendemos examinar qué ha cambiado en la jurisprudencia europea, cómo se ha recibido en España y qué problemas plantea esa recepción.

² Incluso los medios de comunicación (en concreto el diario *El País*) se hicieron eco de esta decisión y de las primeras consecuencias en España, *vid.* De la Cuadra (2005). Desde un punto de vista doctrinal nos ocupamos del asunto en ese mismo año, Bustos (2005: 211-230).

II. LA JURISPRUDENCIA EUROPEA DESDE 2004: CAROLINA Y SU PROGENIE

1. VON HANNOVER (1) CONTRA ALEMANIA

Resumiendo, y por tanto simplificando, un asunto muy complejo, en la Sentencia Carolina, el TEDH rechaza la posición sostenida por el TC federal alemán respecto a la existencia de personas públicas de la historia contemporánea. Esto es, personas de las que, como consecuencia de su proyección pública, se difunden imágenes suyas captadas en lugares públicos porque se considera que cualquier aspecto de su vida es de interés público. A juicio de las autoridades judiciales nacionales estas imágenes eran objeto legítimo de información y publicables sin necesidad del consentimiento de la afectada. En opinión del TEDH, sin embargo, se encontraban protegidas por el derecho a la vida privada de la princesa. Para la Corte europea solo las imágenes relacionadas con los motivos por los que la afectada tenía relevancia pública podrían constituir objeto legítimo del derecho a la libertad de expresión y desplazar la protección dispensada por el derecho a la vida privada y familiar. Por todo ello entiende contrario al Convenio la publicación de fotos sin el consentimiento de la afectada, usando teleobjetivos u otros medios, incluso en lugares públicos, pero en los que la afectada tenía la «legítima expectativa de que su vida privada sería protegida».

En la concepción del derecho a la vida privada del TEDH, su contenido no se vincula al pleno dominio personal sobre la intimidad, sino a la existencia de «expectativas de privacidad». En el caso en el que el sujeto afectado razonablemente tenga la expectativa de que un dato de su vida privada no va a ser objeto de transmisión a terceros, podrá alegar vulneración del derecho. Aplicar este concepto a la imagen supone que, en aquellos supuestos en los que la persona afectada desarrolla actividades de su vida diaria no vinculadas a ningún asunto de interés público y en especial cuando ha buscado lugares apartados para evitar las miradas ajenas, no puede captarse ni difundirse su imagen.

Por ello, en el caso de las personas con notoriedad pública, la captación de imágenes solo puede producirse legítimamente cuando se produce en lugares abiertos al público relacionados con la celebración de actos relacionados con los motivos por los que estas personas adquirieron tal notoriedad. La existencia de acoso por parte de los medios de comunicación a las personas con notoriedad pública se convierte, así, en un dato relevante a la hora de establecer el contenido y los límites de los derechos afectados.

Esta construcción acepta como posible excepción, en la propia sentencia, el caso de los políticos electos³. En efecto, sostienen los párrafos 63 y 64 de la Sentencia:

63 Ahora bien, el Tribunal considera que conviene efectuar una distinción fundamental entre un reportaje que relata unos hechos —incluso controvertidos— que pueden contribuir a un debate en una sociedad democrática, referentes a personalidades políticas, en el ejercicio de sus funciones oficiales, por ejemplo, y un reportaje sobre los detalles de la vida privada de una persona que, además, como en este caso, no desempeña dichas funciones. Si en el primer caso la prensa juega su rol esencial de «perro guardián» en una democracia contribuyendo a «comunicar ideas e informaciones sobre cuestiones de interés público» (*Observer y Guardian* [TEDH 1991\51] anteriormente citada, *ibidem*), no sucede lo mismo en el segundo.

64 Asimismo, aunque existe un derecho del público a ser informado, derecho esencial en una sociedad democrática que, en circunstancias concretas, puede incluso referirse a aspectos de la vida privada de personas públicas, concretamente cuando se trata de personalidades de la política (Plon [Société] [TEDH 2004\ 36] anteriormente citada, *ibidem*), este no es el caso que nos ocupa: en efecto, se situaría fuera de la esfera de cualquier debate político o público, ya que las fotos publicadas y los comentarios que las acompañaban hacían referencia exclusivamente a detalles de la vida privada de la demandante.

La STEDH Carolina dio origen a un fuerte enfrentamiento entre el TEDH y el TC federal alemán que acabaría aceptando las orientaciones jurisprudenciales del TEDH⁴, pero este, a su vez, también moderó su posición centrándose sobre todo en la defensa de las personas públicas contra el acoso de los medios de comunicación. Casos relevantes que continúan la línea sentada en la Sentencia Carolina serán los de MGN Limited contra Reino Unido (Naomi Cambell), de 18 de enero de 2011 (ilegitimidad de la captación y difusión de la imagen de la modelo saliendo de una reunión de una asociación de recuperación de drogadictos tras haber declarado que ella no lo era), o Mosley contra Reino Unido, de 10 de mayo de 2011 (captación de la imagen

³ Esta afirmación contaba con el claro antecedente de Schüssel contra Austria, decisión de inadmisión de 21 de febrero de 2002 en el que el uso de la imagen de un político en octavillas de protesta no generaba, a juicio del TEDH, un problema de lesión del art. 8 CEDH.

⁴ *Vid.* la sentencia del TC federal Alemán de 26 de febrero de 2008 (1 BvR, 1602, 1606, 1627/07).

mediante cámara oculta del recurrente, famoso vinculado a la Fórmula 1, durante una orgía con simbología nazi). Una posición especial se produce en *Hachette Filipacchi Associés vs. Francia*, de 14 de junio de 2007; pues se trata de imágenes del cadáver de un prefecto de policía asesinado. También resulta especial la situación planteada en *Krone Verlag Gmbh contra Austria*⁵, de 19 de junio de 2012, ya que afecta a la imagen e intimidad de menores. Finalmente, una moderación de las posiciones sentadas en la primera sentencia serán *Hachette Filipacchi Associés (ICI Paris) vs. Francia*, de 23 de julio de 2009 (uso de imágenes de un cantante ya publicadas para ilustrar un artículo sobre su vida). También en parecido sentido se encuentran otras en las que estando en juego la intimidad o la imagen de políticos o de familiares o amantes de políticos se considera que estaba legitimada la publicación (véanse los cuatro casos resueltos el 6 de abril de 2010, por todos *Flinkkilä* y *Otros contra Finlandia*).

2. AXEL SPRINGER AG CONTRA ALEMANIA (VON HANNOVER (2) CONTRA ALEMANIA)

El TEDH moderó definitivamente su posición con la Sentencia *Axel Springer AG contra Alemania*, de 7 de febrero de 2012 (fecha en la que con idéntico planteamiento se dicta también la Sentencia *von Hannover (2) contra Alemania*). El asunto versaba sobre la detención de un conocido actor de televisión durante la *Oktoberfest*, por posesión de cocaína, que había sido ampliamente seguida en los medios de comunicación y que se ilustraba con diversas fotografías del detenido.

Esta decisión recuerda enormemente la adoptada en España a partir de la conocida *STC 105/1990*. Se sustenta en un doble pilar. Por una parte, acota la labor supervisora del propio tribunal sobre las autoridades judiciales nacionales. Así, en principio aplicará la doctrina del margen de apreciación nacional de manera que no sustituirá la valoración que del caso hagan las autoridades nacionales, sino que solo la supervisará. En tal supervisión, será fundamental (y este es el segundo pilar de la construcción) comprobar si las autoridades judiciales nacionales han utilizado adecuadamente los criterios de ponderación considerados por Estrasburgo como básicos para resolver este tipo de conflictos. Por ello, el TEDH, contrariando su costumbre de no realizar aproximaciones teóricas elaboradas para resolver los casos, se siente en la obligación de elaborar de una manera detallada los criterios delimitadores de

⁵ Idéntica a la sentencia de la misma fecha y que resuelve el mismo Caso en *Kurier Zeitungsverlag und Druckerei Gmbh contra Austria (2)*.

las relaciones entre libertad de expresión y derecho a la vida privada. Lo hace con tal claridad que lo más adecuado es que reproduzcamos aquí el texto de los párrafos 89 y siguientes de la sentencia aunque la cita sea muy larga⁶:

(iv) Criterios relevantes para el ejercicio de la ponderación.

89. Cuando el derecho a la libertad de expresión es ponderado frente al derecho al respeto de la vida privada, los criterios establecidos en la jurisprudencia relevantes para el caso presente son los siguientes

(a) Contribución a un debate de interés general.

90. Un criterio inicial esencial es la contribución realizada por las fotos o artículos en la prensa a un debate de interés general [...]. La definición de lo que constituye una materia de interés general dependerá de las circunstancias del caso. La Corte, aun así, considera útil apuntar que ha reconocido la existencia de un interés de este tipo no solo cuando la publicación concernía a cuestiones políticas o a delitos [...], sino también cuando afectaba a cuestiones deportivas o a artistas [...]. Sin embargo, las rumoreadas dificultades matrimoniales del presidente de una república o las dificultades financieras de un cantante famoso no debían ser consideradas cuestiones de interés general [...]

(b) Cuán conocida sea la persona afectada y cuál sea la materia del reportaje

91. El rol o función de la persona afectada y la naturaleza de las actividades que son el objeto del reportaje y/o de las fotos constituyen otro criterio importante relacionado con el anterior. En esta conexión debe hacerse también una distinción entre individuos privados y personas actuando en un contexto público, tales como figuras políticas o públicas. Por tanto, mientras que un individuo privado desconocido para el público puede pedir protección de su derecho a la vida privada, no se puede decir lo mismo de las figuras públicas [...] Debe trazarse una distinción fundamental entre informar sobre hechos capaces de contribuir a un debate en una sociedad democrática, por ejemplo relativos a políticos en el ejercicio de sus funciones oficiales, y la información relativa a detalles de la vida privada de un sujeto que no ejerce tales funciones [...]

Mientras que en el primer caso la prensa ejerce su papel de «perro guardián público» en una democracia mediante la difusión de información e ideas en materias de interés público, tal papel aparece como menos importante en el segundo caso. Del mismo modo, aunque en determinadas circunstancias el derecho del público a ser informados puede incluso extenderse a aspectos de la

⁶ Desafortunadamente, no hemos encontrado traducción de la sentencia por lo que la reproducida ha sido realizada por el autor. Los corchetes se corresponden a la cita de los casos de la jurisprudencia del TEDH que le sirven de apoyo a su argumentación, se eliminan del texto debido a que la cita ya es, en sí misma, muy larga.

vida privada de personas públicas, en especial cuando son políticos los concernidos, esto no ocurrirá —incluso cuando las personas afectadas son bien conocidas para el público— cuando las fotos publicadas y los comentarios que las acompañan se refieren exclusivamente a detalles de la vida privada de la persona y tienen como único fin la satisfacción de la curiosidad de un determinado tipo de lector [...]. En este último caso, la libertad de expresión exige una interpretación más restrictiva [...]

(c) Conducta anterior de la persona afectada

92. La conducta de la persona afectada anterior a la publicación del reportaje o el hecho de que la imagen y la información relacionada hayan aparecido en una publicación anterior son también factores que han de tenerse en cuenta [...] Sin embargo, el mero hecho de haber cooperado con la prensa en anteriores ocasiones no puede servir como argumento para retirar a la parte toda protección contra la publicación del informe o la foto en cuestión [...]

(d) Método de obtención de la información y su veracidad.

93. El método de obtención de la información y su veracidad son también factores importantes. De hecho la Corte ha sostenido que la garantía ofrecida por el art. 10 a los periodistas en relación con asuntos de interés general está sujeta a la condición de que estén actuando de buena fe y con una adecuada base fáctica y provean información «confiable y precisa» de acuerdo con la ética del periodismo [...]

(e) Contenido, forma y consecuencias de la publicación.

94. El modo en que la imagen o el reportaje son publicados y la manera en que la persona afectada es presentada en la imagen o reportaje pueden ser también factores para tener en consideración [...] La difusión que haya tenido esa imagen o reportaje también puede ser un factor importante, dependiendo de que el periódico sea nacional o local, tenga una amplia o limitada circulación [...]

(f) Severidad de la sanción impuesta.

95. Por último, la naturaleza y severidad de las sanciones impuestas son también factores a tener en cuenta cuando se establezca la proporcionalidad de la injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión [...].

A partir de esta decisión, el planteamiento del TEDH va a ser mucho más moderado respecto a la captación y difusión de imágenes. Así en las Sentencias von Hannover (2) contra Alemania, de 7 de febrero de 2012 (idéntica fecha que Axel Springer), y von Hannover (3), de 19 de septiembre de 2013, se permite utilizar la imagen de las personas para ilustrar noticias en sí mismas relevantes (salud de Rainiero y alquiler de las casas de los famosos respectivamente). Particularmente indicativa de la evolución de la jurisprudencia a favor de permitir que los Estados puedan considerar ejercicio de la libertad de ex-

presión la captación y difusión de imágenes de personas con proyección pública en lugares públicos es el Caso Lillo-Stenberg y Saether contra Noruega, de 16 de enero de 2014, en la que no considera contrario al art. 8 la ausencia de sanción a los medios que captaron y transmitieron imágenes de la boda de dos cantantes en una isla de acceso público.

Sea como fuere, el Asunto Springer y sus criterios de ponderación se han convertido en una referencia inexcusable para la resolución de este tipo de conflictos, bien en solitario⁷, bien acompañando la cita de la sentencia von Hannover (1)⁸.

3. COUDERC Y HACHETTE FILIPACCHI ASSOCIÉS CONTRA FRANCIA (ALBERTO DE MÓNACO)

La familia real monegasca ha seguido, muy a su pesar, contribuyendo a la delimitación del alcance de los derechos a la vida privada y a la libertad de expresión con motivo del Asunto Couderc Hachette Filipacchi Associés contra Francia, de 12 de junio de 2014. El asunto fue resuelto por la antigua Sala quinta del TEDH y fue posteriormente avalado mediante Sentencia de Gran Sala en Noviembre de 2015⁹. En concreto, se discutía la convencionalidad de las sanciones al director y a la empresa editora de Paris-Match por publicar un artículo en el que la señora C realizaba diversas declaraciones sobre su hijo en las que sostenía que el padre era Alberto de Mónaco (un hecho este admitiría reconociendo al niño públicamente apenas dos meses después de la publica-

⁷ Por todas (y además de las decisiones Haldimann y otros contra Suiza y Cauderch Hachehte Filipacchi contra Francia que se examinarán en el texto) pueden consultarse las SSTEDH Schweizerische Radio-Und Fernsehgesellschaft srg contra Suiza, de 21 de junio de 2012; Ashby Donald contra Francia, de 10 de enero de 2013; Braun contra Polonia, de 4 de noviembre de 2014, y Morice contra Francia de 23 de abril de 2015.

⁸ También por todas: Cojocarú contra Rumanía, de 10 de febrero de 2015; y Ruusunen contra Finlandia, de 14 de enero de 2014 (mismo caso que Ojala Etukeno OY *vs.* Finlandia, de la misma fecha).

⁹ Escritas y evaluadas ya estas páginas la Gran Sala se ha pronunciado sobre el asunto. En esta sentencia ha de destacarse que desarrolla los criterios establecidos en Axel Springer con más detenimiento, pero siguiendo la misma línea establecida en la Sentencia de Sala. Es de destacar también que la decisión ha sido adoptada por unanimidad. No hacemos un análisis pormenorizado en el texto de esta última decisión y nos realizamos solo el análisis de la sentencia de Sala en la medida en que la jurisprudencia española que va a ser objeto de examen en el presente trabajo es anterior a esta última decisión por lo que nunca pudo tenerla en cuenta en sus construcciones y en su, a nuestro juicio, incorrecta recepción de la doctrina sentada en Estrasburgo.

ción) y describiendo distintos aspectos de su vida, incluyendo fotografías del recurrente con ella y con el niño, éstas últimas tomadas por ella misma en su apartamento con el consentimiento del príncipe. Las autoridades judiciales francesas condenaron a los recurrentes al pago de una indemnización por daños de 50 000 € y a publicar la sentencia condenatoria. Una sala dividida cuatro a tres consideró que se había producido una violación del art. 10. Esta división, sin embargo, no afecta a los términos para la solución de este tipo de conflictos que responde al doble basamento al que se ha hecho referencia. Por una parte, se acepta la idea de solo supervisar la aplicación de los criterios de ponderación y, por la otra, se procede a examinar uno a uno los criterios de ponderación expuestos en Axel Springer.

Para la mayoría, el artículo tiene un interés general, al menos parcialmente. Para ello distingue el asunto central del mensaje del artículo y los detalles en él contenidos. Desde esta perspectiva, considera que los ciudadanos tienen un interés legítimo en conocer la existencia del niño y en ser capaces de participar en un debate público sobre las posibles implicaciones de ello para la vida política del principado de Mónaco. Sin embargo, también habría incluido detalles que carecerían de interés público. La información afectaba a una persona pública; los medios para obtener la información y su veracidad no planteaban problema alguno en el caso, pues se nutre de una entrevista y de unas imágenes obtenidas con consentimiento del afectado. Respecto a la forma y a la difusión del contenido, el TEDH considera que los datos más importantes fueron ya publicados unos días antes por la prensa del Reino Unido y de Alemania de modo que aunque el artículo publicado en *Paris-Match* «indudablemente tenía una significativa repercusión, la información contenida no era ya confidencial» (*sic*, párr. 70). La sanción impuesta era, además, muy alta. En fin (y aquí la mayoría añade un nuevo criterio en función del caso que no estaba entre los previstos en Axel Springer) la madre al hacer pública la información pretendía garantizar el reconocimiento de la paternidad y asegurar la situación de su hijo. La conclusión para la mayoría es, pues, clara: las autoridades judiciales nacionales «no distinguieron entre la información que formaba parte de un debate de interés general y la que concernía meramente a detalles de la vida privada del príncipe». Esta ausencia de distinción es la que rompe la relación de proporcionalidad entre las restricciones impuestas a la libertad de expresión y el fin tutelador de los derechos del príncipe perseguido.

La aplicación al caso de los criterios generales sentados en Springer es totalmente distinta para la minoría, que no ve razón para apartarse del criterio de los jueces franceses. En particular, consideran relevante que no se trataba de un verdadero asunto de interés general en cuanto que no afectaba en modo alguno a la posible sucesión a la corona monegasca, ni a ninguna otra cuestión

política relevante; estimaban esencial que la revista vendiera más de un millón de copias; destacan que las fotografías fueron tomadas en un contexto de privacidad (y consentidas solo para ese contexto) y, en fin, concluyen que la sanción era proporcional.

El aval por la Gran Sala de la anterior decisión la aproximación realizada en Axel Springer matizando la anterior von Hannover. No se trata tanto de la resolución del fondo como de la unanimidad en la aceptación de un método argumentativo que aparece plenamente consolidado. Pero debe notarse que en esta aproximación concurren dos factores que pueden distorsionar la seguridad jurídica en lo referido a la previsibilidad de la solución de los futuros casos. En primer término, la aplicación al caso de los criterios generales puede ser muy diferente a la hora de realizar la valoración fáctica. Esto es, qué contribuya a un debate de interés general; cuál sea el alcance del carácter público de un sujeto concreto o, en fin, qué sea una forma inadecuada o un impacto excesivo, requiere realizar una valoración en concreto de hechos que puede ser perfectamente divergente entre los miembros del órgano juzgador, como muestra la propia división de la sala.

En segundo término, y más importante, si el TEDH se toma verdaderamente en serio que su labor es meramente supervisora de la correcta aplicación de los criterios de ponderación formulados, debe también aceptar que pueda producirse una calificación jurídica diferente de unos mismos contenidos en los distintos Estados miembros del CEDH que pueden ser considerados tutelados por la libertad de expresión en un Estado y, sin embargo, ser calificados como invasivos de la libertad de expresión en otro Estado. De ahí, además, derivará una reducción muy cualificada del valor de los propios precedentes del TEDH, pues, aunque avale la conformidad con la convención de una determinada actuación de los tribunales nacionales de un concreto Estado respecto a una información transmitida, eso no significará, necesariamente, que todos los Estados respecto a informaciones similares deban actuar de la misma manera.

Y esta es una de las dificultades planteada por la cuestión objeto de estas páginas que no conviene olvidar y que ya se había manifestado en el Case Law precedente. Podemos encontrarnos con que la enfermedad de un jefe del Estado tiene un interés general suficiente (von Hannover [2]) como para justificar fotos de su hija que también lo estarán para informar sobre el alquiler de las casas de los famosos (von Hannover [3]) pero su vida en París no lo tiene (von Hannover [1]); con que la relación entre un primer ministro y una mujer joven tiene interés general, pero no los detalles de su vida sexual (Ruusunen contra Finlandia), sin embargo las rumoreadas dificultades maritales de un presidente de la república no suscita un interés general (Standards Verlag GmbH contra Austria (2)) y tampoco lo tienen las dificultades económicas de

un famoso cantante (Hachette Flipachi Associés —ici Paris— contra Francia), pero sí la detención en público de otro cantante por ser sospechoso de narcotráfico (Axel Springer) y un larguísimo etcétera.

Este resultado es inevitable (y no necesariamente negativo) si el TEDH quiere respetar la autonomía de los Estados para establecer los límites de ambos derechos de acuerdo con sus propias singularidades nacionales en la forma de entender la relación entre prensa y personas públicas. En un tema en el que no puede establecerse una solución sencilla, en cuanto a la garantía de un estándar mínimo de ninguno de los dos derechos afectados (porque de hacerlo se está limitando *ab initio* al otro derecho afectado), la aproximación del TEDH parece correcta. Lejos de establecer una solución unívoca a favor de uno u otro derecho, se fijan criterios de ponderación sin prejuzgar el resultado de su aplicación en las circunstancias concretas de tiempo y lugar. De este modo lejos de prefijar un *resultado*, lo que el TEDH establece es establecer el *método* a través del cual se alcanza un resultado conforme con el Convenio.

Tal planteamiento tiene un evidente, y probablemente asumible, coste en términos de falta de uniformidad en la forma de ser aplicados judicialmente en los distintos Estados europeos. Ahora bien, para que el sistema diseñado funcione razonablemente bien es necesaria la aplicación leal de los criterios por las máximas autoridades judiciales nacionales al decidir este tipo de casos. Y en este punto España, como veremos a continuación, no parece que vaya a ser un ejemplo.

III. EL CAMBIO DE POSICIÓN DEL TC EN 2014

1. ANTECEDENTES: LA RECEPCIÓN DE CAROLINA EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA: EL CASO ÁLVAREZ CASCOS

En la recepción de la jurisprudencia sentada en el Asunto Carolina se produce el efecto *contrapuntual* que según el abogado general Maduro (2003) caracteriza la recepción del derecho derivado de la integración supraestatal. Esto es, un efecto por el cual este derecho se recibe de abajo hacia arriba; desde los tribunales de primera instancia hasta las más altas instancias jurisdiccionales. Este efecto pone en cuestión, aunque no de una manera definitiva, pues no es tan claro que siempre se produzca de esta manera, la convicción más extendida de que la recepción de la jurisprudencia de los tribunales de las organizaciones de integración y de protección de derechos se produce siempre, o casi siempre, a través de las más altas instancias nacionales sean estas el Tribunal Supremo (TS) o, en el caso español, el TC. Lo cierto es que en este caso, el TC tardó ocho años en recibir una jurisprudencia que, sin embargo, fue

inmediatamente incorporada por la jurisdicción ordinaria. La primera sentencia de la que tenemos constancia en que se utiliza la jurisprudencia sentada en von Hannover, es la del Juzgado de Primera Instancia número 21 de Barcelona, de 2 de diciembre de 2004 (magistrado José Manuel Regadera Sáenz), menos de seis meses después de dictada aquella resolución. Del mismo mes es la primera sentencia que compone la saga Álvarez Cascos, que desarrollaremos a continuación, en la que la utilización de la STEDH von Hannover (1) se produce el 9 de diciembre de 2004 por parte del Juzgado de Primera Instancia número 12 de Madrid; en marzo y abril de 2005 las otras tres sentencias que originan la saga incluirán la cita expresa a la Sentencia por parte de los juzgados de Primera Instancia núms. 38, 9 y 52 también de Madrid. Igualmente, la jurisprudencia Carolina es objeto de un detenido análisis más tardío en el Auto 81/2008 de la Audiencia Provincial de Toledo, de 3 de noviembre, en el muy conocido Caso Telma Ortiz.

La recepción de la jurisprudencia Carolina no fue sencilla en la jurisdicción ordinaria, pues planteaba dudas su compatibilidad con la LO 1/1982, en concreto con su art. 8.2.a), que van a expresarse en el fundamento jurídico tercero del AAP Toledo, recién citado¹⁰. Este precepto habilita la captación y difusión de la imagen de personas con notoriedad pública en lugares abiertos al público. Y precisamente la sentencia Carolina prohibía esta situación. Ello llevó a que la jurisprudencia buscara soluciones razonables de compatibilidad entre la LO (cuya aplicación pacífica durante más de treinta años parecía complicado retar mediante una suerte de inconstitucionalidad sobrevenida por cambio en la interpretación del TEDH) y la nueva jurisprudencia. Tal cosa resultó posible y pacífica en los casos de la Sentencia de JPI núm 21 de Barcelona y del Auto de la AP de Toledo porque las circunstancias del caso (capta-

¹⁰ «Esas dudas que traen su base de la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 29 de septiembre de 2004 (von Hannover contra Alemania), hace del art. 8 del Convenio Europeo, que reconoce el derecho al honor, la intimidad familiar personal y la propia imagen; y en la que señala, en su párrafo 72, que el solo hecho de que una persona pertenezca a una familia real, cuando no ejerce funciones públicas, y sea ese el motivo que despierta el interés de la prensa y del gran público, no convierte en legítima la intromisión en sus derechos de la personalidad; y en este sentido se dirigen los argumentos del Ministerio Fiscal y del abogado del Estado en torno a la opinión de dos de los jueces que formaron el Tribunal, el juez Zipancic y el juez Cabral Barreto, que entronca con la idea expresada por el TC (STC 139/2001, de 18 de junio), al expresar que el art. 18 no concede un derecho incondicionado y sin reservas de permanecer en el anonimato, y que vendrían a dar la razón a quienes consideran que la cualidad de persona con proyección pública procede del interés general, y no al contrario no dejan de ser votos particulares».

ción subrepticia de imágenes mediante cámara oculta e intento de prohibición cautelar y casi generalizada de captación de la imagen de la hermana de la princesa de Asturias, respectivamente) así lo permitían.

En el Asunto Álvarez Cascos las dificultades para adaptarse a la nueva jurisprudencia Carolina se manifiestan de una manera evidente. El caso versaba sobre la emisión en cuatro programas, de una misma cadena de televisión, de las imágenes, comentadas por los tertulianos de turno en cada uno de ellos, del entonces ministro de Fomento con su nueva pareja y los hijos de ambos (con los rostros pixelados de manera que los menores no eran reconocibles) de vacaciones en diversos lugares de acceso público (la playa, una terraza de un restaurante, el hall del hotel donde se alojaban, etc.) y captadas por un *paparazzo*.

El esquema del iter judicial de esta saga ordenado según el programa en que se emitió sería el siguiente:

<i>Aquí hay Tomate</i>	<i>Salsa Rosa</i>	<i>Día a Día</i>	<i>Crónicas Marcianas</i>
S. JPI Madrid núm 38 17 de marzo de 2005 Desestimatoria (Pierde AC)	SJPI Madrid núm 9 28 de abril de 2005 Estimatoria (Gana AC: 200 000 €)	SJPI Madrid núm 12 9 de diciembre de 2004 Estimatoria (Gana AC: 120 000 €)	SJPI Madrid núm 52 27 de abril de 2005 Estimatoria (Gana AC: 600€)
No consta recurso ante la AP de Madrid	SAP Sección 8. ^a 8 de sept. de 2006 Parcialmente estimatoria (Gana AC 18 000 €)	SAP sección 19. ^a 7 de marzo de 2009 Estimatoria de la apelación (Pierde AC)	SAP Sección 8. ^a 8 de sept. de 2006 Parcialmente estimatoria (Gana AC :18 000 €)
TS no se pronuncia	STS 452/2011 28 de junio Estimatoria de casación (pierde AC)	STS 611/2009 7 de octubre Estimatoria de Casación (pierde AC)	STS 719/2009 16 de noviembre Estimatoria de Casación (pierde AC)
TC no se pronuncia	Inadmisión RA: falta de relevancia constitucional Pierde AC	Inadmisión RA: falta de relevancia constitucional Pierde AC	STC 176/2013 21 de octubre Nulidad STS Gana AC
		Recurso ante el TEDH. Comunicado a las partes el 26 de mayo de 2015; Demanda núm. 36866/10. Inadmitido por desistimiento demandantes, 15 de marzo de 2016	STS 1812/2014 30 de abril Desestimación de casación: firmeza sentencia de Primera Instancia (Gana AC 600 €)

El cuadro, creemos, resume adecuadamente los problemas que la recepción de la doctrina Carolina tiene en España. La primera instancia dio lugar a tres sentencias estimatorias de la demanda del exministro con tres cuantías

muy diferentes y a una desestimatoria. Posiblemente sea esta, que no fue recurrida, la más elaborada y cercana a la jurisprudencia Carolina, pues el magistrado de primera instancia (señor Miralles) se apoyó correctamente en el reproducido párrafo 64 de la Sentencia von Hannover para considerar que la doctrina en esta sentada no era aplicable al tratarse de un político en activo al que se podía excepcionar la interdicción de captación y difusión de la imagen en lugar público como hace el art. 8.2.a de la LO 1/1982. En el resto de sentencias de primera instancia, también fundamentadas a un buen nivel, los magistrados tuvieron que elaborar la justificación de la aplicación de la doctrina Carolina y no la de la excepción del art. 8.2.a de la LO 1/1982. Para ello siguieron caminos divergentes que justifican, a la postre, la distinta entidad de las cuantías concedidas como indemnización. Por un lado, se articuló la justificación de la inaplicación en la inexistencia de «finalidad informativa» en las imágenes. Esto es, siguiendo una jurisprudencia minoritaria del TS, se consideró que la ausencia de este «elemento teleológico» justificaba la inaplicación del precepto (si bien olvidaban que la existencia de ese elemento teleológico se había aplicado solo a casos en los que el afectado no era político y había buscado un contexto de privacidad de manera expresa, aunque estuviera en un lugar abierto al público). La otra línea argumentativa, probablemente más sutil, opta por enfocar la cuestión no desde el punto de vista de las imágenes en sí mismas, sino desde el punto de vista de la vida privada que suponía revelar con tales imágenes. De este modo el asunto no era un problema de propia imagen, sino de intimidad y por ello no era de aplicación el art. 8.2.a) de la LO 1/1982. Tanto en uno como otro caso, la Sentencia von Hannover venía a corroborar que este tipo de imágenes no estaban tuteladas por la libertad de expresión.

La apelación va a mantener estas mismas líneas de trabajo. No deja de ser un poco preocupante que las mismas imágenes y parecidos comentarios puedan recibir respuesta diferente según cuál sea la sección de una misma Audiencia Provincial la que dicte la resolución del asunto. Pero lo cierto es que esta no es una cuestión tan grave, ya que la unificación de doctrina se producirá en la casación ante el TS. Aquí las tres sentencias, con el mismo ponente (señor Xiol Ríos) van a unificar la doctrina y el tratamiento de la cuestión optando por la que, a nuestro juicio, era la más razonable de las soluciones y que ya estaba en la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 38 de Madrid. La doctrina von Hannover no era aplicable al caso porque se trata de imágenes captadas de un político y eso tiene un indudable interés público que justifica su captación, su difusión y los comentarios más o menos críticos (nunca insultantes) de los medios.

Hasta aquí la historia del asunto Carolina podría utilizarse como un ejemplo de correcto diálogo entre TEDH y tribunales nacionales. En efecto;

la Sentencia Carolina era una decisión retadora en cuanto cambiaba el *status quo* de una determinada configuración de los derechos fundamentales en juego que daría origen a otro diálogo, este nacional o interno, en el que las sucesivas instancias irían incorporando esta nueva doctrina tras utilizar diferentes argumentos que alcanzaban soluciones diversas hasta su unificación en una solución de síntesis mutuamente aceptable. Esto es, aceptable desde el ordenamiento europeo (pues permite excepcionar la doctrina general en caso de políticos) y aceptable desde el ordenamiento constitucional nacional (pues permite una relectura de los límites a la libertad de información cuando se afecta a la captación de imágenes de personas públicas en lugares públicos sin contradicción literal ni con la LO 1/1982 ni con la jurisprudencia constitucional dictada sobre el tema).

De una lectura superficial se puede deducir con absoluta claridad que el proceso de diálogo se estropea en la última instancia, el amparo constitucional por varios motivos. El primero, que conviene destacar ya, es el grave error que supone la aplicación práctica en este caso de la reforma de la admisión del recurso de amparo, pues ha significado que dos de los casos resueltos por el TS sean inadmitidos por falta de trascendencia constitucional y el último de los casos, idéntico a los anteriores en sus elementos básicos, no solo sea admitido sino que además sea estimado. El final de la historia en la saga no puede ser más decepcionante en la medida en que se han consolidado con la fuerza de cosa juzgada dos soluciones absolutamente divergentes para el mismo supuesto, de hecho lo que, en materia de protección de derechos fundamentales en el nivel estatal, no puede ser, precisamente, aplaudido. Un segundo motivo de preocupación se centra en el funcionamiento práctico del trámite de admisión de los recursos de amparo en el seno del propio TC. Si dos recursos fundados en los mismos hechos y argumentos jurídicos puede, uno, ser inadmitido por falta de trascendencia y otro, al mismo tiempo, ser estimado es porque algo ha funcionado mal dentro del propio Tribunal.

En tercer y último lugar, resulta igualmente preocupante que la inadmisión de uno de los recursos de amparo fuera objeto de una demanda ante el TEDH por parte de los afectados. La demanda fue admitida a trámite y comunicada a los demandantes y al Estado para que hicieran sus alegaciones. No se ha producido ningún problema, sin embargo, porque la ausencia de respuesta por parte de los recurrentes llevó al TEDH, en aplicación del art. 37.1.a del Convenio, a ser considerada como desistimiento y se archivó finalmente la causa el 15 de marzo de 2016.

Como veremos, estos no han sido los únicos motivos de preocupación. Pero, antes de volver al Caso Álvarez Cascos, conviene que veamos cómo se ha venido recibiendo la jurisprudencia Carolina en otros casos.

2. LA RECEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE CAROLINA: CÁMARAS OCULTAS

La primera vez que aparece citada la sentencia en la jurisprudencia constitucional es en la STC 12/2012, en el caso conocido como «cámaras ocultas»¹¹. En este supuesto se declara la violación del derecho a la intimidad y a la propia imagen como consecuencia del uso de cámaras ocultas para la grabación de la imagen y de la conversación de un periodista, que se hace pasar por cliente, con una falsa terapeuta. El caso es particularmente importante por resolver, más allá de la ilegitimidad en concreto del uso de cámaras ocultas, dos cuestiones importantes aún pendientes en la jurisprudencia. En primer lugar, el papel de la expectativa razonable de privacidad en la determinación de una posible invasión de los derechos de la personalidad y, en segundo lugar, la relación entre la limitación de los derechos de la personalidad y la finalidad informativa perseguida con un determinado mensaje.

Respecto a la primera cuestión, el TC es claro en el fundamento jurídico 5:

Un criterio a tener en cuenta para determinar cuándo nos encontramos ante manifestaciones de la vida privada protegible frente a intromisiones ilegítimas es el de las expectativas razonables que la propia persona, o cualquier otra en su lugar en esa circunstancia, podría tener de encontrarse al resguardo de la observación o del escrutinio ajeno. Así por ejemplo cuando se encuentra en un paraje inaccesible o en un lugar solitario debido a la hora del día, puede conducirse con plena espontaneidad en la confianza fundada de la ausencia de observadores. Por el contrario, no pueden abrigarse expectativas razonables al respecto cuando de forma intencional, o al menos de forma consciente, se participa en actividades que por las circunstancias que las rodean, claramente pueden ser objeto de registro o de información pública (SSTEDH de 25 de septiembre de 2001, P. G. y J. H. contra Reino Unido, § 57; y de 28 de enero de 2003, Peck contra Reino Unido, § 58).

Conforme al criterio de expectativa razonable de no ser escuchado u observado por terceras personas, resulta patente que una conversación mantenida en un lugar específicamente ordenado a asegurar la discreción de lo hablado, como ocurre por ejemplo en el despacho donde se realizan las consultas profesionales, pertenece al ámbito de la intimidad.

¹¹ A la que habría que añadir las idénticas en cuanto a argumentación, SSTC 24 y 74 de 2012. Para un comentario breve, claro y crítico, *vid.* el trabajo de Villaverde Menéndez (2012: 21-26).

Respecto a la finalidad informativa perseguida con el mensaje transmitido, la STC cita expresamente von Hannover (1) para sostener la existencia de un nuevo requisito que no estaba tan claramente formulado en la jurisprudencia: la lesión a los derechos del art. 18 solo estará justificada si el contenido comunicativo es informativo. Esta afirmación resulta un poco enigmática (¿cómo determinaremos el contenido que tiene una finalidad informativa si un mismo contenido puede responder a finalidades muy diversas?); nos retrotrae a la anticuada, e improcedente en una sociedad democrática, teoría del *animus* en los excesos en el ejercicio de la libertad de expresión; parece excluir otros ámbitos de ejercicio de la libertad de expresión e información (vinculados, por ejemplo, al entretenimiento o a la cultura); y añade más complejidad al tipo de análisis aplicable. Si antes el juicio que se debe realizar consistía en ponderar los derechos e intereses en conflicto con una serie de reglas razonablemente claras, la exigencia de finalidad informativa nos conduce inevitablemente al mucho más duro juicio de proporcionalidad lo que supone una valoración mucho más estricta de la actuación de quién emite o prepara unos contenidos comunicativos. Esto queda claro en la propia STC al sostener: «Por lo tanto, allí donde quepa acceder a la información pretendida sin necesidad de colisionar con los derechos referidos, queda deslegitimada, por desorbitada o desproporcionada, aquella actividad informativa innecesariamente invasora de la intimidad o la imagen ajenos». Esto es, el periodista deberá optar siempre por el camino menos lesivo de los derechos fundamentales de la personalidad afectados; con independencia de que eso dificulte la información, le reste interés o, por qué no decirlo, la espectacularidad necesaria para que interese a los ciudadanos.

El TC considera lesivo del derecho a la intimidad el uso de las cámaras ocultas por cuatro motivos básicos. En primer lugar, por el carácter especialmente invasivo que tiene el uso de cámaras ocultas sobre los derechos del afectado. El carácter secreto y clandestino que, por definición, posee este instrumento excluye de raíz el conocimiento del afectado y, con ello, la posibilidad de oponerse a la captación y reproducción de su imagen. Esta ausencia de conocimiento, como hemos visto, ha sido utilizada por el TEDH en von Hannover (1) contra Alemania, pero también en los conocidos asuntos, que cita el TC, de Naomi Campbell y Mosley. En segundo lugar, por tratarse de una situación provocada unilateralmente por el propio periodista de modo que no es posible saber si los comportamientos hubieran sido idénticos si no hubiera mediado provocación. En tercer lugar, por dirigirse al medio televisivo que es especialmente poderoso y afecta en particular medida a los derechos de los afectados. Y en cuarto lugar, porque, asumiendo que los periodistas pueden establecer la forma de sus contenidos, lo cierto es que no pueden adoptar aquellas formas que suponen en sí mismas una invasión de los derechos de los

afectados. En particular, hace una referencia a que no pueden utilizarse medios que no respeten la ética de los periodistas.

Uno de los aspectos más interesantes de esta sentencia, ya desde un punto de vista más dogmático y que va a tener importancia en las sentencias posteriores, es que no está clara qué técnica de resolución de conflictos entre derechos utiliza el TC. Lo tradicional es que este tipo de conflictos en España se resuelvan mediante una ponderación de derechos. El juicio de proporcionalidad, en su caso, se articula respecto a las sanciones judiciales (o administrativas) que eventualmente se hayan podido producir. Pues, bien, curiosamente, el TC parece usar las dos técnicas. Así en el fundamento jurídico 7 enuncia y determina la concurrencia o no de los criterios de ponderación habitualmente utilizados por el TC. Respecto al criterio de veracidad entiende que no ha sido cuestionada y que además, en la invasión del derecho a la intimidad, es una precondition de la invasión y no una causa de justificación. Respecto al criterio de relevancia pública, aunque exista, el uso de la cámara oculta provocó la invasión de la intimidad y del derecho a la propia imagen. El primero porque la relación reflejada, al desconocer la existencia de la cámara, es de índole privada. El segundo porque se le privó del derecho a decidir si la imagen y la voz podían ser captados y emitidos.

Sin embargo, más adelante, al valorar el uso de las cámaras ocultas en la elaboración de la información, realiza un evidente juicio de proporcionalidad¹²:

Conclusión constitucionalmente adecuada, no solo porque el método utilizado para obtener la captación intrusiva —la llamada cámara oculta— en absoluto fuese necesario ni adecuado para el objetivo de la averiguación de la actividad desarrollada, para lo que hubiera bastado con realizar entrevistas a sus clientes, sino, sobre todo, y en todo caso, porque, tuviese o no relevancia pública lo investigado por el periodista, lo que está constitucionalmente prohibido es justamente la utilización del método mismo (cámara oculta) por las razones que antes hemos expuesto.

La STC 12/2012 no implica una radical prohibición de las cámaras ocultas en la realización de reportajes de investigación. Sin embargo, sí limita mucho el uso de este instrumento y lo somete, como recién se apuntaba, a un juicio de proporcionalidad muy estricto de modo que solo si no existe otro instrumento posible menos lesivo para los derechos para poder llevar a cabo el reportaje sería admisible.

¹² Un «remedo de juicio de proporcionalidad» lo califica Villaverde, *op. cit.*, p. 24.

Esta posición ha recibido el respaldo del TEDH en su muy reciente Sentencia Haldimann y otros contra Suiza, de 24 de febrero de 2015. El TEDH se enfrentaba a un supuesto muy similar al resuelto en la STC recién examinada. En concreto se trata del uso de cámaras ocultas para grabar conversaciones para un programa sobre la actividad de las aseguradoras privadas. El esquema del programa es similar al resuelto en la STC 12/2012. Un periodista se hace pasar por un cliente y graba las conversaciones con el corredor de seguros. Los periodistas son finalmente condenados por la emisión de este reportaje.

El TEDH en su análisis entiende, con expresa cita a los criterios expuestos en Springer, que:

- El reportaje tenía interés general. Y eso deja poco margen a los límites a la libertad de expresión.
- La persona filmada no es un personaje público y no ha consentido la captación de su imagen. Es más estaba razonablemente seguro de encontrarse en un contexto de privacidad. Ahora bien el reportaje no se centraba en la persona afectada, sino en las prácticas comerciales utilizadas por una categoría de profesionales. Por ello el atentado a su vida privada es menos relevante.

Respecto al modo de obtención de la información y a la veracidad, el TEDH recuerda que la veracidad es una condición previa para obtener la protección del art. 10. Al respecto, el punto clave es si los periodistas actuaron de buena fe de acuerdo con la deontología profesional. En tal sentido, el TEDH destaca que, según el ordenamiento suizo y según el consejo de prensa suizo, la cámara oculta puede utilizarse en circunstancias excepcionales si el asunto tiene mucho interés general. En el caso, los tribunales suizos no fueron unánimes al respecto (unas instancias condenaron y otras no) por lo que el TEDH concluye que los periodistas han de beneficiarse de las dudas que al respecto surgen.

- El hecho de que pixelaran la imagen, aunque de forma insuficiente, y distorsionaran la voz permite al TEDH concluir que la gravedad de la injerencia no tuvo una gran entidad en la medida en que la identificación de la persona no resultaba evidente.

El Voto Particular en esta sentencia advierte, con cierta razón, que un medio ilegal (la grabación no autorizada) no puede convertirse en legítimo para justificar una interferencia en el derecho a la libertad de expresión e insiste en que el bien jurídico protegido no sería tanto el derecho a la vida privada del corredor de seguros como un bien colectivo de garantía de la confidencialidad de las conversaciones privadas.

Esta STEDH pone de relieve que lo que verdaderamente hay que hacer en el caso de cámaras ocultas es determinar si el uso de estas puede llegar a estar justificado después de la aplicación de un verdadero juicio de proporcionalidad, lo que lleva a que los elementos más importantes sean la entidad del objeto de la información (solo si el interés general es muy elevado podrá justificarse en un juicio de proporcionalidad) y la necesidad de la injerencia (solo si no hay otra forma, se pueden usar estos medios).

3. EL CAMBIO JURISPRUDENCIAL

El Asunto Cámaras Ocultas anunciaba un nuevo modo de analizar las relaciones entre derecho a la intimidad (derecho a la imagen) y la libertad de información por parte del TC a partir de la jurisprudencia sentada en la STEDH von Hannover. Sin embargo, y conviene decirlo al comienzo de este apartado, llega tarde. En efecto la STC Cámaras Ocultas se dicta apenas unos días antes de que Estrasburgo modere su posición original (establecida en la triada Carolina; Naomi Campbell y Mosley) en Carolina (2) y Axel Springer. Sin embargo, la jurisprudencia posterior no va a citar estos dos últimos casos y va a continuar aplicando, incluso más radicalmente de lo que lo hizo el TEDH, la posición sentada en 2004 y no la adoptada a partir de 2012. La consolidación de esta doctrina en España se va a producir entre finales de 2013 y principios de 2014, fundamentalmente con cuatro decisiones a la que se sumaría una quinta ya en 2015. Conviene resumir brevemente la base fáctica de los distintos casos antes de entrar en los contenidos.

3.1. Los casos

El primer caso temporalmente, y también en importancia, es el ya explicado Asunto Álvarez Cascos, en el que el exministro alegaba la violación de su derecho a la intimidad y propia imagen como consecuencia de la emisión de grabaciones captadas a distancia de sus vacaciones en un Hotel de Lanzarote junto a su nueva pareja y los hijos de ambos. El TS había concluido las instancias ordinarias con el reconocimiento del derecho a transmitir ese tipo de información y esas imágenes porque el exministro debía tolerar un retroceso en el nivel de protección de sus derechos dada su proyección pública y el interés general despertado por su comportamiento privado. El TC, respecto a las imágenes emitidas, en el programa *Crónicas Marcianas* va a considerar en aparente aplicación de la doctrina sentada en von Hannover (1) que se había producido una violación de su derecho a la intimidad, ya que tales imágenes y tal contenido comunicado carecía de interés público al no tener relación con su puesto en el Gobierno del Estado.

El segundo caso es el resuelto por la STC 190/2013, de 18 de noviembre, Asunto Gonzalo Miró (1). El TC resuelve un amparo interpuesto por este conocido personaje contra una productora y ciertos programas televisivos que se centraron en la investigación de la identidad de su padre. En dichos programas no se realizó ninguna imputación directa de paternidad, si bien se abordaron constantemente aspectos de la vida privada de su madre, de él mismo y de las personas de su entorno que habían tenido, o aún tienen, una mayor o menor proyección pública. El TS había considerado que la ausencia de insultos o de imputaciones directas de paternidad justificaban que se entendiera que la emisión de programas sobre la vida privada de un personaje público en el que no se aportaban datos que no fueran ya conocidos debía considerarse un legítimo ejercicio de los derechos contenidos en el art. 20 CE. El TC, por el contrario, va a considerar que, con independencia de la veracidad o no de los datos manejados en los programas, la especulación pública sobre aspectos de la vida privada de una persona no está tutelada por la libertad de expresión. La proyección pública de la persona afectada nada tenía que ver con el anonimato de su padre por lo que no estaría justificado hablar de ello según la jurisprudencia sentada en von Hannover (1).

Los otros tres casos pueden examinarse conjuntamente porque plantean el mismo tipo de problemas. Se trata de las SSTC 7/2014, de 7 de enero (Asunto Mónica Estarreado), 19/2014, de 10 de febrero (Asunto Melani Olivares) y 18/2015, de 16 de febrero (Asunto Miró 2). En el primero de los asuntos se trataba de la captación y difusión de imágenes de la actriz con su pareja (en una relación conocida con anterioridad) en lugares públicos acompañadas de comentarios sobre la relación; en el Asunto Melani Olivares se juzga la difusión de las imágenes captadas con teleobjetivo de la actriz en *top less* en la playa en compañía de unos amigos y familiares; finalmente en el Asunto Miró (2) se discute la captación y difusión de imágenes del recurrente junto con su entonces pareja también muy conocida (Eugenia Martínez de Irujo) tomadas mediante dispositivos ocultos (móviles y cámaras usadas subrepticamente) en diversos lugares. Estas imágenes fueron emitidas en distintos programas de televisión acompañadas de comentarios. En todos estos supuestos, el TC estimó el recurso de amparo frente a las previas decisiones del TS en que se habían declarado la prevalencia del derecho a transmitir información dado, fundamentalmente, que se trataba de personas con notoriedad pública, grabadas en espacios de libre acceso donde los afectados no habían buscado un contexto de privacidad y en los que no se revelaban datos de la vida privada que no fueran conocidos con anterioridad por el público. Obviamente, en todas las SSTC la cita a von Hannover (1) es realizada, pero se obvia cualquier mención a Springer o a von Hannover (2), pese a que el tiempo

transcurrido entre aquellas y estas sentencias ya es superior a un año y medio e incluso a dos años¹³.

Cuatro de las sentencias (casos Álvarez Cascos, Mónica Estarreado, Miró (2) y Melani Olivares) del TS previas a los recursos de amparo estudiados fueron dictadas con ponencia del magistrado Antonio Xiol, que con posterioridad fue nombrado miembro del TC, por lo que no participó en ninguna de las deliberaciones ante este segundo órgano, bien por no pertenecer a la Sala encargada, bien por deber abstenerse al haber intervenido antes en el proceso.

3.2. *La fundamentación jurídica*

Como ya hemos comentado es, sin duda, la primera de las SSTC citadas la que más importancia tiene, siendo las demás desarrollos concretos de la línea jurisprudencial iniciada. Resulta curioso, y abiertamente criticable, que, pese a realizarse una auténtica relectura de las relaciones entre intimidad y derecho a la libertad de expresión, el TC intenta insertar su razonamiento en su jurisprudencia anterior tratando de justificar que estas no serían más que desarrollos de aquella y no contradicciones literales¹⁴.

¹³ Resulta particularmente decepcionante (y hasta cierto punto preocupante) que la STC Miró (2), cite von Hannover (2), pero que lo haga citando algo ya plenamente conocido y expuesto con carácter general en el párrafo 95 (el que el derecho a la vida privada incluye la interacción con terceros en el ámbito público) y que no cite lo verdaderamente importante, que son los criterios de ponderación aplicables a estos casos y que aparecen en los párrafos 108 a 113. También el ministerio fiscal había traído la sentencia del TEDH citando un más pertinente (aunque aún no totalmente correcto) párrafo 103 de la Sentencia. Y ello para acabar encontrando la cita a los párrafos (de nuevo, 65 y 76, de von Hannover 1). Aunque se distingue en la fecha, ninguna de las citas de la STC utiliza la nomenclatura adecuada para distinguir los dos casos a los que genéricamente se denominan von Hannover contra Alemania cuando realmente se trata de dos casos diferentes.

¹⁴ En este contexto las sentencias llegan a manipular su propia jurisprudencia preestablecida haciendo aparecer como reglas generales lo que constituían excepciones derivadas de las situaciones del caso concreto. Así, en el fundamento jurídico 6, se citan las SSTC 139/2001 y 83/2002 (captación de imágenes por familiares y amigos); en el fundamento jurídico 7 se cita la SSTC 115/2000 (filtración de datos por una empleada del hogar; caso Preysler), 231/1988 (imágenes muerte de un torero); SSTC 134/91 y 187/1991 (ambas sobre las circunstancias y elementos de vida privada de hijos menores adoptados por una cantante) o la STC 154/1999 (en la que en sentido contrario a lo que se intenta justificar en el texto se aceptó la lesión a la intimidad de una persona a quien se imputaban abusos sexuales a discapacitados debido al interés público del

Para entender bien la relevancia de estas decisiones, conviene destacar que todas ellas suponen la anulación de sentencias del TS que habían aplicado la doctrina tradicionalmente utilizada en estos casos. Por ello, parece razonable que en el análisis sigamos el orden de los criterios de ponderación utilizados por el TS en su resolución y que son o rechazados o reinterpretados por el TC.

El primer criterio, de ámbito general, expuesto en las diferentes SSTs es el del carácter prevalente de la libertad de expresión e información sobre los derechos del art. 18 CE. Lo cierto es que en este punto las posturas de TS y TC siempre han divergido sutilmente. El TC no utilizaba el término *posición preferente* con habitualidad porque asumía que cabía un predominio de los derechos del art. 18 sobre la libertad de expresión en algunos supuestos. Lo que el TC consideraba importante es que las libertades del art. 20, además de su dimensión individual como derechos fundamentales, tenían una dimensión colectiva o institucional en la medida en que garantizaban la creación de una opinión pública libre. Por ello, en la ponderación entre las libertades del art. 20 y los derechos del art. 18 era habitual que estos cedieran cuando el asunto comunicado versara sobre cuestiones de interés general. Las conclusiones no eran, pues, significativamente diferentes. Sin embargo, el cambio de posición del TC se muestra con bastante claridad, pues rechaza expresamente el carácter preferente de la libertad de expresión declarado por el TS: «Este Tribunal *no puede participar* del argumento de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo *sobre la posición prevalente del derecho a la información* respecto del derecho a la imagen» (STC 19/2014, fundamento jurídico 3). De manera no del todo coherente más adelante sostendrá: «[...] este tribunal ha venido reiterando que la libertad de información «ocupa una posición *especial*, puesto que a través de este derecho no solo se protege un interés individual» para concluir con toda incoherencia consigo mismo: «También hemos afirmado que el *valor preferente* del derecho a la información no significa...» (STC 19/2014, fundamento jurídico 6, en ambos casos citando jurisprudencia anterior).

Entrando ya en los criterios de ponderación utilizados por el TS y reinterpretados por el TC pueden resumirse en los siguientes.

asunto); pero resulta particularmente sangrante la cita incluida en el propio fundamento jurídico 7 a la STC 115/200 que incluye una cita a la STC 29/1992 (relativa a pensiones de viudedad), cuando la sentencia correcta, en todo caso sería la 20/1992 (información sobre una persona privada que padecía SIDA, y por cierto, en este caso se consideró que estaba justificada la transmisión del dato), perpetuando así en el tiempo una cita errónea catorce años después.

Respecto al tipo de persona afectada por la información, el planteamiento del TS es que los derechos de la personalidad sufren una reducción sustancial de su ámbito de protección en el caso de las personas públicas o personas con proyección/notoriedad pública. De este modo, aunque no se diga con la misma claridad en todas las SSTS, la información sobre una persona pública o con proyección pública tiene interés público en el sentido de que constituye el objeto de la libertad de información, una posición que no divergía sustancialmente de la mantenida por el TC con anterioridad. El TC se aleja totalmente de esta concepción. Muy claramente en la STC 176/2013 y de manera coherente en el resto de decisiones incluidas. Así, desaparece de la jurisprudencia la distinción entre persona pública y persona con notoriedad pública. El concepto de *persona pública* aparecía normalmente referido a los políticos electos y, sin embargo, en el Caso Álvarez Cascos se le considera una persona con notoriedad pública. En virtud de este cambio solo los aspectos de su vida que tengan relación directa con los motivos por los que adquirió tal condición pueden ser objeto de información. El que tenga una nueva relación sentimental o que vaya de vacaciones con su pareja y la familia de ambos carecen de interés general. Lo curioso es que estas afirmaciones intentan justificarse en la STEDH von Hannover (1), cuando precisamente tal resolución (parágrafos 63 y 64) permitía excluir de esta argumentación a los políticos electos. Del mismo modo que los políticos, el resto de personas con notoriedad pública mantendrán intacto su derecho a la intimidad frente a hechos que no tengan relación directa con los motivos por los que adquirieron tal condición. Con ello resulta claro que la captación de la imagen en *top less* de una conocida actriz supone una invasión de su derecho a la propia imagen (STC 19/2014) o que los comentarios e imágenes de la relación entre una actriz y su pareja también sean invasivas de los derechos de ambos (STC 7/2014).

Respecto al criterio de la veracidad aparece fundamentalmente en el caso resuelto en la STC 190/2013, pues en los demás supuestos no se cuestiona nada al respecto. En esta decisión dos son las cuestiones relevantes que se afrontan. Por una parte, si las afirmaciones vertidas en los programas afectados constituían o no imputación de hechos. El TC asume que en los reportajes se realizaba una imputación de paternidad pese a que no se dijera directamente y a las claras, puesto que lo que había eran insinuaciones y deducciones (bastante evidentes, eso sí). Ahora bien, y este es el segundo aspecto de la cuestión que resulta mucho más relevante, el TC da un segundo paso al afirmar que el derecho a la intimidad puede verse afectado «por meras especulaciones o rumores sobre su filiación. Carece de importancia que se revele con rotundidad a modo de noticia cierta o se especule con varios nombres... Es en sí mismo, abordar el tema de la filiación [...] lo que puede llegar a vulnerar el derecho a la intimidad del recurrente» (FJ 5). Esta construcción rompe con la que con

anterioridad había inspirado las relaciones entre veracidad e intimidad. En la anterior posición jurisprudencial, la veracidad era una causa de justificación de la invasión del derecho al honor, pero en el caso de la intimidad se convertiría no en una justificación sino en un prerequisite de la invasión de la intimidad. Si los hechos no son ciertos, se razonaba, no pueden constituir vida privada de nadie. Solo si los hechos son ciertos, pueden considerarse lesivos de la intimidad. Esta STC acaba, afortunadamente, con la anterior posición al no condicionar a la prueba de la verdad la violación de la intimidad, pues ello situaba a los afectados en una posición insostenible que los obligaba a hablar de su vida privada cuando se les imputaban hechos falsos y aun en contra de su voluntad. De este modo, ahora, basta el especular sobre temas de la vida privada para que la intimidad se vea afectada. Esta solución parece mucho más correcta: nadie tiene por qué hablar (con verdad o sin ella) sobre aspectos de la vida privada que no tengan trascendencia pública.

Respecto a la notoriedad pública de las parejas de personajes conocidos, en la jurisprudencia anterior se veían convertidas en personas con notoriedad pública en la medida en que esa relación constituía un asunto con interés general. Sin embargo, la nueva configuración de la persona con notoriedad pública, en la que las reducciones del derecho a la propia intimidad solo son tolerables en relación con los hechos por los que se adquirió tal proyección colectiva, implicará que las parejas de las personas con notoriedad pública no puedan verse, como hasta ahora, *arrastradas* a la notoriedad pública si no la tienen por sí mismos, pues nada tienen que ver con los motivos por los que sus parejas adquirieron tal notoriedad (de modo que ni la pareja de un político (STC 176/2013) ni la de una actriz (STC 7/2014) podrán ver invadidos su ámbito de privacidad por el mero hecho de mantener una relación afectiva). El problema es particularmente claro cuando hablamos de derecho a la propia imagen y no de derecho a la intimidad como consecuencia del art. 8.2.c) de la LO 1/1982 en el sentido que se examina a continuación.

En lo referente al concepto de lugar público, el asunto von Hannover (1) planteaba desde su origen un grave problema al ordenamiento jurídico español. En concreto el art. 8.2.a) LO 1/1982 excluía la necesidad de consentimiento para la captación y difusión de imágenes de «personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público». La prohibición contenida en la STEDH recién citada precisamente impedía que pudieran captarse imágenes de personas con notoriedad pública en lugares públicos si estas no mantenían relación con los motivos por los que habían adquirido tal notoriedad, esto es, si no era por ejercicio de la profesión o del cargo público del que, en su caso, fueran titulares (todo ello con la posible excepción, no se olvide, de los políticos electos según los parágrafos 63 y 64 STEDH von

Hannover contra Alemania). La práctica española en aplicación de la LO permitía la difusión de este tipo de imágenes captadas en lugares públicos sin mayor problema excluyendo solo aquellas en las que la captación de las imágenes se hubieran producido en un contexto de privacidad o, al menos, con una clara expectativa de privacidad (así los conocidos casos Alcocer en los que la captación de imágenes en una playa o en una reserva natural en el extranjero los realiza un familiar en un contexto de confianza mutua o los conocidos casos de Silvia Munt o Buenafuente en los que la captación de su imagen desnuda se realiza en una playa pública situada en un lugar de difícil acceso donde se ha buscado de manera evidente un contexto de privacidad). La Sentencia de Carolina de Mónaco planteaba un problema adicional como era el hecho de que no distingue claramente entre derecho a la vida privada y derecho a la propia imagen simplemente porque el Convenio Europeo no lo hace e incluye al segundo en el primero. La diferencia con el ordenamiento español es clara, pues se reconocen por separado de modo que el art. 8.2.a) LO 1/1982 se dirige específicamente a la protección de la imagen y nada dice de la intimidad.

El TC en los casos 176/2013; 7/2014 y 19/2014 rompe de manera radical con la jurisprudencia anterior. Empezando por la primera y más importante, el TC cambia las reglas del juego exigiendo que, para que sea legítima la captación y difusión de la imagen del, entonces, ministro de Fomento de vacaciones en un hotel de Lanzarote, debe concurrir «que el acontecimiento revista interés público o la imagen se haya divulgado con su consentimiento» (FJ 6)¹⁵. Esta afirmación supone introducir un elemento nuevo que no está en la LO, el que las imágenes han de tener interés público por sí mismas. El problema es que la presencia de interés general en las fotografías no es parte del precepto. Este solo exige que las fotos se realicen a «cargos públicos o personas con notoriedad pública» y que se efectúen durante un «acto público o en un lugar abierto al público». Precisamente lo que hacía el art. 8.2.a) era presumir (con la sola excepción jurisprudencial de presencia de un contexto claro de privacidad expresado en las circunstancias concretas del caso —fotos tomadas por un familiar o amigo— o en lugares de difícil acceso en el que se controla quienes pueden observar) que la imagen de una persona pública o con proyección pública captada en un lugar público tenía en sí misma ese interés general

¹⁵ Para hacer esta afirmación, el TC se apoya de manera muy sesgada en la STC 139/2001 y en la STC 83/2002. Ambas SSTC son las que resolvieron los asuntos Alberto Alcocer; en ambos casos la clave no estaba en el lugar dónde se tomaron las fotos (una playa y una reserva natural) sino en el contexto: fue un familiar y un amigo los que hicieron las fotos sin que nunca se supiera cómo llegaron a los medios.

que ahora demanda el TC. La construcción realizada en la STC Álvarez Cascos no era, además, una exigencia de la STEDH von Hannover (1), pues, como se ha señalado, la citada STEDH aceptaba exceptuar la captación y difusión de imágenes de políticos en lugares públicos aunque su actividad no tuviera que ver con el cargo público del que disfrutaban.

Las SSTC 7 y 19/2014 sacarán las consecuencias pertinentes tanto de la STEDH Carolina como de la recién citada 176/2013. La captación y difusión de la imagen de una persona con notoriedad pública en un lugar público no están tuteladas por el derecho a la información, a no ser que posean un interés general determinado en función de los motivos por los que tal persona adquirió la notoriedad. Así el romance de una actriz o su disfrute de la playa en *top less* nada tienen que ver con su profesión y, por tanto, no justifican los reportajes aparecidos en sendas revistas. Este planteamiento será particularmente claro con respecto a las parejas afectadas en las tres sentencias. La nueva pareja del ministro de Fomento o la pareja de la actriz no son personas con notoriedad pública alguna, no tiene ningún interés general informar sobre ellas por lo que su imagen no puede ser captada ni difundida.

En los casos de las SSTC 176/2013 y 7/2014 esta conclusión será aún más clara, para el TC, dado que la naturaleza de las fotos suponía la transmisión de una información, la relación afectiva, que constituía una violación de la intimidad de los afectados. No ocurría lo mismo en el caso de la STC 19/2014, aunque en este caso no está claro el motivo, pues la STC parece insinuar (sin decirlo claramente) que la intimidad de la actriz estaría también afectada, pero en el procedimiento judicial y de amparo solo se reclamó por violación del derecho a la propia imagen. Sin embargo, en las SSTC se nota cierta confusión acerca de qué derechos se están protegiendo en cada caso, intimidad, imagen o ambos.

En lo relativo a la importancia relativa de las pautas de comportamiento previo de quien alega la defensa de su intimidad, también se aprecia un cambio sustancial. En el pasado, quien hubiera hablado de cuestiones relativas a su intimidad o hubiera traficado con ellas se encontraría en una situación mucho más débil que quien la hubiera defendido con ahínco. Sorprende en la serie de SSTC examinadas el nulo papel conferido a este comportamiento previo, excepto, quizás, en el caso de la STC 190/2013 en la que se constata la intención clara de preservar el dato íntimo objeto de la información periódica por parte tanto del afectado como de su madre. En este caso, ese comportamiento previo juega en contra de la libertad de información. Ahora bien, cuando los afectados sí han participado en programas del corazón (Mónica Estarredo) o cuando han hablado de su concreta relación afectiva (Álvarez Cascos) no se tiene en cuenta tal actitud de manera determinante para establecer la violación del derecho a la intimidad. Particularmente clara resulta la si-

tuación en la STC 176/2013, puesto que en esta se considera una invasión de la intimidad por poner de relieve una relación afectiva íntima que carece de interés general, pese a que el afectado había reconocido con anterioridad su existencia en declaraciones públicas. Lo cierto es que no se entiende cómo puede ser parte de la intimidad de nadie un dato que él mismo ha hecho público ante los medios con anterioridad. Sobre este punto volveremos más adelante.

Otro criterio esencial para determinar la ponderación en los casos de conflicto entre libertad de expresión y derecho a la intimidad había sido tradicionalmente en España que la transmisión sea realizada a través de la prensa; de los medios de comunicación social. El motivo resultaba claro, pues se concibe a la prensa como un *intermediario natural* entre la noticia y la sociedad y con ello como un *vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública*. Tras esta concepción puede reconocerse sin dificultad la idea del TEDH en la que la prensa es el *perro guardián de la democracia*. Este criterio, como tal, no aparece en ninguna de las SSTC examinadas. El motivo puede deducirse de algunas afirmaciones contenidas en ellas y referidas a que no nos encontraríamos ante una verdadera prensa, sino más bien ante medios de entretenimiento que no buscarían finalidades informativas sino finalidades puramente económicas. Sería una *cierta prensa* como mucho que se dedica en fin al cotilleo. El tema es muy delicado, pues es bien cierto que entre los medios de comunicación hay una variedad enorme y que no contribuyen por igual a la formación de una opinión pública libre unos y otros. Pero es extremadamente difícil en la práctica diferenciar entre medios informativos y medios de entretenimiento, pues coexisten (el caso de la revista *Interviú* de la STC 19/2014 es paradigmático, pero también podría afirmarse del programa *Crónicas Marcianas* afectado en la STC 176/2013). Y, por otra parte, no se puede afirmar taxativamente que los medios de entretenimiento no contribuyen en absoluto a formar una opinión pública libre. Ciertamente no contribuyen de la misma forma que los medios *serios*, pero eso no significa que no lo hagan en absoluto a no ser que adoptemos una interpretación de lo que sea una opinión pública libre absolutamente restrictiva.

Para paliar esta objeción, alguna de las SSTC utiliza la noción de *animus*. De este modo se atiende a la existencia o no de la intención de informar en el marco del programa afectado. Aquí nos deslizamos por unos caminos peligrosos que parecían superados. La teoría del *animus* aplicada a la libertad de expresión era la utilizada durante el régimen franquista y fue duramente criticada y abandonada (aunque en ocasiones reapareciera esporádicamente en la jurisprudencia ordinaria) en los primeros años de la democracia por ser absolutamente incoherente con el sistema democrático y con la vigencia de los derechos. La clave de si una información está o no tutelada no puede radicar en la intención más o menos formadora de la opinión pública por parte de

quien informa, sino en si la cuestión tiene interés general y es sustancialmente veraz. Cuál sea la intención del informador es irrelevante, pues pueden existir incluso intenciones absolutamente rechazables (venganzas personales o ánimo de desprestigiar al afectado) que no obstan en modo alguno a que se esté ejerciendo legítimamente un derecho indispensable para la formación de la opinión pública.

En el fondo, quizás lo más importante es el cambio en la noción de *interés o debate público* que subyacía ya en la jurisprudencia von Hannover (1) y que este desarrollo jurisprudencial ha venido a reconocer en España. La determinación del interés o trascendencia pública en la jurisprudencia anterior era bastante clara. Un asunto suscitaba interés público cuando su conocimiento tenía trascendencia pública en el sentido de que permitía la participación del ciudadano en la vida colectiva. Consciente de lo genérico de esta definición, la jurisprudencia establecía que podían distinguirse entre hechos dotados de trascendencia en sí mismos y hechos que afectaban a personas públicas o con proyección pública

Como hemos tenido ocasión de comprobar, la distinción entre personas públicas, personas con proyección pública y personas envueltas en asuntos de interés público ha desaparecido como consecuencia de la interpretación conferida a la Sentencia Carolina. Pero también han desaparecido los criterios que orientaban la determinación de que un hecho tuviera trascendencia pública. Estos criterios giraban sobre todo en torno a que el asunto hubiera atraído la atención de la prensa (entendida en sentido amplio); que hubiera existido un debate en los medios de comunicación, que hubiera tenido seguimiento en la opinión pública y que no se hubiera producido una clara invasión de los derechos de terceros y muy singularmente el derecho a la intimidad (así, por ejemplo, asuntos que suponían la identificación del origen biológico de hijos adoptados o la revelación de datos obtenidos en virtud de relaciones laborales con personas públicas o la captación de imágenes en contexto de privacidad muy claros). Estos criterios parecen haber desaparecido y se consideran irrelevantes especialmente si se trata de «cierta prensa». Con ello se deja en manos del juez determinar qué posee interés general sin criterios orientadores claros. Puede así llegar a afirmarse que las vacaciones y vida sentimental de un ministro no tiene interés general sin matizar en absoluto qué aspectos de la vida privada no lo tienen y qué aspectos puede que sí lo tengan.

4. LA ACEPTACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO

A diferencia de los conocidos enfrentamientos entre la Sala Primera del TS y el TC con motivo de la anulación de sentencias de aquel por este a consecuencia, precisamente, de una diferente comprensión de los límites a la li-

bertad de prensa (el Caso Preysler es, sin duda, paradigmático), no se ha producido conflicto alguno en este cambio de orientación jurisprudencial entre ambas instancias. Y ello en el doble sentido en que este conflicto se podría haber generado: el de la correcta ejecución de las sentencias del TC y en el de la asunción de los nuevos criterios jurisprudenciales.

En el primer sentido es de destacar cómo el TS ha aceptado sin ningún reproche la decisión de anular sus previas sentencias y ha dictado las que corresponden dada esa anulación. Así la STS 3056/2014, de 17 de julio, para Melanie Olivares (declarando firme la indemnización en favor de la demandante establecida por la Audiencia Provincial y que ascendía a 70 000 €); la STS 1812/2014, de 30 de abril para Álvarez Cascos (declarando firme la indemnización establecida en primera instancia de 600 € para cada uno de los recurrentes); la STS 4003/2014, de 15 noviembre para Mónica Estarreado (confirmando también la indemnización fijada en la Audiencia Provincial con un montante de 12 000 € para cada uno) y la STS 313/2014, de 5 de junio, para Miró (1), en que no confirma totalmente la sentencia de la AP (indemnización de 300 000 €) como consecuencia de una aplicación absolutamente leal del contenido de la decisión del TC (que aconsejaba, según el TS, la reducción de la indemnización a 200 000 €). El acatamiento de las decisiones es sin reservas en todos los casos y con mención expresa a sus obligaciones legales derivadas del art. 5 LOTC.

Pero es más significativo el respeto a la jurisprudencia establecida en estas cuatro decisiones en las SSTS dictadas sobre los nuevos casos que sobre límites a la libertad de expresión ha ido dictando el TS desde febrero de 2014. En estas sentencias los cambios de criterio apuntados en estas páginas son asumidos como propios, citados expresamente y aplicados sin ninguna duda. Solo en aquellos supuestos en los que se planteaban cuestiones diferentes a las existentes en los examinados en estas páginas se aprecia una vuelta a criterios de ponderación anteriores a 2013. En tal sentido pueden consultarse casos como los de la STS 79/2014, de 28 de mayo, donde tras recordar que las personas públicas pueden ver limitada su intimidad «siempre que haya una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos»; con cita expresa de la STC Álvarez Cascos; STS 417/2014 (información sobre tratamiento fertilidad de conocida actriz y su pareja también actor), con cita a la STC 190/2013; STS 469/2014, de 17 de septiembre, sobre información de salud de político¹⁶, con

¹⁶ El fundamento jurídico séptimo, apartado 4 de esta STS no deja lugar a dudas sobre la aceptación de la doctrina Álvarez Cascos (en un supuesto en el que el recurrente es el mismo pero esta misma doctrina le va a perjudicar al relajarse las exigencias de veracidad por el interés público): concurrían, por tanto, los dos elementos —carácter

cita STC 179/2013; la STS 617/2014, de 31 de noviembre, con cita SSTC 190/2013 y 19/2014; la STS 474/2014, de 30 de septiembre, con cita STC 79/2014; STS 666/2014, de 5 de noviembre, con cita de todas las SSTC de 2012, 2013 y 2014 utilizadas en este trabajo), siendo particularmente clara al sostener «la actual doctrina constitucional (SSTC 19/2014 y 12/2012) es muy clara en el sentido de condicionar su protección a que los hechos sobre los que se informe estén conectados con la proyección pública de la persona a la que se refiere o con las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada» (fundamento jurídico Sexto).

Solo la STS 436/2014, de 28 de junio, va a presentar una interesante novedad al incorporar la jurisprudencia Springer a través de la cita expresa a von Hannover (2) y a sus criterios de ponderación. Pero el examen de esta sentencia tiene sentido desde la óptica general del respeto o no a tales criterios en el estadio actual de la evolución de la jurisprudencia en España.

IV. LA INADECUACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA A LOS CRITERIOS ESTABLECIDOS POR EL TEDH

Si comparamos la jurisprudencia española desde finales de 2013 con los criterios delimitados por el TEDH, lo cierto es que no podemos sino concluir que no se están respetando.

Así, el primer criterio es la contribución a un debate de interés general (párr. 90 STEDH Springer). Aunque no sea abordado de manera directa en esos mismos términos, es bien cierto que constituye uno de los puntos clave de la jurisprudencia. Sin embargo, ha de notarse que, en la valoración de qué es interés general, el TEDH ha excluido las dificultades matrimoniales de un presidente o los detalles de la relación sexual de un primer ministro (Standards Verlags Gmbh contra Austria (2)), pero ha considerado que «la relación entre un primer ministro y una mujer joven sí concierne un debate de interés público, pues puede dar indicaciones de la honestidad y capacidad de juicio del primero»; igualmente considera que la información respecto al estilo de vida y en general la protección de las autoridades políticas también han de considerarse de interés general (STEDH Ruusunen contra Finlandia y Ojala, 24 de febrero de 2014 párrafo, 49; idéntico sentido en Ojala & Etukenen Oy, contra Finlandia de idéntica fecha para el mismo supuesto). Esto es, parece

público de la persona afectada (elemento subjetivo) y relevancia pública de los hechos objeto de información (elemento objetivo)— que la STC 176/2013 considera precisos para proteger las informaciones que afecten a la intimidad personal.

claro que, aunque el criterio de la contribución al interés general esté en la argumentación del TC, la aplicación al caso, es muy diferente pues el TC considera que las vacaciones con su nueva pareja de un ministro del Gobierno no contribuye a generar ese tipo de debates.

El segundo criterio se refería (párr. 91) a cuan conocida sea la persona afectada y cuál sea la materia del reportaje. En este sentido, el TEDH desarrolló la excepción ya contenida en *von Hannover* (1) sostuvo que el derecho del público a ser informado puede extenderse a aspectos de la vida privada, «en especial cuando son políticos los concernidos». Esto es en la distinción utilizada entre personas públicas y privadas, los políticos son los que más ven reducido su derecho. La explicación la encontramos en el anterior criterio y se refiere a que en la vida privada de los políticos hay aspectos que afectan no solo a su comportamiento como servidor público, sino también a su ejemplaridad y, por tanto, a su capacidad de juicio, su honestidad, su estilo de vida o los costes de su vida privada en términos de medidas de seguridad. Todos esos aspectos son relevantes, de modo que solo los mensajes que no tengan absolutamente ninguna conexión con esos ámbitos y persigan la satisfacción de la curiosidad podrán operar como un límite eficaz a la libertad de expresión. Por eso, el TEDH es tan restrictivo con la vida privada de los políticos y solo ha incluido aspectos como la vida sexual o los problemas matrimoniales y, sin embargo, acepte la existencia de relaciones con una joven o el altercado, con difusión de imágenes, entre un defensor del pueblo, su mujer y una amiga de aquél que tiene lugar en la calle y que acaba en divorcio¹⁷. Sea como fuere, lo cierto es que la jurisprudencia española no resiste el análisis en el *Caso Álvarez Cascos* porque no se establece ninguna distinción entre el tratamiento del asunto según que la persona sea un político electo o no lo sea. Como no lo es al no distinguir entre aquellos aspectos de la información que sean exclusivamente privados (si es que los hubiere) y los aspectos públicos de la información o de los comentarios (por ejemplo la puesta en cuestión de la coherencia entre comportamiento privado y defensa de determinado tipo de valores en los programas defendidos). Como declara el TEDH en el asunto *Alberto de Mónaco* (párr. 49): «Por ejemplo, un político, como tal, inevitable y conscientemente se coloca a sí mismo en una posición abierta al escrutinio profundo por cada palabra y acto tanto frente a los periodistas como frente a los ciudadanos en general y por tanto debe aceptar un mayor grado de tolerancia»¹⁸. El

¹⁷ Se trata de los cinco condenas contra Finlandia antes incluso de la STEDH Springer, el 6 de abril de 2010.

¹⁸ Esta es una posición habitual del TEDH que se ha venido construyendo en particular no tanto con respecto al derecho a la vida privada del art. 8 del CEDH cuanto respec-

criterio, sin embargo, está bien utilizado en el resto de casos en los que no se trataba de políticos, sino de personas conocidas en relación con cuestiones que nada tenían que ver con los motivos por los que adquieren relevancia pública.

El tercer criterio utilizado en la jurisprudencia europea se refiere a la conducta anterior de la persona afectada. Este criterio no solo no es utilizado por el TC, sino que es un criterio expresamente rechazado y al que se niega ningún tipo de virtualidad. Esto es, que la información fuera conocida previamente o que la imagen hubiera ya aparecido en la prensa es considerado por el TC irrelevante en los asuntos Álvarez Cascos, Mónica Estarreado y en los dos asuntos Miró.

El cuarto criterio es el método de obtención de la información y su veracidad. En los casos españoles no se planteaba ningún problema de veracidad y respecto al método lo cierto es que es tenido claramente en cuenta por parte del TC, si bien no con la rotundidad que cabría esperar con la jurisprudencia de Estrasburgo en la mano.

El quinto criterio, contenido, forma y consecuencias de la publicación, no es tampoco valorado en absoluto por la jurisprudencia española que no se preocupa en el modo en que se transmite la información, cómo se presenta a la persona afectada y la difusión que tenga el mensaje solo se valora en sede ordinaria, no en la valoración de derechos fundamentales, para la fijación de la indemnización.

El sexto y último criterio, tampoco es utilizado por el TC (y en este caso tampoco por la jurisdicción ordinaria) y radica en la proporcionalidad de la sanción. Este criterio es relevante, pues exige que se aplique al campo de las indemnizaciones por invasión de la vida privada el criterio de proporcionalidad que solo se usa, habitualmente, en el caso de la imposición de sanciones penales. Este criterio sin embargo, simplemente no existe ni en la jurisdicción ordinaria ni en la constitucional. De este modo el TEDH puede considerar que es desproporcionada la sanción por la revelación de la paternidad del príncipe Alberto a 50 000 € a la vez que la jurisprudencia española, solo siete días antes, considera que la indemnización de 200 000 € es la adecuada por

to a la definición del límite a la libertad de expresión contenido en el art. 10.2 CEDH: la reputación (que a su vez entiende incluido en el art. 8 como parte del derecho a la vida privada). En concreto, el asunto se ha construido respecto a la utilización de términos o la imputación de comportamientos particularmente criticables a figuras políticas o a cargos institucionales, o por todos pueden consultarse Lopes Gomes da Silva contra Portugal o Eon contra Francia y para el lector español es bien conocida Otegui Mondragón contra España.

hablar de la identidad del padre de una persona conocida o que también lo es 70 000 € por mostrar el *top less* de una actriz (en sentencia del TS dictada apenas un mes después).

Dada esta falta de adecuación de la jurisprudencia europea, resulta relevante la STS 436/2014, de 28 de junio. Esta decisión va a salirse de la línea marcada por el TC y aceptada por el TS. Y lo va a hacer, precisamente, apoyándose en los criterios jurisprudenciales europeos correspondientes a 2012. En el asunto se discutía una demanda de protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen por parte de la anterior duquesa de Alba contra una televisión por la emisión de programas donde se trataron, acompañadas de imágenes, cuestiones como la salud de la afectada o su deseo de contraer matrimonio. Resulta verdaderamente curioso que en esta STS (pese a que el ponente coincide con bastantes de las decisiones citadas más arriba) se excluya cualquier mención a las SSTC examinadas en estas páginas. Y ello a pesar de hacer un detallado examen de los criterios utilizados por el TC para resolver este tipo de supuestos. De este modo se cita algunas sentencias anteriores para justificar criterios de cuya aplicabilidad cabría matizar tras el cambio jurisprudencial de 2013-2014 («la veracidad no es paliativo, sino presupuesto, en todo caso de la lesión —STC 2071992— se dice en el fundamento jurídico 7.3.º —olvidando la STC Miró 1). Pero lo que resulta de particular interés es que el TS la cita expresa de von Hannover (2) para acentuar que la duquesa de Alba es persona pública tanto por su pertenencia a la nobleza como por su comportamiento anterior con los medios; la información sobre su enfermedad y su boda tenían interés general porque había sido objeto de seguimiento en los medios (incluidos los llamados medios «más solventes o acreditados»); los comentarios que podrían afectar a la intimidad (como que no se encontraba en plenas facultades mentales, posible demencia, atragantamiento con un zumo de naranja, etc.) era aceptables porque se hicieron en un tono general de respeto; en fin:

[...] tratar la fragilidad de la condición humana en relación con una persona determinada, que es lo que en líneas generales se hizo en el programa enjuiciado, no constituye siempre y en todo caso una intromisión ilegítima en la intimidad personal y familiar, pues hay circunstancias que, como las concurrentes en el presente caso, pueden justificarlo en atención a la relevancia pública e histórica de esa persona, a la frecuencia de sus apariciones, muchas veces voluntarias, en los medios de comunicación y, en fin, al interés general sobre su estado de salud en relación con un propósito de contraer matrimonio que podía tener repercusiones en el patrimonio y las relaciones familiares de la casa de Alba (FJ 8.4.º).

Ciertamente esta sentencia se aleja de la línea jurisprudencial descrita. Hablar y comentar sobre las relaciones sentimentales de un ministro y de una actriz constituye una invasión a la intimidad. Hablar sobre la paternidad de un famoso, también. Hablar sobre la salud y el deseo de casarse de la duquesa de Alba está justificado. ¿Cuál es la diferencia? La respuesta es un uso correcto de los criterios jurisprudenciales europeos y ponerlos en valor claramente: el interés general que despiertan ciertos personajes públicos (que incluye sus enfermedades), el grado de conocimiento de la persona afectada para el público (muy alto), cómo se ha comportado en el pasado (declaraciones continuas sobre su vida), valorar la buena fe en el tratamiento de la información (no se utilizan medios ocultos y la información es sustancialmente veraz), y por último, la presentación «dentro de un tono general de respeto» de la información. Esto es los cinco criterios sustantivos del TEDH aparecen de un modo u otro en esta STS. Si el TS hubiera optado por seguir la construcción del TC en Álvarez Cascos, Miró y Mónica Estarreado, la conclusión podría no haber sido la misma.

V. DOS DIVERGENCIAS FINALES DE FONDO

Resulta, pues, claro que la jurisprudencia española no está en la misma línea que la del TEDH. Y no tanto por los resultados, pues es posible que en estos mismos casos el TEDH hubiera alcanzado parecidas soluciones (excepto en las cuantías indemnizatorias probablemente), como en el *método* utilizado para alcanzarlas que es, como se ha dicho más arriba, la clave en este tipo de supuestos. Pero más allá de estas diferencias existen, a nuestro juicio, dos divergencias de fondo, si se quiere de naturaleza dogmática que conviene apuntar aunque no puedan desarrollarse plenamente en el marco de este trabajo.

1. INTIMIDAD VS. VIDA PRIVADA PERSONAL Y FAMILIAR

No por obvio resulta menos importante recordar que el derecho a la vida privada personal y familiar reconocido en el art. 8 CEDH no es el derecho a la intimidad del art. 18 CE. Ni siquiera aunque consideremos en su conjunto el art. 18 como incluyente de intimidad, honor, propia imagen, inviolabilidad de domicilio, secreto de las comunicaciones y protección de datos. El derecho a la vida privada del Convenio es mucho más amplio y no responde a los mismos criterios de delimitación que los derechos del art. 18 de la CE. Y precisamente por esos motivos ha generado ya problemas en el pasado y, sin duda, los generará en el futuro.

No está de más recordar las palabras del TEDH en el Asunto Alberto de Mónaco que reitera una jurisprudencia muy asentada: «La noción de “vida privada”, es un concepto amplio, no susceptible de definición exhaustiva, que cubre la integridad física y psicológica de una persona y puede, por tanto, incluir múltiples aspectos de la identidad de una persona, tales como la identificación de género, la orientación sexual o el nombre [...]». De este modo, en una cita clásica, la Corte «no considera posible ni necesario intentar definir de manera exhaustiva la noción de *vida privada*, pero sería excesivamente restrictivo tratar de limitarla a un círculo íntimo en que cada uno desarrolla su vida personal y en particular incluirá el derecho a formar y desarrollar relaciones con otros seres humanos, incluyendo relaciones de naturaleza profesional o empresarial (Niemietz contra Alemania, de 16 de diciembre de 1992). Existe pues una cierta proximidad entre ambos preceptos de modo que el art. 8 incluye los derechos reconocidos en el art. 18 CE, pero es algo más, como muestran los desarrollos y el uso del art. 8 para muchas otras situaciones que abarcan el reagrupamiento familiar o la noción de *arraigo* en la expulsión de extranjeros e incluso la consideración de que un despido laboral constituye una injerencia en el derecho a la vida privada.

Pero más allá de esta diferencia de contenidos, el derecho a la vida privada y los derechos contenidos en el art. 18 responden también a una diversa forma de aproximarse al bien jurídico protegido. Por ponerlo en unos términos sencillos dadas las restricciones de tiempo y espacio de las presentes líneas: los derechos del art. 18 son a menudo denominados derechos de la personalidad por su intrínseca conexión con la dignidad humana, mientras que el derecho a la vida privada personal y familiar del art. 8 se conecta no solo con la dignidad sino también con la libertad o, si se prefiere evocar la Constitución española, con el libre desarrollo de la personalidad. Desde el primer punto de vista, la intimidad o la imagen se satisfacen con el pleno control del sujeto sobre los datos (o la imagen) que los demás conocen de uno mismo de acuerdo con la aproximación subjetiva al concepto que mayoritariamente nutre la jurisprudencia y doctrina española. Mientras tanto, el art. 8 del Convenio requiere otra aproximación porque la clave no está tanto en que los demás conozcan o no aspectos de nuestra vida como en que en su comportamiento nos dejen desarrollarnos como seres humanos, sin interferir injustificadamente en esas actividades personales y libres que configuran nuestro derecho y que, y esto es lo importante, no tienen por qué ser *secretas* o *confidenciales*¹⁹. Simpli-

¹⁹ Ha de destacarse que en alguna jurisprudencia del TC se pueden encontrar algunos (pocos) desarrollos de esta idea en el ámbito del ejercicio del derecho a la intimidad en el marco de las relaciones laborales o en el de las inmisiones acústicas. Sin embargo,

ficando el argumento, la difusión de datos secretos o confidenciales posiblemente lesionaran la intimidad y la vida privada. Pero hay ocasiones en que datos perfectamente conocidos y actividades que pueden ser accesibles para muchos, son, sin embargo, parte de la vida privada del individuo, aunque no pueda controlar que sean conocidos por terceros. Por ello el tercer criterio propuesto en la sentencia Springer es muy significativo: el que la conducta o el dato hubiera sido ya revelado es un elemento a tener en cuenta; pero no es el único. Esto es, como se señaló en Alberto de Mónaco, el dato dejó de ser confidencial, pero eso no significa que necesariamente no entrara en juego, después de conocido, el derecho a la vida privada de la persona afectada. Sin embargo, en la jurisprudencia española este planteamiento solo era aceptable cuando entraban en juego circunstancias especiales (niños adoptados, imágenes captadas en contextos de intimidad, imágenes captadas en lugares ocultos o alejados; imágenes o datos afectantes a aspectos en sí mismos íntimos como la muerte; captación o difusión ilegal en el origen de la revelación del dato o imagen; etc.), puesto que, si la intimidad la determina cada persona cuando decide lo que los demás conocen de nuestra vida y si la persona lo ha revelado, tal dato dejará, lógicamente, de ser íntimo. De este modo, en definitiva, lo que ocurre en público solo será íntimo (en el sentido que a este derecho se ha conferido en la jurisprudencia constitucional sobre el art. 18 CE) en determinadas circunstancias concretas (aspectos objetivamente íntimos, como la muerte y el origen biológico, o contextos buscados de privacidad), pero podrá perfectamente ser incluido dentro del concepto de *vida privada* utilizado por el TEDH al aplicar el art. 8 CEDH.

Al convivir dos derechos de contenido y alcance diferentes y ambos aplicables al caso las disfunciones se convierten en inevitables como, por otra parte, ya sabíamos desde la STEDH López Ostra contra España. Pero mientras el TC no reconozca la expansión de los derechos contenidos en el art. 18 CE para cubrir todos los aspectos incluidos por el TEDH en el art. 8 CEDH, estos problemas interpretativos seguirán produciéndose.

2. PONDERACIÓN VS. PROPORCIONALIDAD

La jurisprudencia española al resolver el conflicto entre los derechos del art. 18 y el derecho a la libertad de expresión ha aplicado habitualmente un test de ponderación dónde los criterios estaban razonablemente claros (paradigmática es la STC 105/1990). El TEDH también usa un test de pondera-

estas líneas jurisprudenciales no se han desarrollado mucho más y, sobre todo, no se han extraído todas las consecuencias posibles.

ción con criterios muy claros (paradigmática aquí será la STEDH Axel Springer). Sin embargo, como hemos tenido ocasión de comprobar a lo largo de estas páginas, la última jurisprudencia española parece haber iniciado la senda de la aplicación de un test de proporcionalidad al conflicto entre ambos derechos. Esto es muy claro, como se ha apuntado, en el supuesto de cámaras ocultas, pero también aparece en el resto de sentencias al referirse a los sacrificios innecesarios del derecho a la intimidad (imagen), a lo inadecuado del medio para obtener el fin informativo; a la importancia de la existencia de fin informativo o no, o incluso a la falta de proporcionalidad entre los hechos y los comentarios²⁰.

El asunto no es baladí, puesto que no es lo mismo, ni lleva a las mismas soluciones, la aplicación de un test de proporcionalidad y de un test de ponderación, dado que el primero resulta mucho más restrictivo de la libertad de acción de un sujeto normalmente público o situado en una situación de superioridad frente a otro sujeto cuyo derecho se ve limitado como consecuencia de dichos actos²¹. En el test de ponderación la posición de los sujetos es similar por lo que la libertad de acción de uno de ellos es mucho más amplia y no admite el mismo tipo de límites. Precisamente por eso la ponderación se suele reservar para las relaciones entre privados, titulares ambos de derechos, que es precisamente lo que ocurre en el conflicto entre intimidad/imagen y libertad de expresión. Si se quiere en otros términos, si aplicamos a este tipo de casos el test de proporcionalidad habitualmente estableceremos como fin legítimo la finalidad informativa y valoraremos la actuación de quien transmite el mensaje como el medio para la consecución de dicha finalidad. Medio al que

²⁰ Así STC 190/2013, FJ 3: el derecho a la intimidad puede ceder siempre que la limitación «esté prevista en una previsión legal que tenga justificación constitucional, se revele necesaria para lograr el fin legítimo, sea proporcionada para alcanzarlo y sea además respetuoso del contenido esencial del derecho»; STC 7/2014, FJ 3: el derecho a la intimidad otorga una facultad de exclusión que «impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación y que sea proporcionada»; STC 19/2014, FJ 6: la intromisión en el derecho a la imagen por el ejercicio de la libertad de información «solo será legítima en la medida en que la afectación de dichos derechos resulte adecuada, necesaria y proporcionada para la realización constitucional del derecho a la información».

²¹ De nuevo resulta casi una manipulación de la propia jurisprudencia que en la STC 190/2013, se apoye la cita reproducida en la nota anterior, justificadora del juicio de proporcionalidad para las invasiones a la intimidad en las SSTC 57/1994, 143/94 y 25/2000 en supuestos todos ellos de relaciones verticales entre ciudadano y administración en relaciones claras de sujeción del ciudadano: desnudos en la cárcel; datos del NIF y admisibilidad de pruebas obtenidas en centros sanitarios.

aplicaremos los test de adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. De este modo el mensaje transmitido tendrá que ser *adecuado* para conseguir el fin informativo; tendrá que ser *el menos lesivo posible de los derechos de tercero afectados* y requerirá que el beneficio obtenido (en términos de formación de una opinión pública libre) con la transmisión de dicho mensaje *compense el daño causado* sobre los derechos del afectado. Con este planteamiento trastocamos la lógica de la libertad de expresión por varios motivos.

En primer lugar porque no se trata de que la finalidad sea informar, esto es irrelevante. Lo que importa es que se produzca un efecto informativo, es decir, que la información contribuya a un debate público con independencia de cuál fuera la finalidad del transmisor del contenido. En segundo lugar, porque no es posible hacer un juicio de idoneidad claro, puesto que si adoptáramos una concepción amplia de la libertad de expresión, cualquier mensaje contribuye a formar opinión pública porque supone la inclusión de nuevos contenidos en el gran mercado de las ideas que posibilitan una sociedad libre (otro problema es que tenga o no éxito en ese mercado). En tercer lugar, porque la libertad de expresión tolera lo molesto y eso supone tolerar lo *innecesario* por lo que someterlo a un juicio de necesidad probablemente rompe su contenido de manera esencial. En cuarto lugar, porque estamos contraponiendo dos intereses que no se sitúan al mismo nivel: un interés colectivo, como es la opinión pública libre (unido al derecho individual a expresar o informar más el derecho individual a ser informado), y otro un derecho absolutamente personal como es la vida privada; el primero es susceptible de infinitas graduaciones y el otro es absoluto, o se lesiona o no se lesiona, aunque haya lesiones más graves y menos graves. En el caso de los límites a la libertad de expresión no se trata de que la información sea la mejor presentada, la menos dañina, la más dirigida a formar opinión pública, la más fácilmente aceptada. La libertad de expresión protege la que inquieta, molesta y perturba. La que es mal recibida. Es precisamente la mal recibida la que debe ser protegida (la bien recibida y aceptada se protege sola). Se trata de decidir no si ejercemos proporcionalmente la libertad de expresión. Se trata de decidir si la ejercemos. Y si lo hacemos, los derechos de los demás ceden por su valor para la formación de una sociedad democrática. Y si no la ejercemos correctamente, entonces esos derechos son plenamente aplicables. No hay, no debe haber, jurídicamente hablando, una libertad de expresión de primera y otra de segunda en función del mal gusto en la forma de presentar una información o en función del objetivo ajeno a la formación de una opinión pública libre (sea entretenimiento o cualquier otra fórmula). Hay o no hay respeto a los criterios que avalan la máxima protección a la libertad de expresión en caso de conflicto con el derecho a la vida privada. Criterios en los que ya se tienen en cuenta esos factores que diferencian a la prensa *seria* de *otro tipo* de prensa que

no por el hecho de tener otros objetivos deja, sin embargo, de ser el intermediario natural (y en ocasiones, desgraciadamente, el único) entre hechos dotados de trascendencia pública y la sociedad.

Eso no significa que el test de proporcionalidad no entre en juego en este tipo de casos. Pero conviene acotar cuándo y cómo.

En primer lugar, el juicio de proporcionalidad es obligado para el TEDH al evaluar el conflicto entre libertad de expresión y vida privada, en cuanto que así ha interpretado las menciones que los arts. 10 y 8 CEDH hacen que las medidas limitativas de los derechos sean «necesarias en una sociedad democrática». Pero ha de notarse que el test de proporcionalidad se aplica no a la injerencia sobre la vida privada de una persona por parte de un medio de comunicación, sino a la injerencia sobre cualquiera de ambos derechos producida por la reacción (o por la omisión de reacción) de las autoridades nacionales limitando (o no reconociendo) el derecho del recurrente. Esto es, el juicio de proporcionalidad realizado por el TEDH se refiere a la relación vertical entre autoridad judicial nacional y particular, cuyo derecho ha sido limitado (o no ha sido protegido). En este contexto el TEDH comprueba si las medidas limitativas del derecho tienen un fin legítimo, están previstas en la ley y son necesarias en una sociedad democrática (la que suele incluir todo un test de proporcionalidad, esto es, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto). Precisamente al establecer la necesidad de la medida pública limitativa del derecho (o la omisión o insuficiencia de la medida de protección del derecho) entra en juego el juicio de ponderación en cuanto que el TEDH, como se recordaba al principio de estas páginas, no sustituye la valoración del caso por el juez nacional, sino que la supervisa. Supervisión que implica la aplicación de lo que en nuestro país se denominaría un canon de motivación reforzado. Esto es, la comprobación de que las autoridades judiciales nacionales, al valorar la relación entre particulares (medio/informador frente a persona afectada en su derecho a la vida privada) utilizó los *criterios de ponderación* elaborados por la jurisprudencia de Estrasburgo. De tal manera que, si tales criterios no fueron usados o lo fueron de manera inadecuada, considerará que la limitación del derecho no era necesaria en una sociedad democrática.

Un segundo supuesto en el que el test de proporcionalidad se utiliza en estos conflictos es el relativo a la entidad de la sanción impuesta a quien ejerce la libertad de expresión. Este test lo utiliza el TEDH, pero lo han de usar también las autoridades judiciales nacionales. En tal sentido el sexto y último criterio de ponderación expresado en la jurisprudencia del TEDH es claro: la severidad de la sanción es esencial para determinar la aceptación de la injerencia. Y ello porque en el campo de la libertad de expresión el efecto disuasorio (*chilling effect*) que una sanción puede tener sobre el ejercicio de esa libertad

por otros sujetos puede ser extremadamente pernicioso para la creación de una sociedad democrática.

El tercer supuesto en el que el test de proporcionalidad ha de utilizarse es un poco más complejo, aunque es el que mejor ha sido detectado por el TC y hunde sus raíces en la primera jurisprudencia Carolina. Tiene su origen en el uso de mecanismos subrepticios de captación de imagen y sonido por parte de los medios. Tanto en Carolina, como en Naomi Campbell, el problema estaba presente, pero va a ser en las sentencias sobre cámaras ocultas dictadas por el TC y por el TEDH dónde se va a formular con total claridad. El argumento, simplificando, sería el siguiente: la utilización de este tipo de dispositivos colocan al periodista/informador en una posición de clara superioridad sobre el particular (o la persona conocida, incluso político) que desconoce que sus palabras y su imagen están siendo registradas y que, por tanto, no solo se comporta de una manera en la que cree que la confidencialidad está asegurada, sino que también piensa que el círculo de personas que está viendo lo que hace o, eventualmente, oyendo lo que dice es reducido. Además, el informador puede provocar situaciones unilateralmente que, al ser difundidas, pueden ser embarazosas para el particular. El TC en su sentencia 12/2012 (pero el argumento es prácticamente idéntico en la Sentencia de Cámaras Ocultas del TEDH Haldimann y otros contra Suiza) no prohíbe el uso de estos mecanismos. Ahora bien, lo somete a un test de proporcionalidad estricto. Y aquí tiene pleno sentido. Efectivamente, el uso de medios tan agresivos y tan susceptibles de generar lesiones a los derechos de los particulares solo puede justificarse si tiene una finalidad informativa y si la injerencia derivada de su uso en el derecho a la vida privada del particular es proporcionada al efecto positivo de formación de una opinión pública libre en el triple aspecto de adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto²². Por eso la STC 12/2012 y la STEDH Haldimann son perfectamente compatibles. El TEDH avala que se trata de una actuación conforme con la libertad de expresión la grabación con cámara oculta de una conversación con un corredor de seguros porque el interés informativo es muy alto (estafas en materia de seguros) y los derechos de la vida privada no sufren una lesión desproporcionada al pixelarse la cara del corredor de seguros de manera que no fuera identificable. En el caso español, al poder identificarse al sujeto, al no probar otros medios menos invasivos del derecho a la intimidad del particular, el uso de la cámara oculta implicaba

²² Esta misma lectura era la que hacía Villaverde (*op. cit.*). El problema es que el planteamiento se ha extendido sin argumentarlo a otro tipo de situaciones en las que no se usaban o se usaban de distinto modo que en los supuestos de 2012.

un sacrificio desproporcionado del derecho a la intimidad y a la imagen de la entrevistada.

VI. CONCLUSIONES: INTENTO DE INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA SOBRE LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO A LA INTIMIDAD CON LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Como ya se ha dicho, la jurisprudencia sobre libertad de expresión y derecho a la intimidad entre 2013 y 2014 no es conforme con la jurisprudencia europea. Ahora bien, sí podemos efectuar una relectura de las sentencias y de los casos planteados en la que se puede llegar a parecidas conclusiones que el TC aplicando de manera leal los criterios de ponderación formulados desde 2012.

La clave para resolver los casos no radica en si se ve afectada la intimidad o la imagen de los afectados. Difícilmente puede sostenerse, aunque el TC lo haga, que la relación afectiva entre un ministro y su nueva pareja; una relación que el ministro ya ha reconocido en público es un dato íntimo. Y lo mismo puede decirse de la relación de pareja de dos actores; o del secreto, comentado desde hace años, de la paternidad de un famoso. Tampoco parece razonable que la captación y difusión de la imagen de una persona pública en un lugar abierto al público sin tomar precaución alguna para estar alejado de las miradas ajenas y haciendo cosas tan poco privadas como comer, bañarse, pasear constituyan una violación de su intimidad o, menos aún, de su derecho a la propia imagen (al menos mientras siga vigente el art. 8.2.a) de la LO 1/1982). Ahora bien, el que no sea una violación del derecho a la intimidad y del derecho a la imagen en la concepción iusprivatista de estos derechos mayoritaria en España, no significa que no se esté afectando el derecho a la vida privada entendido no ya como el derecho a que los demás no sepan algo de nosotros (ni tengan nuestra imagen) sin nuestro consentimiento, sino como el derecho a poder desarrollar nuestras vidas, que incluyen ámbitos abiertos al público y de relación con el resto del mundo, sin tener que estar pendientes de que sean captados y difundidos más allá del contexto público-privado en el que han tenido lugar.

Desde esta perspectiva, la clave ha de estar no en el dato o imagen en sí mismo, sino en el método con que se obtuvieron y en el contexto en el que se enmarcan. Este es el sentido, a nuestro juicio, primigenio de la Sentencia von Hannover (1) tal y como se matiza en Springer. Sentido, conviene recordarlo al final de estas páginas, que era el de la Recomendación 1165 referida a la necesidad de proteger del acoso mediático a los personajes públicos. De este modo, el uso de teleobjetivos, cámaras ocultas, persecuciones, etc., para captar

y difundir datos o imágenes ha de estar sometido a un estrictísimo juicio de proporcionalidad que solo los justifiquen en casos de verdadero e importante interés informativo de manera que los personajes públicos, incluidos políticos, puedan llevar a cabo una vida *normal* más allá de los motivos por los que adquirieron relevancia pública. Ahora bien, habrá de tenerse en cuenta cuáles fueron esos motivos y cuál fue su comportamiento anterior, pues no es lo mismo tener proyección pública por los motivos que sean que convertir la propia vida en un espectáculo; ni es lo mismo cómo se presente esa información y qué imagen transmita de la persona afectada. Por tanto, desde esta aproximación es absolutamente razonable que un ministro no se vea acosado en sus vacaciones en familia; que una actriz pueda salir a la calle a pasearse y a besar a su pareja sin que se sepa y lo comenten en televisión; que otra pueda darse un baño en *top less* en la playa sin necesidad de buscar una playa de difícil acceso o, en fin, que el hijo de una famosa y fallecida directora de cine quiera que se respete el deseo de su madre de no revelar quién era el padre o de mantener una relación afectiva con quién le parezca por muy noble que sea la sangre que corra por sus venas. No son datos, ni imágenes, confidenciales y en ese sentido no son íntimos. Pero sí son datos, e imágenes, de la vida personal cuya difusión (o la permanente amenaza de difusión) afecta no solo a la dignidad como ser humano, sino también a la libertad para comportarnos y relacionarnos con el mundo.

En fin, pues, la solución final adoptada por la jurisprudencia española es perfectamente asumible. Pero no el camino argumentativo seguido. Es urgente que se asuma una concepción más amplia de los derechos contenidos en el art. 18 que englobe las manifestaciones del art. 8 CEDH y que las relaciones de este con la libertad de expresión se articulen sobre la base de los más que razonables criterios expuestos por el TEDH sin retorcer los conceptos de *intimidad*, *imagen* o *interés general* ni aplicar test de proporcionalidad, ni imposibles búsquedas del *animus* del informador.

Más celeridad, claridad y lealtad a la jurisprudencia propia y de Estrasburgo son exigencias que no deberían ser excesivas para un TC que en el pasado fue puesto de modelo en la recepción honrada y técnicamente irrepachable de la jurisprudencia europea de derechos humanos.

Bibliografía

- Bustos Gisbert, R. (2011). La función jurisdiccional en escenarios de pluralismo constitucional En A. Saiz Arnaiz y J. I. Ugartemendía (dirs.). *Integración Europea y Poder Judicial*. Vitoria: IVAP.
- Carrillo López, M. (2003). *El derecho a no ser molestado. Información y vida privada*. Pamplona: Aranzadi.

- (2016). Los ámbitos del derecho a la intimidad en la sociedad de la comunicación. En *El derecho a la privacidad en un nuevo entorno tecnológico. XX Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*. Madrid: CEPC.
- De la Cuadra, B. (2005). Absuelta Tele 5 por dar unos planos de Cascos por las que otro fallo las condenó. *El País*, 26-1-2005. Disponible en: http://elpais.com/diario/2005/01/26/radiotv/1106694003_850215.html.
- González Pascual, M. I. (2010). *El Tribunal Constitucional Alemán en la Construcción del espacio europeo de los derechos*. Madrid: Thomson-Civitas.
- Medina Guerrero, M. (2005). *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Mieres Mieres, L. J. (2002). *Intimidad Personal y Familiar. Prontuario de jurisprudencia constitucional*. Pamplona: Aranzadi.
- Maduro, M.P. (2003). Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action. En N. Walker (ed). *Sovereignty in Transition*. Oxford: Hart Publishing.
- Villaverde Menéndez, I. (2013). La intimidad, ese «terrible derecho» en la era de la confusa publicidad virtual. *Chapécó*, 14 (3), 57-72.
- (2012). A propósito de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el empleo de cámaras ocultas. *Derecon* (10), 21-26.