

INFORMACIÓN, ENTRETENIMIENTO Y CÁMARA OCULTA: UNA REVISIÓN JURISPRUDENCIAL

AGUSTÍN MACÍAS CASTILLO
Universidad Pontificia de Salamanca

PLANTEAMIENTO

El constante dinamismo con el que los medios de comunicación enfrentan la cotidianeidad, ha terminado por relanzar una técnica periodística no del todo nueva, pero sin duda vivificada, como es la grabación con cámara oculta. Habría quizás que buscar explicaciones psicológicas para comprender la insana curiosidad o el morbo que despierta en muchos espectadores la posibilidad de visionar a otros semejantes que se comportan tal cual, esto es, que desconocen estar siendo objeto de una filmación que después se difundirá a miles de personas. Tampoco puede ocultarse el interés verdaderamente periodístico, la aportación real en términos de información a la sociedad que puede suponer un buen reportaje de investigación, que es susceptible de emplear también una técnica que, como poco, cabe calificar de antemano como polémica.

La materia a la que voy a referirme es ya de por sí conflictiva¹, puesto que su ubicación jurídica se corresponde con el siguiente ámbito:

¹ Con mayor profusión, MACÍAS CASTILLO, A., "El derecho a la información y el reportaje con cámara oculta", *Práctica, Derecho de Daños* núm. 31, octubre 2005, La Ley, Madrid, págs. 5 a 28.

a) Los derechos en juego están, *a priori*, enfrentados. Dónde termine la libertad de información y dónde comience cada uno de los derechos personalísimos es, en todo caso, una cuestión casuística y tremendamente compleja en la mayor parte de los casos. A nadie puede escapársele que ninguno de los derechos en liza son absolutos y que, por ello, todos deben soportar pequeñas fricciones. Además, el matiz que delimita una mera molestia no ilícita y que por ello el titular de estos derechos personalísimos debe soportar, y lo que la ley califica como intromisión ilegítima es, a menudo, muy tenue. A ello se añade una importante dosis de subjetividad, tanto en el contenido protegible de cada uno de estos derechos, como en la valoración del daño en su caso inferido a la persona como consecuencia de la vulneración de algunos de estos derechos.

La autorizada opinión del profesor DESANTES aconseja desconfiar del balanceo de intereses o, al menos, no acudir de inmediato a una teoría importada del derecho norteamericano que, por lo general, nos resulta tan ajeno a nuestra tradición jurídica². Antes que eso convendrá delimitar perfectamente los derechos en conflicto, pues no siempre es intimidad (u honor) lo que se invoca, ni siempre el derecho a la información está detrás de estas prácticas, en el sentido de que por ello no será protegible constitucionalmente. En la verdadera definición de los bienes jurídicos protegidos se encuentra una de las primeras piedras de toque en este análisis.

b) Otro extremo que dificulta enormemente la cuestión es la concreción del daño causado a los derechos personalísimos. La frecuencia con la que la esfera extrapatrimonial del individuo es justamente la única parcela violentada, añade la incerteza a propósito del *quantum respondeatur*, e introduce una valoración inicialmente subjetiva del daño que, aunque la propia LO ha intentado fijar (art. 9), sigue siendo muy compleja. No en balde, tratándose de estos derechos inherentes a la persona, lo que se encuentra en juego es nada menos que la dignidad humana misma, reconocida en el art. 10 CE, en cuanto a garantía positiva del pleno desarrollo de la personalidad de cada individuo³, por lo que la reparación de éste será siempre un apartado controvertido⁴. Además, ello no

² DESANTES GUANTER, J. M^a, *Derecho a la información. Derecho a la información. Materiales para un sistema de la comunicación*, COSO, Valencia, 2004, págs. 223 a 225.

³ PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª edic., Tecnos, Madrid, 2003, pág. 318.

⁴ MACÍAS CASTILLO, A., *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, 2004, págs. 420 y ss.

impide que las intromisiones ilegítimas no sean susceptibles de ocasionar también daños materiales o patrimoniales, bien en concurrencia con los extrapatrimoniales, bien con carácter independiente.

La dificultad para apreciar la calidad del daño y el *quantum* de éste es, sin duda, una circunstancia que supone una mayor dosis de inseguridad jurídica en la materia; propicia demandas judiciales temerarias y frena otras reclamaciones justas, ante la incerteza jurídica que la apreciación jurisprudencial siempre supone. A ello sea añada el retraso propio de la Administración de Justicia en este país, que desde luego incide decisivamente tanto a la hora de decantarse por la reclamación judicial, como a la estrategia a seguir por quienes han sido demandados. Para la determinación y concreción del daño, no debieran dejarse a un lado aquellas asunciones voluntarias de un riesgo efectuadas por algunos demandantes que claman la vulneración de sus derechos fundamentales pero que, sólo después de un largo recorrido por estudios de televisión y páginas del corazón, solicitarán judicialmente y con un cierto capricho, cifras indemnizatorias millonarias.

En algún otro caso, si bien aún tímidamente, nuestra jurisprudencia empieza a derivar la protección de estos derechos en una sede distinta a la del procedimiento especialísimo previsto para la protección de los derechos de la personalidad. Así se constata en la STS de 20 de abril de 2001 (LA LEY JURIS 4542/2001)⁵, que literalmente afirma:

“(...) Es evidente que a tenor de lo que se ha expuesto en los fundamentos anteriores, este tema no es objeto del presente procedimiento establecido para la protección del derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 9 LO 1/1982), sino que se refieren a relaciones meramente patrimoniales de exclusivo contenido económico nacidas de la relación contractual habida entre Ediciones Zeta, S.A. y D^a Marta, con ocasión de acordar los elementos crematísticos

⁵ La sentencia resuelve un recurso de casación instado por la representación procesal de una famosa cantante pop española, Marta Sánchez, quien celebró un contrato con la revista “Interviú” para posar desnuda en un reportaje que dicha publicación difundiría en exclusiva. Los términos contractuales se alteraron por la editorial, por lo que en el pleito, la demandante invocaba realmente un incumplimiento contractual, si bien había utilizado para ello el procedimiento preferente y sumario concedido a estos derechos por nuestro ordenamiento jurídico. La cantante había suscrito el contrato sólo después de haber sido captada anteriormente en otras imágenes, no consentidas, semidesnuda por fotografías de esta publicación. En evitación de que se produjera la publicación de las imágenes no autorizadas por la artista, ésta firma un contrato con la editorial cuyo incumplimiento más tarde denuncia, al entender que la editorial no cumplió lo pactado.

del contrato, mediante el cual autorizó expresamente la publicación del reportaje fotográfico de su imagen, intereses económicos muy respetables, pero que no pueden ser acogidos en un procedimiento sobre la protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y el derecho a la propia imagen, porque estos valores no pueden ser mercantilizados sin que ello signifique que se prive de protección jurídica a la actora, pues si la misma está convencida del incumplimiento contractual por parte de la empresa editorial, supuesto sobre el que no entramos, tiene el camino abierto para reclamarlo en un procedimiento ordinario”.

Esta sentencia abre una importante vía de distinción entre el daño causado a los derechos de la personalidad extracontractualmente, de aquellos otros daños que coinciden con el incumplimiento contractual o con las consecuencias negativas de éste. En este caso, el Tribunal Supremo considera preciso deslindar uno y otro supuesto y destinar a la vía procesal preferente de protección de derechos fundamentales, aquellos que han sido dañados extracontractualmente.

c) Sabemos también que el legislador constitucional era plenamente consciente del enfrentamiento entre derechos constitucionales del mismo rango y, por eso, en el apartado 4 del propio artículo 20 CE se refiere al honor, la intimidad y el derecho a la propia imagen como límites “especiales” a la libertad de información. Y no ignoraba tampoco que en la propia Carta Magna, dos artículos antes, había dotado a estos tres derechos de la misma categoría y protección constitucional como derechos fundamentales. Esta circunstancia explica en buena medida que haya sido la jurisprudencia la que normalmente resuelve con su casuística la variedad de conflictos que se le plantean.

d) El desarrollo tecnológico ha multiplicado los supuestos potencialmente conflictivos. La proliferación de nuevas formas de captar, transmitir, grabar, reproducir el sonido y la imagen -incluso hoy ya con un mero teléfono móvil-, no sólo añade en el apartado positivo un plus a nuestra calidad de vida personal y profesional, sino que proporciona la posibilidad de un uso abusivo tanto a los profesionales de la comunicación y el periodismo, como a lo que tradicionalmente se denominaba el “sujeto universal” del Derecho de la Información. Al alcance de cualquier ciudadano queda ahora la posibilidad de captar, reproducir y difundir imágenes o conversaciones privadas sin el consentimiento de sus protagonistas. La clásica distinción entre sujeto uni-

versal y cualificado del Derecho de la información está en claro desuso, pues la facultad de difundir no es ya un privilegio exclusivo de los medios de comunicación y de los profesionales que en ellos intervienen, sino que cualquier ciudadano o persona jurídica es capaz de tener, por ejemplo, su propia página *web* y comunicarse instantáneamente con miles de usuarios como él o instituciones de cualquier tipo en todo el mundo. Este extremo multiplica las posibilidades de conflicto.

El desarrollo informático y tecnológico, tan velozmente extendido, multiplica las fuentes que originan información -allí estaba el ciudadano anónimo para capturar la imagen en su cámara de video- y amplía notablemente la posibilidad de difundir los mensajes -en un chat, o mediante el envío masivo de correo electrónico-, incluso al margen de los medios de comunicación tradicionales. A ello se añade una innegable proliferación de numerosos programas y formatos, especialmente televisivos, cuyos contenidos se circunscriben al ámbito del corazón, las tertulias sobre tales cuestiones o el puro morbo o la curiosidad humana más frívola y chabacana⁶. Con la invocación del entretenimiento, parecen tener cabida en la parrilla televisiva cualesquiera programas, aún con escalofriantes contenidos que redundan en vulneración de derechos personalísimos. Parece que todo vale en la conquista diaria por la audiencia.

PERFIL JURÍDICO DE LA CÁMARA OCULTA Y PROPUESTAS JURÍDICO-INFORMATIVAS PARA UN EMPLEO LÍCITO DE LA MISMA

No puede hablarse de cámara oculta sin más, sino que precisamos concretar jurídicamente qué se entiende por el empleo de esta técnica para, en un segundo momento, concretar los contornos jurídico-informativos que deben marcar su uso, pues la cámara oculta se define y configura sus perfiles desde su propio campo de estudio. Surge esta necesidad porque es imprescindible

⁶ WARREN, S./BRANDEIS, L., *El derecho a la intimidad*, edic. PENDÁS Y BALSEDA, Cívitas, 1995, págs. 26 y 27, ya se quejaban amargamente de estas cuestiones en la primera edición de su emblemática obra, en 1890: “*El chismorreo ha dejado de ser ocupación de gente ociosa y depravada para convertirse en una mercancía, buscada con ahínco e, incluso, con descaro. Los más íntimos detalles de las relaciones sexuales se divulgan en las columnas de los periódicos para satisfacción de la curiosidad lasciva. Con el fin de entretener al indolente, columna tras columna se llenan de chismes insustanciales obtenidos únicamente mediante la intromisión en el ámbito privado*”.

establecer los requisitos jurídicos que amparan al verdadero reportaje de investigación de aquella otra zafia imitación que suponen algunas de las actuales prácticas ilegítimas, que se presentan bajo una pretendida apariencia de rigor e interés informativo.

La existencia o no de consentimiento de los afectados

Para delimitar jurídicamente la filmación con cámara oculta, la ocultación de la cámara o de los medios tecnológicos que captan la imagen, el sonido o ambas cosas, es su primera nota característica. Jurídicamente esta apreciación es decisiva, por cuanto que la configuración jurídica de qué constituye una intromisión ilegítima y qué no, se realiza en nuestro ordenamiento jurídico a partir de una doble delimitación: una positiva (que autoriza intromisiones, en interpretación de los arts. 2.1º y 7 de la L.O. 1/1982), y otra negativa (arts. 2.2º y 8 de esa misma ley, que equivalen a distintas formas de autorizar las intromisiones)⁷.

Las personas que están siendo grabadas desconocen este hecho, por lo que se comportan con naturalidad al no haber autorizado la filmación de su actividad, de la información o de las expresiones que manifiestan. De hecho, esa naturalidad con la que dichas personas se desenvuelven cuando desconocen que están siendo filmadas o grabadas, puede ser uno de los posibles bienes jurídicos protegidos por el derecho a la privacidad o la intimidad. Cualquier persona actuaría de modo distinto al saber que aquello que comunica o manifiesta va a ser difundido en un medio de comunicación y expuesto a los curiosos ojos de los demás, puesto que normalmente modificamos nuestro lenguaje y hasta el tono de nuestro discurso según nos encontremos desarrollando una faceta familiar, profesional o sepamos que vamos a intervenir en público o ante un medio de comunicación. Esta faceta es una manifestación lógica de la personalidad humana, que comprenderá diversos espectros o ámbitos en los que desarrollarse: la vida profesional, la familiar, la social, etc. La intimidad debe ser entendida también como una determinada forma de comportarse, de expresar opiniones o pensamientos en una esfera privada o

⁷ YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 166.

restringida, respecto de la cual, el titular de ese derecho debe tener la posibilidad de excluir a quienes no deben ser partícipes de ese actuar y de decidir en cada momento a quien, por el contrario, desea revelar esa faceta de su personalidad⁸.

Si una persona conoce o advierte que está siendo grabada, la cámara ya no es “oculta”, por lo que el involuntario protagonista podrá, bien consentir la difusión del material grabado -acaso imponiendo algunas condiciones sobre su contenido o forma-⁹, bien podrá invocar la aplicación de la ley, requiriendo formalmente a quien le grabó sin su consentimiento para que cese en dicha actitud o, lo que es más importante, el ejercicio de la tutela inhibitoria para impedir la difusión de lo obtenido de este modo (el art. 9.2 de la L.O. expresamente contempla esta posibilidad, acentuando el carácter preventivo de esta tutela).

Luego, si el consentimiento es prestado en el modo debido, el régimen general de la L.O. 1/1982 regirá el desarrollo de esa relación jurídica, y no debe olvidarse que el consentimiento del titular del derecho a la intimidad o a la propia imagen es la clave de bóveda en el primer análisis sobre la existencia de intromisión o no¹⁰. En cambio, de no ser así, sucederá además que aquellas personas o instituciones que fueron grabadas sin saberlo, no tendrán conocimiento de este hecho hasta el momento en el que se produzca la difusión, pues el medio de comunicación es celoso de su contenido y lo mantendrá en secreto hasta el momento último de difundirlo.

⁸ Díez-PICAZO, L. M^a, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003, pág. 65, probablemente porque respecto del principio general del libre desarrollo de la personalidad, ex. Art. 10 CE: “...se trata de la proclamación constitucional de que, siempre que se respeten los derechos de los demás, cada ser humano es el mejor juez de sus propios intereses”.

⁹ No olvidemos que el art. 2.2 de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen, establece que: “No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviera expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso”. Esta posibilidad, por ejemplo, podría comprender la exigencia por parte del titular del derecho de exigir el respeto o el anonimato.

¹⁰ Con todo, el modo en el que dicho consentimiento se preste es de todo punto relevante. Siguen siendo relevantes las aportaciones de CLAVERÍA GOZÁLBEZ, L. H., “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, *ADC* 1994-III. Págs. 31 a 69; más recientemente, y respecto del consentimiento que deben prestar los menores, GARCÍA GARNICA, M^a A., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Aranzadi, Pamplona, 2004, en especial, págs. 175 a 228.

Ahora bien, la elaboración de reportajes de investigación puede suponer en determinados supuestos la necesidad del periodista de simular otra identidad a la hora de obtener una determinada información y además, grabarla sin el consentimiento y conocimiento de algunos de sus protagonistas porque, como declara la SAP Valencia de 31 de mayo de 2003¹¹:

“... es consustancial al periodismo de investigación el carácter oculto en que se mantiene la cámara de grabación, pues de otra manera el grado de espontaneidad del interlocutor pudiere, razonablemente, entenderse mediatizado, con pérdida evidente del valor de la información que se trata de obtener”.

La prestación del consentimiento para tolerar una presunta intromisión es una cuestión sumamente importante en la que deben ser valoradas no sólo la capacidad de la persona para prestarlo válidamente, no en términos generales o en abstracto, sino concretamente en cada supuesto¹². Con todo, nos encontramos en un primer tramo o escalón de nuestro análisis, en el que el material informativo, o parte de él, ha sido obtenido, sin que todavía nos aproximemos ni tan siquiera al momento de su eventual difusión.

La presunción de intromisión ilegítima del art. 7 L.O. 1/1982

El supuesto de hecho que caracteriza al reportaje obtenido mediante la grabación con una cámara oculta es descrito como una de las presunciones de intromisión ilegítima del art. 7 de la L.O. 1/1982. De hecho, la mera colocación de una cámara o cualquier aparato análogo en un lugar en el que habitualmente se desarrolle la vida privada constituye una inje-

¹¹ (LA LEY JURIS 2416/2003) Pte. Sra. MARTORELL ZULUETA.

¹² Es así que la STS de 23 de mayo de 2003 (LA LEY JURIS 2098/2003, Pte. Sr. GONZÁLEZ PVEDA), condena a “Telemadrid” por la emisión de unas imágenes en las que aparecía claramente el rostro de una persona que sufrió un accidente de tráfico mientras era atendido por el SAMUR y los bomberos. Sus herederos, al fallecer el accidentado, ejercitaron las acciones correspondientes, obteniendo la condena de la televisión autonómica madrileña, toda vez que, entre otras cuestiones: “No puede olvidarse que tales escenas fueron grabadas en circunstancias en que la persona se hallaba imposibilitada para prestar o negar su consentimiento, no obstante la proximidad de la persona que estaba realizando la filmación”.

rencia¹³, a menos que el salvoconducto del consentimiento acabe con dicha presunción o, en su caso, algunas de las causas excepcionales que se contienen en el art. 8.1 de la L.O. 1/1982¹⁴. Esta perspectiva nos aproxima a otro elemento para el análisis: el lugar en el que la filmación o grabación se produzca no es indiferente, pues apriorísticamente cabe afirmar que los lugares en los que habitualmente las personas desarrollan facetas o actividades de su vida privada, estarán especialmente protegidos. La vía pública o los lugares abiertos al público -aún con la enorme vaguedad jurisprudencial del concepto- tienen inicialmente una protección menor en este sentido¹⁵.

El art. 7 es considerado como una norma descriptiva, no taxativa, que detalla *ad exemplum*, diversas conductas ilícitas típicas; por tanto, opera como un auténtico *numerus apertus* de supuestos que, en razón de analogía o identidad de razón pueden ser susceptibles de catalogarse como ilegítimos¹⁶. El legislador del año 1982, perfecto concedor del imparable desarrollo tecnológico, incluyó en la redacción de la ley la constante mención a aparatos de escucha, de reproducción de la imagen o el sonido, o de “análogas características”. Es evidente que la posibilidad de las cámaras microscópicas, la telefonía móvil, las *web cam*, la comunicación UMTS, etc., estaban toda-

¹³ Y la jurisprudencia no se cansa de repetirlo, como por ejemplo en la SAP Valencia de 17 de mayo de 2003 (LA LEY JURIS 2696/2003) Pte. Sr. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, en la que el demandado había colocado una cámara en el patio o zaguán común del edificio (en régimen de propiedad horizontal) desde el que podía controlar desde su domicilio la salida y entrada de personas al edificio con la única finalidad de sentirse así más seguro. Dicha práctica realizada por un particular con un único fin privado, no puede permitirse. Por el contrario, la SAP Albacete de 27 de octubre de 2000 (LA LEY JURIS 350094/2000) Pte. Sr. CAÑAMARES PABOLAZA, sí permite la colocación de una cámara al tratarse del titular de un negocio de joyería que coloca la cámara en el tramo del inmueble donde tiene ubicado el almacén.

¹⁴ Excepciones que, para el supuesto de la intimidad vendrán determinadas básicamente por la autorización judicial suficientemente motivada, o por disposiciones legales o administrativas con fundamento en un interés público de mayor relevancia. Lógicamente, las excepciones que se contienen en el apartado 2º del art. 8 sólo son invocables respecto del derecho a la propia imagen.

¹⁵ Sin embargo esta distinción es más orientativa que otra cosa, pues no puede interpretarse como sinónimo de licitud la captación o reproducción de imágenes en lugares públicos ni viceversa. La STS de 28 de mayo de 2002 (LA LEY JURIS 5761/2002) Pte. Sr. ROMERO LORENZO, condena a “El Heraldo de Aragón” por la reproducción de una imagen del actor, al que perfectamente se le identificaba, mientras se encontraba en una playa nudista. En idéntico sentido ya se había pronunciado con anterioridad la SAP Barcelona de 2 de febrero de 1999 (LA LEY JURIS 10494/1999) Pte. Sr. JORI TOLOSA.

¹⁶ Así lo considera la mayoría de la doctrina, por todos, ROVIRA SUEIRO, M^º E., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 416.

vía por desarrollarse y extenderse hace veinticinco años..., sin embargo, el legislador garantizó la longevidad de la ley orgánica incluyendo esta técnica en la redacción. La hermenéutica extensiva y la aplicación analógica, junto a la valiosa y rica jurisprudencia han servido para actualizar y describir nuevos supuestos intromisivos. El objeto de la protección no varía, los bienes jurídicos en liza son los mismos, acaso es el medio, la forma, la que constantemente se ve sometida a las modificaciones experimentadas por los nuevos soportes y formatos.

¿Cabría referirse a los reportajes con cámara oculta como uno de los supuestos ilícitos no expresamente descritos en el art. 7 de la L.O. 1/1982? Creo que no. La complejidad del reportaje con cámara oculta es mucho mayor y no puede resolverse con una propuesta tan simplificada; su realización parte, al menos inicialmente, de un conflicto de derechos en el que es protagonista inexcusable el derecho a la libertad de información. Dar una respuesta al conflicto suscitado parte, necesariamente, por identificar con rigor los derechos en juego, pues no siempre se estará ejercitando el derecho a la información o aquella protección que se invoca se refiere a la esfera de los derechos personalísimos. Si efectivamente nos encontramos ante un conflicto real entre derechos fundamentales, la aplicación de las teorías que jurisprudencialmente se invocan para la resolución de estos conflictos, si bien con algún concreto ajuste a la fisonomía de este tipo de reportajes o informaciones, puede llegar a ser una alternativa.

El anonimato o no de las personas que aparecen en la grabación o filmación

En nuestra opinión, puede establecerse otra distinción genérica en el uso de la cámara oculta según puedan identificarse o no a las personas que en él aparecen y que no prestaron su consentimiento para hacerlo (de hecho, ignoraban que estaban siendo grabados). La relevancia objetiva para revelar la identidad es otro elemento que debe analizarse.

El anonimato o no de los protagonistas del reportaje es un elemento a tener en cuenta de cara a la posible afectación del derecho a la intimidad o incluso del derecho a la propia imagen, como lo es igualmente en aquellos otros conflictos de derechos que se suscitan sin necesidad del empleo de una

cámara oculta¹⁷. Lo mismo cabría afirmar respecto del derecho al honor. El anonimato debe considerarse también respecto de las instituciones, empresas, gremios o actividades profesionales a las que quiera referirse el reportaje. Parece claro que si puede identificarse la empresa, consulta, centro, despacho profesional, clínica, residencia, etc., poco importará el que la imagen de los trabajadores, empleados propietarios y responsables de las mismas no aparezcan identificados con nombres y apellidos o por medio de su imagen; esta información será fácilmente obtenible y la repercusión en el honor, la reputación o el prestigio profesional habrán sido puestas igualmente en entredicho.

La descripción de una práctica social, profesional, o de cualquier otro tipo en la que resulte imposible identificar en modo alguno a sus protagonistas preserva inicialmente el derecho a la intimidad y a la propia imagen de éstos. Es probable que a partir de un concreto reportaje de esta índole, un colectivo -profesional o social, siguiendo con el ejemplo- pueda sentirse desprestigiado o su reputación puesta en duda. A partir de aquí habría que efectuar unas concretas matizaciones para evitar que el reportaje vulnere los derechos legítimos de un grupo social, asociación profesional o colectivo. Sin embargo, esta afectación no se deberá tanto al empleo de una cámara oculta, sino al contenido y tratamiento informativo del mismo. En todo caso, sería difícil pensar en que el derecho a la propia imagen, al honor o a la intimidad de alguna persona concreta (con nombre y apellidos) ha sido puesto en peligro.

Ni que decir tiene que cuando nos referimos al anonimato debe exigirse la imposibilidad de descubrir la identidad de las personas que aparecen en el reportaje. Ello implica que tanto la imagen, la voz, como aquellos otros elementos externos que pueden ser significativos o determinantes para identificar a las personas se omitan o estén ocultos y fuera del alcance del público (de poco sirve ocultar una identidad si aparecen identificados los vecinos del protagonista o el lugar en el que éste reside habitualmente, pues éstos y otros

¹⁷ En la STS de 14 de marzo de 2003 (LA LEY JURIS 1448/2003) Pte. Sr. CORBAL FERNÁNDEZ, se considera lícita la identificación de una policía municipal en una fotografía que ilustraba la noticia del desalojo violento de unas viviendas. La imagen no fue considerada desmerecedora para la demandante, a la que reproducía en cumplimiento de su trabajo. Sin embargo, considero que en este tipo de imágenes en las que son habitualmente protagonistas los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado debe difuminarse o distorsionarse la imagen de los agentes o funcionarios, pues ciertamente su identificación no aporta o añade nada a la información y sí que es posible que les genere en su quehacer profesional alguna traba o sinsabor, claramente evitable.

datos similares son pistas inequívocas para su efectiva identificación). La intención, elemento subjetivo donde los haya, entonces no será bastante, y la intromisión en su caso se produciría con la concurrencia de una imprudencia profesional, de una falta de diligencia, pues efectivamente hoy es posible aplicar múltiples técnicas digitales para evitar este reconocimiento o identificación.

¿Quiere decirse entonces que si aparece explícita o implícitamente la identidad de alguna o varias personas habrá que presumir la existencia de intromisión ilegítima? No exactamente. Querrá decir, simplemente, que las posibilidades de que estemos ante una injerencia de las consideradas ilegítimas, aumentan. En todo caso, habrá que analizar detalladamente los restantes criterios y elementos que circundan al reportaje. Lo que sí podemos afirmar es que el anonimato es, en principio, un pequeño salvoconducto para el informador y el medio de comunicación, que siempre que la identificación de las personas que aparecen en el reportaje no sea sustancial a la información, deberían preservar como regla general. Es lógico, puesto que entonces el reportaje se referirá a una actividad o práctica en modo genérico, no a personas concretas, con lo que la posibilidad de afectación de derechos personalísimos se reduce. Las técnicas actuales que permiten la distorsión de la voz, de la imagen, o de ambas deben emplearse con rigor y tino profesionales, de modo tal, que cuando se empleen cualesquiera de tales técnicas, resulte objetivamente imposible identificar a las personas.

En términos de anonimato, el *quid iuris* es: ¿hasta qué punto es relevante o necesario identificar a los protagonistas de la grabación o filmación?, ¿es decisivo desde el punto de vista informativo? En este análisis habría que determinar si aporta algo a la información el hecho de identificar plenamente a las personas, hechos o lugares.

La distinción entre obtención de información y difusión de ésta

Importa también efectuar una matización esencial para acotar los perfiles del derecho a la información. Desde el punto de vista de la captación, debemos distinguir entre la denominada facultad de investigar o de obtener información y la facultad de difundir ésta, u otra información, última fase o escalón en todo el proceso de elaboración y comunicación de información. La obtención de la información ha de seguir los cauces legales, pues sólo se protege constitucio-

nalmente la información así obtenida¹⁸. La información que se obtiene pocas veces coincidirá con la información que se difunde. Entre el punto de partida -la investigación u obtención de información, o más bien de materiales- y el punto final -la difusión de la misma-, media un proceso de selección, preparación y elaboración informativa, propio de la actividad profesional de los medios de comunicación y de quienes en ellos trabajan de forma organizada.

Por lo tanto, dentro de la facultad de investigar, el uso de la cámara oculta (o cualquier otro aparato o instrumento asimilado) será uno, mientras que a la hora de difundir la información obtenida con la cámara oculta, las caute- las serán otras. Nuestra opinión es que no puede invocarse la aplicación de la doctrina o teoría del reportaje neutral¹⁹ a los reportajes elaborados con cámara oculta²⁰. Los requisitos del reportaje neutral no pueden extrapolarse a un reportaje con cámara oculta en el que quienes expresan o manifiestan ideas u opiniones no conocen un presupuesto básico de dicha comunicación: el que van a ser difundidas al público en general. De hecho, a menudo, quienes expresan esas opiniones creen que lo están haciendo en un ámbito reducido, que puede ser profesional o simplemente privado (*off the record*). Desde esta perspectiva, el reportaje con cámara oculta puede llegar a ser cualquier cosa menos neutral, pues los profesionales que captan el sonido y/o las imágenes son protagonistas que matizan decisivamente las opiniones y manifestaciones vertidas por quienes intervienen en él. En este sentido opera una cierta similitud con el supuesto de transcripción de conversaciones telefónicas de carácter privado y su difusión en medios de comunicación. El Tribunal Supremo se ha referido al carácter íntimo de estas conversaciones y a la prohibición de la difusión de su contenido, si bien este extremo debe distinguirse de su mero conocimiento por los informadores (facultad de investigación) y su utilidad para elaborar la información²¹. Con todo, una cosa será su uso para cocinar la

¹⁸ ESCOBAR ROCA, G., *Estatuto de los periodistas*, Tecnos, Madrid, 2002, págs. 225 a 228; URÍAS, J., *op. cit.*, págs. 81 a 89, entre otros.

¹⁹ Sobre la teoría del reportaje neutral, *vid.*, HERRERO-TEJEDOR, F., "Responsabilidad de los periodistas. El reportaje neutral", en *Honor, intimidad y propia imagen, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 270 a 302.

²⁰ La STS de 19 de junio de 2003 (LA LEY JURIS 13261/2003) Pte. Sr. SIERRA GIL DE LA CUESTA, se refiere a la necesidad de no incluir comentarios, apostillas y, en definitiva, a difundir, como en el presente caso, el contenido de una sentencia judicial o de actuaciones judiciales previas. También, la SAP Valencia de 31 de mayo 2003 (LA LEY JURIS 2416/2003) Pte. Sra. MARTORELL ZULUETA, se refiere a la teoría del reportaje neutral.

²¹ SSTS de 22 de diciembre de 2000 (LA LEY JURIS 137/2001) Pte. Sr. VILLAGÓMEZ RODIL y 13 de noviembre de 2001 (LA LEY JURIS 8628/2001) Pte. Sr. ALMAGRO NOSETTE.

noticia, y otra muy distinta su transcripción y difusión en un medio de comunicación, sin que quepa aducir la teoría del reportaje neutral para justificar dicha práctica.

A menudo, estos reportajes transcurren bajo la apariencia de normalidad: alguien acude a un centro de cirugía estética interesándose por un tratamiento o intervención quirúrgica; una pareja que desea contraer matrimonio plantea a un profesional de la fotografía la posible contratación de un reportaje para su boda... Normalmente en todos estos casos, se pretende presentar el hecho noticiable desde la apariencia de la más estricta normalidad... Sin embargo, en cuanto a técnica periodística, esta práctica es, como poco, de dudosa solvencia y contraste, y más allá del puro morbo o la curiosidad del “qué ocurrirá después...”, debe aparecer siempre la finalidad, el interés o la necesidad de haber empleado esa técnica.

En resumidas cuentas, el derecho a la información en su vertiente activa, se compone de dos facultades bien diferenciadas: la de investigar y la de difundir²². Entre uno y otro estadio media toda una elaboración del contenido informativo que, acudiendo a la teoría clásica, se englobaría dentro de los actos preambulares a los que se refirió DESANTES GUANTER²³, como previos al momento de la difusión, en los que se investiga, ordena, selecciona, discrimina, se da forma y perfilan los contenidos informativos que más tarde serán difundidos. La decisión, en ocasiones, significa justamente la no difusión, acaso porque la información no deba difundirse desde la estricta legalidad jurídico-informativa. En otras ocasiones, la información precisará de un tratamiento, de un filtro o de una presentación concreta antes de su difusión para que ésta se pueda realizar en términos de licitud. Quiere decirse que no puede procederse, sin más, a la automática difusión de un material obtenido mediante la técnica de la cámara oculta, sino que corresponde a los medios de comunicación y a los profesionales que forman parte de ellos, el tratamiento de ese material informativo hasta hacerlo constitucionalmente aceptable. Ese logro suele conseguirse siendo escrupulosos con el respeto a los derechos de la personalidad.

²² ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 1998, pág. 56, a la que debe añadirse la tercera facultad que es la de recibir, facultades todas ellas que se predicen respecto de los mensajes de “opiniones”, como de los de “informaciones”.

²³ DESANTES GUANTER, J. M^a, *Fundamentos del Derecho de la Información*, CECA, Madrid, 1977, págs 179 a 181.

El contenido de la filmación o reportaje y la finalidad de su realización

Por último, el contenido o temática del reportaje en cuestión y la finalidad o utilidad de su realización, desde luego no pueden ser indiferentes en el análisis de la licitud.

Antes bien, el análisis de estos elementos resultará decisivo, por cuanto que temáticas que carecen de interés público, social, que no persigan una vocación formativa de la opinión pública o denuncien excesos y abusos con incidencia en un grupo social o colectivo de personas, inicialmente exceden del contenido protegido constitucionalmente del derecho a la información.

El puro morbo, la difusión de imágenes que reproducen conductas íntimas o que pertenecen a la privacidad de las personas (sentimentales, sexuales, familiares...), o simplemente captar y reproducir sin ningún otro ánimo que la pura curiosidad hábitos de trabajo de quien está desarrollando una labor profesional, son conductas que no pueden estar amparadas por el uso indiscriminado de la cámara oculta, máxime cuando los protagonistas de estos reportajes aparecen identificados o pueden ser fácilmente identificables.

Aunque se trata de una resolución dictada por un Juzgado de Primera Instancia y, por tanto, ni tan siquiera es firme a la fecha actual, son sumamente interesante los hechos enjuiciados por la sentencia de 2 de diciembre de 2004 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 21 de Barcelona²⁴. Los demandados, por encargo de una productora de televisión simularon ser agentes intermediarios y representantes del Real Betis Balompié, entraron en contacto con el agente de un futbolista argentino del F. C. Barcelona, mostrando un simulado interés por contratar al jugador americano. Las conversaciones y negociaciones entre los demandados y el agente (actor en el procedimiento) se grabaron mediante la técnica de la cámara oculta. Con este material se elaboró un reportaje que fue emitido en “Canal 9” y en “Telecinco”, en la primera de las cadenas aderezado con una tertulia *ad hoc*. La sentencia efectúa varias reflexiones sobre el periodismo de investigación en general y sobre el empleo de la cámara oculta en particular, para acabar estimando parcialmente la demanda y declarar ilegítimo la filmación y difusión de las imágenes así obtenidas. Merece la pena destacar la siguiente afirmación, que comparto:

²⁴ *Diario La Ley* núm. 6.182, de 3 de febrero de 2005.

“Este tipo de periodismo de investigación, mediante la utilización de cámaras ocultas, sólo puede venir justificado cuando las informaciones que se transmitan sean estrictamente veraces, sin que en su emisión se produzcan comentarios injuriosos ni vejatorios para las personas que involuntariamente las protagonicen; que se refieran a temas de interés general, pero de interés general cualificado, como pueda ser la comisión de delitos o la realización de prácticas que afecten a la salud, y, finalmente, que exista proporcionalidad entre la trascendencia de esa información obtenida (mejor, *difundida*) y el daño que, naturalmente, se produce a los derechos personales de los investigados”.

Muy por el contrario, parece justo exigir que la cámara oculta se emplee, como técnica periodística agresiva que es, no sin cautelas y, sobre todo, allí donde los profesionales no puedan acceder de otro modo a la información pretendida, pues aplicando el principio jurídico de la proporcionalidad²⁵, una de las posibles justificaciones para su uso será, precisamente, la que se corresponde con el fundamento último del derecho a recibir información veraz que todos los ciudadanos ostentan. Como técnica útil para colmar el requisito del derecho a recibir información veraz de todos los ciudadanos - art. 20.1.d) CE-, su empleo puede justificarse al menos en parte por este motivo. La opinión pública tiene derecho a estar informada (verazmente), por lo que, en ocasiones, puede que la técnica de la cámara oculta llegue o alcance los resultados que otras técnicas periodísticas más tradicionales no puedan obtener, cuando se trata de informaciones relevantes para la formación de una sana opinión pública. Este interés, puede definirse, como:

“...un interés general y la relevancia pública de la información divulgada, como presupuesto de la misma idea que noticia y como indicio de correspondencia de la información con un interés general en el conocimiento de los hechos sobre los que versa (SSTC 107/1988, 171/1990, 197/1991, 214/1991, 20/1992, 40/1992, 85/1992, 41/1994, 138/1996 y 3/1997)”²⁶.

²⁵ Conforme con la aplicación y relevancia de este principio de proporcionalidad se muestra GARCÍA DE GABIOLA, J., “Cámaras ocultas: el derecho a la información vs. los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, *Economist & Jurist*, mayo 2003, pág. 38.

²⁶ STS de 19 de junio de 2003 (LA LEY JURIS 13261/2003), Pte. Sr. SIERRA GIL DE LA CUESTA.

O con mayor claridad:

“El Tribunal Constitucional viene declarando (STC 22 Abr. 2002) que «el interés público constitucionalmente prevalente concurre cuando la información que se comunica es relevante para la comunidad, lo cual justifica la exigencia de que se asuman perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de una determinada noticia -TC Sentencias 134/1999 (LA LEY JURIS 10041/1999); 154/1999 (LA LEY JURIS 11735/1999); 52/2002 (LA LEY JURIS 3602/2002); resultado decisivo determinar -STC 115/2000- si nos encontramos ante unos hechos o circunstancias susceptibles de afectar al conjunto de los ciudadanos, lo cual es sustancialmente distinto ya sea de la simple satisfacción de la curiosidad humana por conocer la vida de otros, o bien de lo que a juicio de uno de dichos medios puede resultar noticioso en un determinado momento -134/1999, entre otras muchas-. Y la preservación de ese reducto de inmunidad sólo puede ceder, cuando del derecho a la información se trata, si lo difundido afecta, por su objeto y su valor, al ámbito de lo público, que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena -STC 29/1982-”²⁷.

Por eso este criterio resulta decisivo para determinar la realización de un reportaje con cámara oculta sobre centros de estética y adelgazamiento emitido por el Canal 9 de la televisión autonómica valenciana, y sobre el que se pronuncia la sentencia de la AP de Valencia de 31 de mayo de 2003²⁸. Se apreció, por encima de la ausencia de consentimiento de los afectados, el interés público de la información, que pretendía alertar a la ciudadanía de las prácticas fraudulentas realizadas por algunos de estas clínicas y centros. En dicha sentencia se hace expresa mención a lo que hemos denominado principio de proporcionalidad del derecho a recibir información veraz:

²⁷ STS de 6 de noviembre de 2003 (LA LEY JURIS 35/2004), Pte. Sr. CORBAL FERNÁNDEZ, sentencia relativa a la publicación en la revista “Diez Minutos” de un reportaje en el que se difundía la entrevista concedida por un antiguo empleado de los demandantes, que trabajaba en una de sus fincas, y que ya lo había hecho durante el anterior matrimonio del actor. Se publicó, por ejemplo, que: «*la Señora C. es menos limpia que la Señora K.; la primera presta menos atención que la segunda prestaba a los asuntos domésticos, se levanta más tarde, procede de clase más baja, compensará al Señor de alguna forma, el Señor que tiene que estar más al tanto de aquellos asuntos, los hijos mayores del anterior matrimonio desde la nueva situación no aparecen por la finca, etc.*»

²⁸ LA LEY JURIS 2416/2003, Pte. Sra. MARTORELL ZULUETA.

“Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas (STC 110/2000, de 5 Mayo, (LA LEY JURIS, 110837/2000). Por ello recibe una especial protección constitucional la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública, requisito éste que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el art. 20.1 d) CE, de manera que el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la constitución le atribuye especial protección”²⁹.

Con todo, este sería un criterio o requisito más a considerar en el análisis, especialmente ligado a informaciones decisivas para la opinión pública (democrática) de un país, en el bien entendido de que el fin no puede justificar los medios en cualquier caso, acaso la excepción deba justificarse cuando de lo que se trata es esencialmente de bienes que se integran en un interés general cualificado³⁰. Además, la información no es solo el resultado concreto y tangible de un proceso cognoscitivo e intelectual, sino que es producto también de su forma de obtención y, evidentemente, no cualquier forma de obtenerla es lícito en Derecho.

²⁹ LA LEY JURIS 2416/2003, Pte. Sra. MARTORELL ZULUETA.

³⁰ “Interés general cualificado” es la denominación que emplea la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm. 21 de Barcelona, de 2 de diciembre de 2.004 (*Diario La Ley* núm. 6.182, de 3 de febrero de 2005).

BIBLIOGRAFÍA

- CLAVERÍA GOZÁLBEZ, L. H., “Negocios jurídicos de disposición sobre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen”, *ADC* 1994-III. Págs. 31 a 69.
- DESANTES GUANTER, J. M^a, *Derecho a la información. Materiales para un sistema de la comunicación*, COSO, Valencia, 2004.
- *Fundamentos del Derecho de la Información*, CECA, Madrid, 1977.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.^a, *Sistema de Derechos Fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.
- GARCÍA DE GABIOLA, J., “Cámaras ocultas: el derecho a la información vs. los derechos al honor, intimidad y propia imagen”, *Economist & Jurist*, mayo 2003.
- GARCÍA GARNICA, M^a A., *El ejercicio de los derechos de la personalidad del menor no emancipado*, Aranzadi, Pamplona, 2004.
- ESCOBAR ROCA, G., *Estatuto de los periodistas*, Tecnos, Madrid, 2002.
- ESCOBAR DE LA SERNA, L., *Derecho de la Información*, Dykinson, Madrid, 1998.
- HERRERO-TEJEDOR, F., “Responsabilidad de los periodistas. El reportaje neutral”, en *Honor, intimidad y propia imagen. Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 270 a 302.
- MACÍAS CASTILLO, A., *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, 2004.
- “El derecho a la información y el reportaje con cámara oculta”, *Práctica, Derecho de Daños* núm. 31, octubre 2005, La Ley, Madrid, págs. 5 a 28.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8^a edic., Tecnos, Madrid, 2003.
- ROVIRA SUEIRO, M^a E., “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, en *Lecciones de Responsabilidad Civil*, coord. REGLERO CAMPOS, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- URÍAS, J., *Lecciones de Derecho de la Información*, Tecnos, Madrid, 2003.
- WARREN, S./BRANDEIS, L., *El derecho a la intimidad*, edic. PENDÁS Y BALSEDA, Civitas, 1995.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Dykinson, Madrid, 2001.