

JAVIER BOIX REIG

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Valencia
(Director)

ÁNGELES JAREÑO LEAL

Profesora Titular de Derecho Penal. Universidad de Valencia
(Coordinadora)

**LA PROTECCIÓN JURÍDICA
DE LA INTIMIDAD**



iustel

Relación de autores

JAVIER BOIX REIG

(Director)

ÁNGELES JAREÑO LEAL

(Coordinadora)

AMBOS, KAI

Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal, Derecho comparado
y Derecho penal internacional

Universidad Georg-August. Göttingen (Alemania)

BOIX REIG, JAVIER

Catedrático de Derecho Penal

Universidad de Valencia. Abogado

CASTILLO JIMÉNEZ, CINTA

Profesora Contratada Doctora de Derecho informático

Universidad de Sevilla

CUERDA RIEZU, ANTONIO

Catedrático de Derecho Penal

Universidad Rey Juan Carlos de Madrid

DOVAL PAIS, ANTONIO

Profesor Titular de Derecho Penal

Universidad de Alicante

FRÍGOLS I BRINES, ELISEU

Doctor en Derecho. Abogado

GARCÍA RUIZ, CARMEN ROCÍO

Investigadora. Universidad de Huelva

GRIMA LIZANDRA, VICENTE

Profesor Asociado de Derecho Penal

Universidad de Valencia

Abogado

HEINZE, ALEXANDER

Colaborador científico

Universidad Georg-August. Göttingen (Alemania)

1.ª edición, 2010

Todos los derechos reservados. Queda rigurosamente prohibida la reproducción, copia o transmisión, ya sea total o parcial, de esta obra, por cualquier medio o procedimiento, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, sin la autorización previa y por escrito de los titulares del Copyright.

© 2010, by Javier Boix Reig, Ángeles Jareño Leal y otros

Iustel

Portal Derecho, S. A.

www.iustel.com

Princesa, 29. 28008 Madrid

ISBN: 978-84-9890-101-6

Depósito legal: M. 22.054-2010

Printed in Spain - Impreso en España

Producción gráfica: Closas-Orcoyen, S. L.

Paracuellos de Jarama (Madrid)

La jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre las violaciones del derecho de la personalidad mediante informaciones periodísticas escritas y gráficas y sus efectos sobre la Ley alemana¹

Kai Ambos

Catedrático de Derecho penal, Derecho procesal penal,
Derecho comparado y Derecho penal internacional
Universidad Georg-August. Göttingen (Alemania)

Alexander Heinze

Colaborador científico. Universidad Georg-August. Göttingen (Alemania)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA EVALUACIÓN DE LA DOCTRINA DEL TEDH. 1. *La limitación de la información periodística por tribunales nacionales.* A) TEDH, resolución de fecha 12-12-2000, número 54224/00 (Campmany y otros vs. España). a) Hechos e historia del caso. b) El procedimiento ante el TEDH. B) TEDH, sentencia de fecha 14.11.2002, número 40284/98 (Krone vs. Austria). a) Hechos. b) Resolución del TEDH. 2. *La limitación de información periodística políticamente relevante por tribunales nacionales.* A) TEDH, sentencia de fecha 1805/2004, número 58148/00 (Éditions Plon vs. Francia). a) Hechos y descripción del caso. b) El procedimiento ante el TEDH. c) Sobre la supuesta violación del art. 10 del CEDH. B) TEDH, sentencia del 13-11-2003 (Scharsach y News Verlagsgesellschaft vs. Austria). a) Hechos y descripción del caso. b) El procedimiento ante el TEDH. 3. *La violación del derecho de la personalidad por informaciones periodísticas admisibles con arreglo a la ley nacional.* A) TEDH, resolución de fecha 21-02-2002, número 42409/98 (Schüssel vs. Austria). B) TEDH, sentencia de fecha 24-06-2004, número 59320/00 (von Hannover vs. Alemania). a) Hechos. b) El recurso ante el TEDH.—III. INFLUENCIA SOBRE EL DERECHO ALEMÁN. 1. *En primer lugar: Temor a consecuencias relevantes para el Derecho alemán.* 2. *Interpretación de la resolución.* A) ¿Efecto vinculante de la resolución? B) La *ratio decidendi* de la resolución sobre Carolina de Mónaco. a) Limitación de la publicación de imágenes. b) Sin cambios en la interpretación en casos de políticos y autoridades. c) No se aplica a los casos

¹ Traducción del alemán a cargo de Heike Cordes. Intérprete Jurado.

de publicidad voluntaria. C) Jurisprudencia posterior a la sentencia sobre Carolina de Mónaco. a) Información gráfica sobre «cotidianidades» de famosos. b) Otros tipos de información sobre famosos.—IV. CONCLUSIONES FINALES.

I. Introducción

Con arreglo al artículo 8, párrafo 1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), toda persona «tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar». Se trata de un derecho fundamental que es expresión de las experiencias del fascismo de los años treinta y cuarenta². Debido a su formulación «singular»³, el artículo 8 debe pertenecer «to the world of manners rather than the law»⁴. Como norma fundamental, el artículo 8 confía a los Estados firmantes la tarea de la configuración concreta de los derechos garantizados en él⁵. Por lo tanto, una de las obligaciones de actuación resultante de la norma consiste en que el Estado debe «crear regulaciones jurídicas que den al implicado la posibilidad de defenderse en un procedimiento justo contra posibles limitaciones de sus derechos emanantes del artículo 8, párrafo 1 de la CEDH»⁶. La República Federal de Alemania cumplió con esta obligación mediante la creación de normas penales y civiles⁷.

² JANIS/KAY/BRADLEY, *European Human Rights Law*, 3.ª ed., p. 373.

³ *Ibid.*, p. 374.

⁴ FAWCETT, *The Application of the European Convention of Human Rights*, 2.ª ed. 1987, p. 211.

⁵ JANIS/KAY/BRADLEY, nota 2, p. 374.

⁶ MEYER-LADEWIG, *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, artículo 8, apartado 2.º.

⁷ En el *Derecho Civil*: Derecho general de personalidad y derechos especiales de personalidad como el § 12 del BGB - Código Civil alemán - (derecho al nombre); § 823 I BGB (integridad física y libertad de movimiento); § 825 BGB (determinación sexual); §§ 22, 23 I, II KUG - Ley de protección de la autoría artística - (derecho a la propia imagen); § 4 BDSG - Ley federal de protección de datos - (derecho al conjunto de datos personales); §§ 12 ss. UrhG - Ley sobre los derechos de autor - (derecho moral del autor). En el *Derecho Penal*: § 164 StGB - Código Penal alemán - (imputación falsa); § 201 StGB (confidencialidad de la palabra); § 201a StGB (representaciones gráficas no autorizadas); § 203 StGB (violación de secretos privados); § 203 StGB (utilización de secretos ajenos); § 238 StGB

En la evolución de la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relacionada con el artículo 8, párrafo 1, cobra especial relevancia la cuestión de la relación entre el artículo 8, párrafo 1 de la CEDH y el artículo 10 de este mismo texto legal. En la sociedad industrial de los Estados europeos, dominada por los medios de información, la mano protectora del Estado tiene que intervenir cada vez más en situaciones en las que el derecho de la personalidad de los particulares se ve presionado por el derecho a la libertad de expresión. Para las democracias, la dificultad estriba en encontrar una compensación adecuada entre el derecho de la personalidad de los particulares y la libertad de expresión y la libertad de prensa, que se encuentran en los mismos cimientos de la democracia⁸.

El TEDH ha tenido que enfrentarse en varios de sus fallos con la cuestión de hasta qué grado una información periodística escrita o audiovisual viola el derecho de la personalidad de un particular o, según el caso, si se puede limitar dicha información invocando el derecho de la personalidad. Hubo sobre todo tres constelaciones significativas de casos relacionadas con esta problemática⁹.

- La limitación de la información periodística por tribunales nacionales.
- La limitación de información periodística políticamente relevante por tribunales nacionales.
- La violación del derecho de la personalidad por informaciones periodísticas admisibles con arreglo a la ley nacional.

En lo que sigue a continuación, nos proponemos describir la evolución de la doctrina del TEDH sobre los mencionados conjuntos de casos, mediante la descripción de algunos ejemplos (II). A continuación examinaremos la influencia de esta jurisprudencia sobre el Derecho alemán, con especial referencia al caso de Carolina de Mónaco (III). A partir de ahí podríamos llegar a determinadas conclusiones sobre el modo de proceder del TEDH para compensar

(persecución); § 353d StGB (informaciones prohibidas sobre vistas orales); § 355 StGB (violación del secreto fiscal); § 33 KUG, § BDSG, § 44 Ley sobre la documentación de la Stasi.

⁸ von Hannover vs. Alemania, núm. 59320/00, ECHR 2004-VI, p. 70, § 63.

⁹ Clasificación según HALFMEIER, JZ 2006, p. 417, 419.

adecuadamente la protección de la personalidad con la libertad de expresión.

II. La evaluación de la doctrina del TEDH

1. La limitación de la información periodística por tribunales nacionales

En relación a la limitación de la información periodística de un órgano de prensa por tribunales nacionales se puede distinguir entre la información sobre personas famosas de la vida pública y la información sobre ciudadanos «normales».

A) TEDH, resolución de fecha 12-12-2000, número 54224/00 (Campmany y otros vs. España)¹⁰

El caso de Campmany y otros contra España versa sobre la información de un órgano de prensa sobre los llamados famosos.

a) Hechos e historia del caso

El primer apelante era el editor de la revista *Época* y al mismo tiempo el representante jurídico de la editorial de dicha revista. Un periodista de la revista *Tribuna* escribió refiriéndose a un «nuevo escándalo sexual entre una atractiva señora perteneciente a la nobleza y un banquero», haciendo referencia a la existencia de unas fotografías que documentaban su encuentro en un hotel de Madrid. Sólo pocos días después, un periodista de *Radio Nacional de España* retomó esta información describiendo esta supuesta relación como «idilio entre la señora de la nobleza y el banquero, y esto que los dos estaban casados y con hijos».

¹⁰ Campmany y Díez de Revenga y López-Galiacho Perona vs. España, núm. 54224/00, ECHR 2000-XII, p. 528.

La revista *Época* publicó pocos días después una información del segundo apelante. En la portada de dicha revista se veían las dos personas y se leía como título: «Supuesta relación entre E.B. y la duquesa de M.: un nuevo escándalo». En un reportaje de cuatro páginas se volvían a mencionar los rumores puestos en circulación por el primer reportaje de *Época*, así como por la información de *Radio Nacional de España*.

Se publicaron más artículos sobre la supuesta aventura amorosa, en los que se mencionaban, entre otros, los nombres de los hijos y se describía al marido de la duquesa como despreocupado y molesto, además de afirmar que los antiguos compañeros de clase lo habían llamado «el platillo».

Éstas fueron las circunstancias que llevaron a la duquesa y a su marido a presentar una demanda ante el Juez de Primera Instancia n.º 11 sobre la base de la ley sobre la protección del honor, de la vida privada y familiar así como del derecho de la propia imagen contra el apelante de *Época* y contra los periodistas de *Radio Nacional*.

El Juzgado aceptó la violación del derecho de la personalidad y de la vida privada y familiar y ordenó la publicación íntegra de la sentencia en la revista *Época*, indicándola en la portada, así como la lectura de la sentencia en *Radio Nacional de España*. Además se condenó a Radio Nacional al pago de una indemnización.

Los recursos de los apelantes fueron rechazados tanto por la Audiencia Provincial como por el Tribunal Supremo. Con referencia a su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) y su derecho a la libertad de expresión y a la libertad de información (art. 20 de la Constitución), los apelantes recurrieron al Tribunal Constitucional. Éste rechazó la demanda por falta de fundamento, porque una violación de los mencionados derechos de la duquesa y su marido sólo podrían ser justificables si las afirmaciones de los reportajes fueran ciertas y si éstas se refirieran a hecho de trascendencia pública. Pero éste no era el caso. Según el Tribunal Constitucional, los reportajes se referían exclusivamente a la vida privada de dos personas, cuya supuesta relación amorosa nunca pudo ser probada. No obstante, era precisamente esta supuesta aventura amorosa la que condicionaba la imagen pública de estas personas a partir de los reportajes. Éstos, en combinación con la publicación de las

fotografías, eran insultantes, agresivos e injustificados y sobrepasaban los límites de la libertad de expresión e información. Su sentencia se apoyaba, según este Tribunal, en una amplia jurisprudencia en este sentido ¹¹.

b) El procedimiento ante el TEDH

Ante el TEDH, los apelantes adujeron una violación de su derecho a la libertad de información con arreglo al artículo 10 del CEDH. El TEDH admitió la injerencia en el derecho a la libertad de expresión ¹². Esta injerencia, según el TEDH, representa una violación del artículo 10 del CEDH, a no ser que tenga un *fundamento jurídico*, persiga uno o varios *objetivos legítimos* y sea *necesaria en una sociedad democrática* para alcanzar dichos objetivos. El TEDH desarrolló sobre todo la cuestión de la necesidad.

Este Tribunal consideró el derecho a la libertad de expresión y de información como un derecho *absolutamente constituyente* dentro de una sociedad democrática ¹³. En este tipo de sociedad, según el TEDH, la prensa desempeña un papel significativo, sin poder transgredir los límites perfilados por los derechos de otros. Sin embargo, la prensa tiene, siempre en concordancia con sus derechos y obligaciones, el deber de transmitir informaciones y expresiones de opinión referentes a todos los asuntos de interés público ¹⁴. Por lo tanto, la libertad periodística implica en este sentido cierto grado de exageración e incluso de provocación ¹⁵.

El TEDH siguió al Tribunal Constitucional español en lo que se refiere al ámbito exclusivamente privado de los reportajes en cuestión. Aunque se trataba de personas de la vida pública, los reportajes no trataban asuntos de interés general de la sociedad. Según el TEDH, el Tribunal Constitucional español ponderó

¹¹ Véase *Campmany vs. España*, nota 10, p. 528.

¹² *Ibid.*

¹³ *Ibid.*, p. 529.

¹⁴ *De Haes y Gijssels vs. Bélgica*, núm. 7/1996/626/809, ECHR 1997-I, p. 233-234.

¹⁵ *Prager y Oberschlick vs. Austria*, núm. 13/1994/460/541, serie A, núm. 313, 19, § 38.

acertadamente el derecho a la libertad de información y el derecho de la personalidad ¹⁶. La demanda, por lo tanto, fue desestimada.

B) TEDH, sentencia de fecha 14.11.2002, número 40284/98
(*Krone vs. Austria*)

En contraste con el caso *Campmany*, el caso *Krone vs. Austria* es un tipo de asunto en el que un órgano de prensa informa sobre personas corrientes (no famosas).

a) Hechos

En este caso se trató de la imposición de una multa a la editorial *Krone* (apelante). La editorial consideró que esta sanción constituía una violación del artículo 10 del CEDH.

En julio de 1996, el periódico *Neue Kronen Zeitung* publicó algunos artículos sobre un caso de abuso de un menor, en los que se afirmaba que los padres de la víctima, el señor y la señora K., habían cometido el delito y que tenían tendencias bisexuales. La señora K. presentó ante la Audiencia Provincial para asuntos penales de Viena una solicitud para ser indemnizada según la Ley de los Medios de Comunicación (MedG). La Audiencia ordenó la publicación de una breve comunicación sobre aquel procedimiento todavía en curso. Esta comunicación apareció el día 04-09-1996, pero la señora K. reclamó la imposición de una multa por no ajustarse suficientemente a las órdenes de publicación según el artículo 20 (1) de la Ley de los Medios de Comunicación (MedG). Después de ser desestimada esta reclamación por la Audiencia Provincial mediante resolución de fecha 17-12-1996, la Audiencia Territorial ordenó el pago de una indemnización de 115.000 Chelines austriacos por violación de la presunción de inocencia, así como la publicación de la sentencia por la editorial *Krone Verlag GMBH*. Ésta cumplió con sus obligaciones de acuerdo con la sentencia.

¹⁶ *Campmany vs. España*, nota 10, p. 531.

Después de varios recursos ante la Audiencia Provincial, la Audiencia Territorial ordenó el pago de una multa a la señora K. de 1.304.000 chelines austriacos (4.000 Chelines austriacos por cada tirada del periódico *Neue Kronen Zeitung* entre el 11-09-1996 y 04-08-1997). La Audiencia Territorial consideró que la editorial *Krone Verlag GMBH* no podía ser eximida del pago de la multa durante el período de la tramitación de los recursos, porque la publicación realizada con fecha 04-09-1996 no «se acercó siquiera a una publicación en debida forma».

El día 30-06-1998, la Procuraduría General¹⁷ presentó un recurso de nulidad para garantizar la salvaguarda de la Ley. Argumentó que la multa prevista en el artículo 20 de la Ley de los Medios de Comunicación (MedG) es fundamentalmente un instrumento coactivo y no se podía justificar la imposición de la misma porque, en esa fase del procedimiento, el Tribunal había rechazado la existencia de la obligación jurídica de publicación —aunque la decisión no fuese firme—. Por esa razón, la editorial *Krone Verlag GMBH*, de acuerdo con esa resolución, podía, de buena fe, haber prescindido de la publicación y, en consecuencia, en tanto no se dictase una resolución en sentido contrario, no cabía la imposición de la multa. La Audiencia Territorial desestimó el recurso de nulidad con fecha 15-09-1998, diciendo que la cuestión de la buena fe no puede ser juzgada con arreglo a lo estipulado en el artículo 20 (4) MedG, de modo que la imposición de una multa era obligatoria. La *Krone Verlag GMBH* debía haber iniciado un procedimiento de indulto según el artículo 20 (3) MedG, por el cual se podría haber perdonado la multa. En este procedimiento se podría haber tenido en cuenta su situación especial con posterioridad a la resolución de fecha 17-12-1997.

b) Resolución del TEDH

En virtud de la decisión del TEDH, la imposición de la multa constituye una vulneración del derecho del apelante (*Krone Verlag*)

¹⁷ La *Generalprokuratur* (Procuraduría General) es una autoridad de la fiscalía, que se distingue de otras autoridades fiscales por su cercanía al Tribunal Superior austriaco y por el carácter especial de sus funciones, representando el Estado no como acusador sino como salvaguarda del Derecho. <http://www.ogh.gv.at/gp/index.php?nav=12>.

a la libre expresión de su opinión. El TEDH sigue en este sentido la jurisprudencia antes mencionada. La multa está *prevista legalmente* con arreglo al artículo 20 (1) MedG y persigue un *objetivo legítimo* en el sentido del artículo 10 (2) del CEDH, es decir, la protección de la reputación o los derechos de otros.

La *Krone Verlag GMBH* argumentó que es incompatible con el artículo 10 CEDH el obligar a un empresario de un medio de comunicación a publicar una segunda comunicación después de una resolución a su favor en primera instancia, como mera prevención para el caso de una anulación de esa resolución en la vía de apelación. Tal publicación implica una pérdida económica importante para una empresa periodística y constituye, por lo tanto, una *vulneración desproporcionada* de su derecho a la libertad de información.

El Gobierno austriaco respondió que la multa no es una sanción, sino una indemnización, dado que su pago —cuyo importe depende del número de las tiradas publicadas desde la fecha de la sentencia— debe realizarse a la persona afectada y no al Estado. Puesto que el daño producido en la demandante no cesa con la sentencia en primera instancia, sino que sigue existiendo durante todo el procedimiento de apelación, ha de tenerse en cuenta también este período a la hora de fijar la multa. El inconveniente de tener que pagar la multa incluso durante el período del procedimiento de apelación es una consecuencia del principio del Estado del Derecho, que implica el riesgo de la anulación de la sentencia en primera instancia.

Desde el punto de vista del TEDH, el tema central *in casu* no es la seguridad jurídica, sino lo es más bien el relativo a las obligaciones y responsabilidades que implica el ejercicio de la libertad de información por parte de los medios de comunicación. Este Tribunal está de acuerdo con la exposición realizada por la Procuraduría General: No se puede esperar que la empresa apelante, después de una resolución a su favor en primera instancia, vuelva a publicar una comunicación, cuya única motivación sería la presión ejercida judicialmente por la demandante y la amenaza de la imposición de otra multa, o que lo hiciese simplemente como prevención para el caso de anulación de dicha resolución por el tribunal de instancia superior. Por estas razones, la imposición de una multa durante el período del procedimiento de apelación era *desproporcionada e innecesaria* para los objetivos del artículo 10 del CEDH.

2. La limitación de información periodística políticamente relevante por tribunales nacionales

El segundo grupo de casos tiene el mismo punto de partida que el primero. Se trata de información periodística —esta vez de naturaleza política— limitada por tribunales nacionales.

A) TEDH, sentencia de 18-05-2004, número 58148/00 (*Éditions Plon vs. Francia*)¹⁸

a) Hechos y descripción del caso

En noviembre de 1995 se transfirieron a la apelante —una editorial con sede en París— los derechos de edición del libro titulado «Le Gran Secret» (El gran secreto), redactado conjuntamente por el Señor Gonod, periodista, y el Doctor Gubler, el médico de confianza durante muchos años del antiguo presidente francés, François Mitterrand. El libro describía el cuidado médico —organizado por el Doctor Gubler— de François Mitterrand, después de que le fuera diagnosticado cáncer de próstata, tras su primera elección como Presidente de la República Francesa en 1981. En el libro se ponían de manifiesto las dificultades por las que atravesó el Doctor Gubler para ocultar la enfermedad de François Mitterrand, desde el momento en que éste había accedido a que se publicase cada seis meses un boletín informando de su estado de salud.

François Mitterrand falleció el 8 de enero de 1996. Dos días después, el diario *Le Monde* publicó que Mitterrand ya había sufrido de cáncer de próstata al comienzo de su primer período de presidencia y que la sociedad no había sido informada de ello hasta 1992. Además se señaló que el Doctor Gubler había sido despedido en 1994 por François Mitterrand como médico de confianza. El artículo tuvo muchas repercusiones en los medios de comunicación y suscitó discusiones sobre la elección correcta de los métodos de tratamiento médico. En vista de estas circunstancias, el Doctor Gu-

¹⁸ *Éditions Plon vs. Francia*, núm. 58148/00, ECHR 2004-IV, p. 41.

bler decidió publicar el libro ya el día 17-01-1996. Este mismo día, la familia de Mitterrand recurrió a los tribunales afirmando que hubo una violación del deber de guardar el secreto profesional y una violación de su esfera privada y de la del fallecido.

Con fecha 18-01-1996, el Presidente del Tribunal de Grande Instance de París dictó una medida cautelar provisional, mediante la que se le prohibió con efectos inmediatos la venta del libro a la editorial apelante y al Doctor Gubler, dado que las revelaciones del libro constituían una intromisión extraordinariamente grave en la esfera privada e íntima de François Mitterrand y de su familia. El mismo año, fueron hallados culpables en sentencia firme por la violación del deber de guardar el secreto profesional el Doctor Gubler, el editor jefe de la sociedad apelante y el Señor Gonod, en autoría principal y coautoría, según el caso.

En sentencia de fecha 23-10-1996, la sociedad apelante, su editor jefe y el Doctor Gubler fueron condenados por el Tribunal de Grande Instance de París a pagar mancomunadamente una indemnización de 100.000 francos franceses por desvelar informaciones incumpliendo el deber de guardar el secreto profesional médico. Partiendo de la responsabilidad civil de la sociedad apelante por el daño causado, el tribunal expuso que las circunstancias del caso, especialmente la transmisión de extractos del libro a la prensa, la reproducción del libro en Internet, su publicación casi inmediatamente después del fallecimiento de François Mitterrand y la venta de 40.000 ejemplares justificaban mantener la prohibición de la venta, y por supuesto también por las emociones provocadas en la familia Mitterrand. Los recursos presentados fueron desestimados.

b) El procedimiento ante el TEDH

En el procedimiento ante el TEDH, la sociedad apelante expuso que la prohibición de la venta así como la condena al pago de la indemnización —exorbitante, desde su punto de vista— constituían una violación de su derecho a la libertad de expresión con arreglo al artículo 10 del CEDH.

c) Sobre la supuesta violación del artículo 10 del CEDH

Desde el punto de vista de la sociedad apelante, tanto la medida cautelar provisional como la sentencia posterior constituían una violación de su libertad de expresión. En virtud del Derecho francés, el incumplimiento del deber de guardar el secreto profesional médico no sólo constituye una violación de normas penales y deberes profesionales, sino que puede tener como consecuencia la responsabilidad civil del causante por los daños ocasionados con arreglo al artículo 1382 del *Code Civil*. Las medidas dictadas eran, por lo tanto, previsibles y tenían *fundamentación legal*¹⁹.

Esta limitación de la libertad de expresión, según el TEDH, también perseguía un *objetivo legítimo* porque los tribunales franceses se apoyaron en dos de las reservas mencionadas en el artículo 10 (2) del CEDH, a saber, el impedimento de la difusión de noticias confidenciales por un lado y, por el otro, la protección de los derechos de terceros²⁰.

En cuanto a la *necesidad* de dicha limitación de la libertad de expresión hay que tener en cuenta que el libro se publicó en relación con un debate, que ya llevaba tiempo abierto en Francia, sobre si —y hasta qué punto— la sociedad debe ser informada sobre graves problemas de salud de sus dirigentes del Estado y sobre si una persona tan debilitada por una enfermedad es la indicada para una carga tan importante²¹. Además, la ocultación del cáncer a la sociedad, deseada expresamente por François Mitterrand, y el hecho de desvelarlo más de diez años después hizo surgir la cuestión del interés público en el estado de salud y la vida de los políticos. A la vista de estas circunstancias había que comprobar, según el TEDH, si la limitación de la libertad de expresión, impuesta por los tribunales, se correspondió con una necesidad social urgente y además había que distinguir entre la medida cautelar provisional y la sentencia

¹⁹ *Ibid.*, p. 61, § 27.

²⁰ *Ibid.*, p. 63, § 34.

²¹ Como ejemplo, un artículo de la revista L'Express, «Le poids de la maladie» (La carga de la enfermedad) de fecha 08-09-1994, véase http://lexpress.fr/informations/le-poids-de-la-maladie_599357.html.

dictada posteriormente, en atención a las fechas de dichas resoluciones jurídicas²².

a) *Sobre la licitud de la medida cautelar*. El libro en cuestión se publicó menos de diez días después del fallecimiento del antiguo presidente Mitterrand. En vista de esta brevedad, la publicación, en la que se acusó a Mitterrand de haber mentido conscientemente a la población francesa sobre su estado de salud, debió herir necesariamente los sentimientos de duelo de su familia. Hay que añadir además que el fallecimiento de Mitterrand, tras una larga lucha contra su enfermedad, tuvo lugar tan sólo algunos meses tras el final de su presidencia. Debido a estas circunstancias, su reputación fue sensiblemente perjudicada. Por estas razones, la prohibición de la divulgación del libro hasta que se alcanzara una resolución definitiva sobre su compatibilidad con el deber de guardar el secreto médico era *necesario en una sociedad democrática*, con el objetivo de proteger los derechos del ex presidente y de su familia²³.

b) *Sobre la licitud de la sentencia dictada posteriormente*. En su sentencia de fecha 23-10-1996, el Tribunal de Grande Instance de París justificaba el mantenimiento de la prohibición de la venta en la necesidad de evitar que la reputación de Mitterrand volviera a sufrir daños. Pese al tiempo transcurrido desde entonces consideró que no había podido eliminar eficazmente los daños producidos por el libro, de modo que no debía permitirse su divulgación, a pesar de que las informaciones contenidas en él ya habían sido reproducidas por los medios de comunicación. Además estimó que había que prohibir la publicación de la obra en su totalidad porque aquellas partes cuyo contenido tuviera que ver con el secreto médico no podían separarse del resto del libro, sin falsear completamente su contenido.

El TEDH no siguió, sin embargo, esta línea de argumentación. La sentencia se dictó nueve meses y medio después del fallecimiento de Mitterrand y estaba, por lo tanto, no tan próxima en el tiempo como la medida cautelar provisional, ordenada un día después de la publicación del libro. Cuanto más tiempo transcurría entre el día del fallecimiento de Mitterrand y la publicación del

²² *Éditions Plan vs. Francia*, nota 18, p. 69, § 45.

²³ *Ibid.*, p. 70, § 48.

libro, menos podían herirse los sentimientos de duelo de la familia. A partir del momento de haber constatado el incumplimiento del deber de guardar el secreto médico, tendría que haberse considerado como argumento el transcurso del tiempo a la hora de analizar la cuestión de si la estricta prohibición de la publicación del libro era compatible con la libertad de expresión.

A esto había que añadir que en la fecha de la sentencia ya habían sido vendidos unos 40.000 ejemplares, que el libro se podía descargar en Internet y que había sido objeto de numerosos comentarios en los medios de comunicación. Las informaciones contenidas en el libro distaban de ser confidenciales. En vista de estas circunstancias, el deber de guardar el secreto médico no podía seguir siendo decisivo. La prohibición de la venta era, por lo tanto, *desproporcionada*, dado que se ordenó independientemente de la obligación de pagar una indemnización por daños y perjuicios a la familia Mitterrand. Teniendo en cuenta esta constatación era prescindible la revisión de otro recurso relacionado con la suma (exorbitante) de la indemnización ²⁴.

B) TEDH, sentencia del 13-11-2003
(*Scharsach y News Verlagsgesellschaft vs. Austria*) ²⁵

a) Hechos y descripción del caso

En este caso, el primer apelante publicó en 1995 un artículo en la revista *News*, editada por el segundo apelante. Con el título «Marrón en vez de negro y rojo» analizó la cuestión de si fuera posible y deseable que el «Partido de la Libertad de Austria» (*Freiheitliche Partei Österreichs - FPÖ*), liderado por Jörg Haider, formara parte del Gobierno. En su artículo el primer apelante afirmó, entre otros extremos, que del FPÖ salieron matones, incendiarios y perpetradores de atentados con bombas, de ideología nazi y que algunos de los representantes más significativos del «terrorismo marrón» se habían iniciado en el FPÖ. El artículo explicaba que al principio de los

²⁴ *Ibid.*, p. 73, § 57.

²⁵ *Scharsach und News Verlagsgesellschaft vs. Austria*, núm. 39394/98, ECHR 2003-XI, p. 125.

años 80, los «nazis de sótano» habían dejado el FPÖ cuando este partido tomó posturas más moderadas siendo su presidente Norbert Steger. Bajo la presidencia de Haider, según el artículo, volvían al partido y se presentaban como candidatos para cargos políticos. A continuación el autor mencionaba varios nombres que demostraban que este partido nunca se había distanciado de la extrema derecha, tal y como afirmaba sin embargo Jörg Haider. Entre estos nombres también estaba el de la diputada del Parlamento de la Baja Austria y Vicepresidente del FPÖ, Barbara Rosenkranz, cuyo marido publica la revista *Fakten*, considerada de extrema derecha.

La Señora Rosenkranz presentó una querrela privada por difamación contra el primer apelante y una demanda por daños y perjuicios con arreglo al artículo 6 de la Ley de los Medios de Comunicación (*MedG*) contra el segundo apelante. Con fecha 21-06-1998, la Audiencia Provincial de St. Pöllen condenó al primer apelante por difamación al pago de una multa de 60.000 chelines austriacos (= 4.360 €). El segundo apelante fue condenado en virtud del artículo 6 *MedG* a pagar a la Señora Rosenkranz una indemnización por daños y perjuicios de 30.000 chelines austriacos (= 2.180 €). En la fundamentación de su sentencia, la Audiencia Provincial de St. Pöllen expuso que el apartado en cuestión debe entenderse tal y como lo entendería un lector medio. La expresión «nazi de sótano», según los autores de la sentencia, se utilizaba para describir a personas que apoyaban la ideología nazi no públicamente pero sí de modo oculto con actividades secretas. Pertenecer a un círculo de personas de esta índole implicaba tener un carácter despreciable y comportarse de modo amoral e indigno. En la opinión del tribunal no puede probarse que la Señora Rosenkranz era coautora de la revista publicada por su marido. Pero incluso suponiendo que ella hubiera hecho contribuciones a algunos artículos, éstos no eran problemáticos a la luz de la *Verbotsgesetz* (Ley de Prohibición). La Señora Rosenkranz había afirmado que ella no consideraba inmorales las actividades de su marido y la Audiencia Provincial constató que éste, hasta la fecha, no había sido condenado con arreglo a la *Verbotsgesetz*. Ella tampoco había afirmado que apoyaba las actividades de su marido o que se identificaba con éstas. Además, no se podía esperar que una mujer criticara públicamente a su propio marido. Incluso el hecho de que ella hubiera criticado públicamente la *Verbotsgesetz* no prueba, desde el punto de vista de la Audiencia

Provincial de St. Pöllen, que ella llevara a cabo actividades nacionalsocialistas secretas de algún tipo que pudiesen justificar el calificativo de «nazi de sótano».

En los recursos presentados contra estas resoluciones, los apelantes exponen que la expresión «nazi de sótano» había sido acuñada por el antiguo presidente del FPÖ, Norbert Steger. Éste la había utilizado para describir aquellos compañeros de partido que oficialmente se declaraban partidarios de la democracia, pero que oficiosamente o secretamente no se distanciaban de la ideología nacionalsocialista o de sus contactos del mundo neonazi. El recurso fue desestimado por la Audiencia Territorial de Viena con fecha 03-03-1997.

b) El procedimiento ante el TEDH

Finalmente, los apelantes recurrieron al TEDH. Alegaron la violación del artículo 10 del CEDH por haber sido condenados bien por difamación, bien —según el caso— al pago de una multa.

En la opinión del TEDH, la imposición de la multa constituye sin duda alguna una limitación del artículo 10 del CEDH. Tal limitación está *prevista legalmente* mediante el artículo 111 del Código Penal austriaco y el artículo 6 *MedG* y persigue un *objetivo legítimo* en el sentido del artículo 10 del CEDH (2), a saber, la protección de la reputación o los derechos de terceros. Había que discutir si dicha limitación era *necesaria* en una sociedad democrática²⁶. También era discutible si las expresiones objeto del litigio realmente constituían constataciones de hechos y no juicios de valor, tal y como alegaban los apelantes.

Puesto que el tema del artículo eran las reflexiones del primer apelante sobre una posible participación en el Gobierno del FPÖ, bajo la presidencia de Jörg Haider, este artículo era de naturaleza política y trataba una cuestión de interés público, en contraste con el caso descrito al principio.

En primer lugar, el TEDH constató que los tribunales austriacos en su análisis del concepto objeto del litigio («nazi de sótano») no

²⁶ *Ibid.*, p. 132, § 28.

habían dado cuenta suficiente del contexto político en el que se utilizaba dicha expresión. En el contexto dado en este caso, la expresión «nazi de sótano» debía entenderse en el sentido del primer uso dado por Norbert Steger, para describir a personas que tienen una relación ambivalente hacia la ideología nacionalsocialista.

Los tribunales austriacos, según el TEDH, no habían comprobado nunca si debe entenderse esta expresión como un *juicio de valor*. Y reconoció que con frecuencia es difícil decidir si una afirmación supone un juicio de valor o es la constatación de un hecho. Puesto que de acuerdo con la jurisprudencia permanente del TEDH sólo se permitía emitir un juicio de valor con arreglo al artículo 10 del CEDH si había una base suficiente de hechos, la diferencia entre uno y la otra descansaba en última instancia en el grado de la prueba que había que presentar.

A diferencia del punto de vista de los tribunales nacionales, el TEDH consideró que la expresión en cuestión no debe entenderse como una constatación de unos hechos sino como un *legítimo juicio de valor*. La Señora Rosenkranz era la esposa de un conocido político de derechas, que editaba una revista considerada de extrema derecha. Aunque esto solo no era suficiente como fundamento de hecho, la Señora Rosenkranz también era política y nunca se había distanciado de las opiniones políticas de su marido, sino que había criticado públicamente la *Verbotsgesetz*, diseñada contra las actividades nacionalsocialistas. El tema del artículo objeto del litigio era la crítica relativa a que algunos políticos del FPÖ no se distanciaban de forma contundente de la extrema derecha. Por ello sí hubo un fundamento de hecho suficiente para utilizar la referida expresión, en el sentido de que la actitud de la Señora Rosenkranz con respecto a las posturas de extrema derecha era, como mínimo, vaga. La opinión del primer apelante debía calificarse, por lo tanto, como *juicio de valor sobre una cuestión importante de interés público*.

Dado que la Señora Rosenkranz era política y que el trabajo de un periodista y de la prensa consistía en difundir informaciones y reflexiones sobre asuntos de interés público, incluso cuando éstas fueran hirientes, impactantes o inquietantes, la utilización de la expresión «nazi de sótano» no rebasaba el límite de lo aceptable, en las circunstancias de este asunto. Los tribunales austriacos no habían fundamentado suficientemente la supuesta transgresión. Rebasaron los límites de su estrecho poder discrecional que corresponde a los

Estados miembros en relación al enjuiciamiento de asuntos de interés público, por lo que la injerencia era *desproporcionada* en cuanto al objetivo perseguido y, en consecuencia, *innecesaria* en una sociedad democrática. El TEDH concluyó que sí existió una violación del artículo 10 del CEDH.

3. *La violación del derecho de la personalidad por informaciones periodísticas admisibles con arreglo a la ley nacional*

La jurisdicción del TEDH analizada hasta ahora versaba, en líneas generales, sobre casos en los que informaciones periodísticas de órganos de la prensa fueron prohibidas o incluso sancionadas. Sin embargo, son de especial importancia, precisamente para el tema objeto de nuestra investigación, los casos en los que los tribunales nacionales consideraron permitidas unas informaciones periodísticas, que el TEDH tuvo por improcedentes invocando el derecho de la personalidad. En este sentido, la resolución del TEDH sobre Carolina de Mónaco tuvo una gran influencia en la Ley alemana sobre la protección de la personalidad (véase, más adelante, apartado C).

A) *TEDH, resolución de fecha 21-02-2002, número 42409/98 (Schüssel vs. Austria)*

El caso que vamos a describir a continuación se refiere a una representación satírica del entonces canciller Wolfgang Schüssel.

En su campaña electoral de las elecciones al Consejo Nacional de 1995, los socialdemócratas repartieron una pegatina con un fotomontaje de las dos mitades de las caras de Wolfgang Schüssel (ÖVP) y Jörg Haider (FPÖ) y el eslogan: «¡La reducción del gasto social y el robo de la educación tienen una cara!» Wolfgang Schüssel recurrió al Juzgado de Primera Instancia de Viena. Éste sentenció en un primer momento que la reproducción de la cara del demandante (Schüssel), conjuntamente con expresiones emocionales y degradantes, que desacreditaban a Schüssel personalmente más allá de una crítica política, perjudicaba los intereses legítimos también de una persona que, como líder de un partido político, se colocaba

en el centro del interés público. Estas expresiones se referían a que «robaba» y que era generalmente indiferente hacia las necesidades sociales («reducir el gasto social»). Además, siempre según el Juzgado de Primera Instancia, el aspecto de Schüssel había sido deformado y desfigurado de una forma degradante y burlesca. Schüssel no tenía por qué tolerar que su aspecto fuera modificado de tal modo que se fundía con el de otro rival político.

El Tribunal Supremo dictó otra resolución distinta. Expuso que era cierto que una persona conocida por el gran público puede defenderse contra la divulgación de una imagen que pueda dar lugar a interpretaciones equívocas, ser degradante o humillante, o mostrarla desfigurada. Esto —afirmó— se puede aplicar a imágenes que, por ejemplo, muestren al político desnudo o en posiciones vergonzantes o poco favorecedoras. Pero en el caso del Señor Schüssel esto no ocurría. A juicio del tribunal, la imagen solamente comunicaba que Schüssel defendía —al menos en lo que se refería a la política social y de educación— las mismas posturas que Jörg Haider; en su conjunto mostraba la cara fea de Schüssel y de Haider. Se trataba, pues, de una declaración política permitida y no de una calumnia personal contra el demandante o una vulneración de su esfera privada o íntima.

Con esta resolución del Tribunal Supremo austriaco se plantea la situación contraria, en comparación con los casos antes descritos, de que una información periodística o reproducción gráfica es considerada admisible por la jurisdicción nacional. El TEDH siguió la tesis del Tribunal Supremo argumentando que, precisamente en el enfrentamiento político, se permiten expresiones contundentes²⁷ y negó la existencia de una violación del artículo 8, párrafo 1, del CEDH.

Resulta evidente que el Tribunal Europeo no sólo distingue entre informaciones gráficas e informaciones verbales, sino que además es muy generoso en los supuestos de expresiones y reproducciones gráficas en un contexto político. Lo veremos confirmado por la siguiente resolución.

²⁷ EGMR (TEDH), resolución de fecha 21-02-2002, núm. 42409/98 (Schüssel vs. Austria).

B) TEDH, sentencia de fecha 24-06-2004, número 59320/00 (von Hannover vs. Alemania)²⁸

a) Hechos

La Princesa Carolina de Mónaco recurrió en repetidas ocasiones a los tribunales alemanes para que éstos prohibieran la publicación de fotografías que se publicaban en los años noventa en las revistas alemanas *Bunte*, *Freizeit Revue* y *Neue Post*. Fundamentaba sus demandas alegando que con estas publicaciones se violaba su derecho al respeto de su vida privada y su derecho a la propia imagen.

En su sentencia de fecha 15 de diciembre 1999, el Tribunal Constitucional de Alemania prohibió la publicación de ciertas fotografías, en las que se veía a la apelante con sus hijos, dado que los niños precisan mayor tutela que los adultos. No obstante, el Tribunal Constitucional expuso que la reclamante, que era sin duda alguna una «persona absoluta de la historia contemporánea», debía aceptar la publicación de fotografías que la muestran en público, incluso si estas imágenes se referían más bien a su vida diaria que al cumplimiento de sus deberes oficiales. El Tribunal se refirió en este sentido a la libertad de prensa y al interés legítimo del público de saber cómo se comporta una persona tan famosa generalmente fuera de su casa.

b) El recurso ante el TEDH

Ante el TEDH, la apelante alegó que las resoluciones de los tribunales alemanes violaban su derecho al respeto de su vida privada, dado que los tribunales no le habían concedido una protección adecuada contra la publicación de aquellas fotografías que los reporteros sensacionalistas, de forma oculta, habían tomado de ella como «persona absoluta de la historia contemporánea». Además se violaba su derecho al respeto de su vida familiar. La apelante aduce el artículo 8 del CEDH (derecho al respeto de la vida privada y familiar)²⁹.

²⁸ von Hannover vs. Alemania, nota 8, p. 43.

²⁹ *Ibid.*, p. 62, § 43.

El Tribunal hizo constar en primer lugar que algunas fotografías, en las que se ve a la apelante con sus hijos, así como la foto que la muestran acompañada por un actor en el patio trasero de un restaurante, ya no son objeto de litigio. El Tribunal Supremo alemán había prohibido la publicación de estas fotografías porque con ellas se violaba el derecho de la apelante al respeto de su vida familiar³⁰.

a) *Fundamentos de la reflexión y modo de proceder.* Para el TEDH estaba fuera de toda duda que las fotografías publicadas en las distintas revistas alemanas, en las que se ve a la apelante sola o con otras personas en el marco de su vida diaria, se refieren a su vida privada. Por lo tanto, este caso entraba en el ámbito de aplicación del artículo 8 del CEDH³¹. A continuación, había que hacer una ponderación entre la protección de la vida privada y la libertad de información, garantizada por el artículo 10 del CEDH.

(1) *Caso especial: los reportajes gráficos.* El TEDH expuso claramente que la libertad de información se refiere también a la publicación de fotografías. No obstante, en este ámbito la protección de la buena reputación y de los derechos de terceros adquiere especial relevancia, dado que no se trata de la divulgación de «ideas», sino de imágenes, que contienen informaciones muy personales e incluso íntimas sobre una persona³². Las fotografías tomadas para la prensa sensacionalista se hacían además, con frecuencia, en condiciones que implicaban constantes molestias que la persona afectada siente como una vulneración de su esfera privada o incluso como persecución.

(2) *¿Interés general?* Para el TEDH, el criterio decisivo para ponderar la protección de la vida privada por una lado y la libertad de expresión por el otro era la respuesta a la pregunta de hasta qué punto las fotos publicadas eran una contribución a un debate de interés general³³. En el presente caso se trataba de fotos que mostraban a Carolina de Mónaco en actividades puramente privadas. Las fotos se habían tomado sin que lo supiera y sin su consentimiento. Fotografías de esta índole no podían considerarse como contribución a un debate de interés público general, dado que se referían

³⁰ *Ibid.*, p. 65, § 48.

³¹ *Ibid.*, p. 67, § 53.

³² *Ibid.*, p. 68, § 57.

³³ *Ibid.*, p. 69, § 60.

exclusivamente a la vida privada de la apelante y no a sus funciones públicas.

(3) *¿Derecho del público a ser informado?* Sin embargo, era discutible si el público no tenía derecho a ser informado incluso sobre la vida privada de personas de vida pública. El tribunal lo negó en este caso. El público no podía reclamar tener un interés legítimo en saber dónde se encontraba Carolina de Mónaco y cómo se comportaba en general en su vida privada, incluso si se desplazaba a lugares que no se pueden calificar como solitarios y aunque sea una persona muy conocida. Aun cuando existiera tal interés en el público y un interés comercial de los órganos de la prensa, tales intereses debían considerarse secundarios respecto al derecho de la apelante a obtener una protección eficaz de su vida privada.

(4) *Los criterios de los tribunales alemanes eran insuficientes.* Según la perspectiva del TEDH, la protección de la vida privada tiene una relevancia trascendental para el desarrollo personal de cada uno. Cualquier persona, también un personaje de la vida pública, debe tener la «expectativa legítima» de que su vida privada sea protegida y respetada. Los criterios propuestos por los tribunales alemanes para distinguir entre una persona «absoluta» de la historia y una persona «relativa» no son suficientes para garantizar una protección eficaz de la vida privada de la apelante³⁴. Los tribunales alemanes, según el TEDH, no ponderaron los intereses en contradicción de manera justa.

b) *Resultado.* La violación del artículo 8 del CEDH resulta, según la perspectiva del TEDH, de la violación del derecho a la vida privada, por lo que ya no resultaba necesario decidir sobre el otro recurso relativo al derecho al respeto de la vida familiar.

III. Influencia sobre el Derecho alemán

En relación con la influencia de la resolución de Carolina de Mónaco sobre el Derecho alemán existen opiniones divergentes.

³⁴ *Ibid.*, p. 72, § 78.

1. En primer lugar: temor a consecuencias relevantes para el Derecho alemán

Las primeras reacciones en torno a la resolución del TEDH sobre Carolina de Mónaco pusieron de manifiesto el temor de que tuviera consecuencias relevantes para el Derecho alemán, especialmente en el ámbito de los delitos cometidos por los medios de comunicación: «No se pueden sobreestimar las repercusiones directas de la resolución del TEDH en el caso de Carolina von Hannover»³⁵. Así, en relación con la valoración del CEDH, a la hora de interpretar las leyes por parte de los tribunales alemanes, se pronosticó que había que despedirse de la interpretación actual del artículo 23 de la Ley de protección de la autoría artística (KUG)³⁶, según la cual las «personas absolutas de la historia contemporánea» deben tolerar, en principio, cualquier reportaje gráfico fuera del ámbito íntimo, como por ejemplo su propia casa, a no ser que puedan acreditar que se retiraron a un lugar apartado para vivir en soledad de una manera objetivamente reconocible³⁷.

2. Interpretación de la resolución

En las siguientes líneas queremos discutir y valorar algunos aspectos de esta resolución, refiriéndonos no sólo a la valoración llevada a cabo por la literatura especializada, sino también por la jurisprudencia.

³⁵ HELDRICH, *NJW* 2004, p. 2633.

³⁶ La norma dice:

«(1) Sin el consentimiento necesario con arreglo al § 22 deben difundirse y mostrarse: 1. Imágenes del ámbito de la historia contemporánea; 2. imágenes en las que personas aparecen sólo como elementos secundarios en un paisaje u otro lugar; 3. imágenes de reuniones, desfiles y eventos similares, en los que participaron las personas reflejadas; 4. imágenes que no se elaboraron por encargo, con tal de que su difusión o exposición sirva al interés general del arte.

(2) La autorización no se aplica a aquella difusión o exposición por la que se viola el interés legítimo de la persona reflejada o, si ésta hubiera fallecido, de sus familiares».

³⁷ HELDRICH, nota 35, p. 2633.

A) ¿Efecto vinculante de la resolución?

Como punto de partida, es necesario valorar hasta qué punto la resolución del TEDH sobre el caso de Carolina de Mónaco es vinculante para los tribunales alemanes.

El CEDH es un contrato de derecho internacional por el que Alemania está obligada a respetar un estándar mínimo de garantías en materia de derechos humanos, según el artículo 46 II del CEDH³⁸. Aunque es considerado como la Constitución de derechos fundamentales de Europa³⁹, tiene el rango de una ley federal simple con arreglo al artículo 59 II de la GG (Constitución alemana), por lo que esta última tiene primacía⁴⁰. No obstante, existen opiniones divergentes también sobre este punto, especialmente, desde el punto de vista de las consecuencias jurídicas⁴¹. Por un lado, aplicando la regla de la *lex posterior* (si una ley federal es promulgada temporalmente después del CEDH y entra en conflicto con éste, entonces rige la ley posterior en virtud de las reglas generales —*lex posterior derogat legi priori*—⁴²) cabe pensar que el legislador puede eliminar determinadas garantías del procedimiento penal del CEDH⁴³. Por otro lado, el Derecho simple no puede constituir la vara de medición de los derechos constitucionales, lo cual tiene como consecuencia que un recurso constitucional no puede ser fundamentado directamente sobre una violación del CEDH⁴⁴. También la opinión predominante actual encuentra insatisfactoria esta situación dada la importancia del CEDH como Constitución de derechos humanos

³⁸ HOFFMANN-RJEM, *EuGRZ* 2002, pp. 473, 475; MEYER-LADEWIG/PETZOLD, *NJW* 2005, pp. 15, 16.

³⁹ TEDH, sentencia de fecha 23-03-1995, núm. 15318/89, §§ 70, 75 (*Loizidou vs. Turquía*); FROWEIN, *Der Straßburger Grundrechtsschutz in seinen Auswirkungen auf die nationalen Rechtsordnungen und das Gemeinschaftsrecht*, en: Kreuzer/Scheuing/Sieber (editores), *Europäischer Grundrechtsschutz*, 1998, pp. 25, 27.

⁴⁰ Tribunal Constitucional Federal alemán 74, pp. 358, 370.

⁴¹ AMBOS, *Internationales Strafrecht*, § 10, marginal 9; El mismo, *ZStW* 115 (2003), pp. 583, 587.

⁴² KÜHNE, *Strafprozessrecht*, 7.ª ed., § 2, marginal 30.

⁴³ Cf. WEIGEND, *StV* 2000, p. 387.

⁴⁴ Tribunal Constitucional alemán, *NJW* 2004, pp. 3407, 3408; FROWEIN, *NVwZ* 2002, p. 29.

de Europa⁴⁵. Por esto, el Tribunal Constitucional alemán tiene, desde el punto de vista formal, sólo una obligación limitada de respetar el CEDH, pero suele interpretar tanto la Constitución como el Derecho legislativo simple conforme al CEDH⁴⁶. Sin embargo, esta interpretación no debe limitar o disminuir la protección de los derechos fundamentales que existen en virtud de la Constitución alemana⁴⁷. En el marco de una interpretación jurídica justificable, también los tribunales especiales, por su vinculación al Derecho y la Ley, tienen que respetar tanto las garantías del CEDH, como las resoluciones del TEDH, con arreglo al artículo 20 III GG⁴⁸. Otra vía —la preferible— sería darle al CEDH el rango de Constitución⁴⁹. La situación *de facto* en Suiza es ésta, porque las violaciones del CEDH pueden ser sancionadas directamente por la vía del recurso de derecho político⁵⁰. En Austria el CEDH tiene incluso formalmente el rango constitucional siendo una ley constitucional federal con «derechos garantizados constitucionalmente» (art. 144 de la Ley constitucional federal [B-VG] austriaca)⁵¹. También en España y en Francia el CEDH no tiene el rango de una ley simple, sino que se encuentra como cualquier otro convenio de Derecho Internacional entre la Constitución y la ley y tiene, por lo tanto, rango jerárquicamente superior a una ley (cfs. art. 55 de la Constitución francesa y art. 10, párr. 2 de la española)⁵². En otro orden de consideraciones, no parece congruente que si el Derecho comunitario europeo tiene primacía sobre el Derecho alemán⁵³ (con limitaciones, en lo que se refiere a la revisabilidad de los tribunales⁵⁴), el CEDH no

⁴⁵ MEYER-LADEWIG/PETZOLD, nota 38, p. 15, 16; AMBOS, nota 41, §10, marginal 9.

⁴⁶ Tribunal Constitucional alemán, nota 44, pp. 3407, 3408; FROWEIN, nota 44, p. 29.

⁴⁷ BÖLKE, *GOSTOMZYK, Jura* 205, pp. 336, 338.

⁴⁸ Tribunal Supremo Federal alemán, *NJW* 2004, pp. 3407, 3408.

⁴⁹ AMBOS, nota 41, pp. 583, 587; KÜHNE, nota 42, § 2, marginal 30.

⁵⁰ BG *EuGRZ* 1975, p. 351, *EuGRZ* 1992, p. 416, 417; TRECHSEL, *ZStW* 100 (1988), pp. 667, 679.

⁵¹ FUCHS, *ZStW* 100 (1988), p. 444; véase también AMBOS, nota 41, p. 583, 589.

⁵² AMBOS, nota 41, pp. 583, 588.

⁵³ *EuGH*, Rs 26/62, Slg 1962, p. 1 (van Gend en Loos); HALTERN, *Europarecht*, 2.ª ed., § 8.

⁵⁴ En su jurisprudencia de Maastricht, el Tribunal Constitucional alemán (*BVerfGE*) modificó su doctrina anterior de los asuntos Solange I (*BVerfGE* 37,

tenga esta misma primacía, aunque se deba considerar este convenio como derecho europeo en un sentido amplio⁵⁵. Además desarrolla obligaciones similares que las normas con respecto al tercer pilar del Contrato de la UE⁵⁶. Por esta razón, la dogmática del derecho político y del derecho internacional está intentando corregir el rango constitucional del CEDH a través del artículo 1, 24 y/o artículo 25 de la Constitución alemana⁵⁷. Pero estos intentos, hasta la fecha, no se han podido imponer⁵⁸, ni son convincentes⁵⁹. Mientras que el CEDH no sea elevado al rango de derecho constitucional, lo que precisaría un procedimiento legislativo con una mayoría de dos tercios⁶⁰, o en tanto no se establezca la primacía del CEDH ante el Derecho federal alemán mediante un complemento legislativo⁶¹, su rango seguirá siendo el de derecho simple.

Junto a esta situación legal hay que tener en cuenta que la jurisprudencia con respecto al CEDH crea precedentes en el sentido de un sistema de *case law*⁶² y que se trata precisamente de saber qué partes de un *precedent* son vinculantes, si es que se considera la resolución de Carolina de Mónaco como *precedent*⁶³. En términos generales, cabe afirmar que sólo la *ratio decidendi* de un *precedent* despliega consecuencias vinculantes⁶⁴; ésta se corresponde con las reflexiones

pp. 271, 280 y ss.) y Solange II (BVerfGE 73, pp. 339, 387) y declaró que un recurso de inconstitucionalidad puede dirigirse también contra actos de soberanía supranacionales (BVerfGE 89, pp. 155, 175); sin embargo, esto no es aplicable si los actos en cuestión de los órganos de la comunidad sobrepasan las competencias transferidas a las comunidades (BVerfGE 89, pp. 188, 210).

⁵⁵ KÜHNE, nota 42, § 2, marginal 30.

⁵⁶ Cf. KÜHNE, *ibid.*, marginal 70.

⁵⁷ Cf. PACHE, EuR 2004, pp. 393, 396; GERARDS, *Die Europäische Menschenrechtskonvention im Konstitutionalisierungsprozess einer gemein-europäischen Grundrechtsordnung*, pp. 132 y ss.

⁵⁸ GRABENWARTER, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3.ª ed., § 3 marginal 7 y ss.

⁵⁹ AMBOS, nota 41, § 10, marginal 8.

⁶⁰ KÜHNE, nota 42, § 2, marginal 30.

⁶¹ KLEIN en: Mahrenholz/Hilf/Klein (Edits.), *Entwicklung der Menschenrechte innerhalb der Staaten des Europarates*, 1987, pp. 50, 65.

⁶² MOWBRAY, *An Examination of the European Court of Human Rights' Approach to Overruling its Previous Case Law*, 9 HUMRLR 179, at 180.

⁶³ HALFMEIER, nota 9, pp. 417, 420.

⁶⁴ BAILEY/CHING/TAYLOR, *The Modern English Legal System*, 5.ª ed., p. 478; Zweigert/Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 3.ª ed., 1996, p. 253.

del fundamento de una resolución⁶⁵ y debe distinguirse de la mera *obiter dicta*. Como *ratio decidendi* se puede calificar sólo aquella regla que fue relevante para la decisión sobre un caso concreto sin la cual dicho caso debería haberse decidido de otra forma⁶⁶. Los jueces y magistrados están sujetos a la *ratio decidiendo*, pero no a un *obiter dictum*. Por esto debemos preguntar por la *ratio decidendi* de la resolución sobre Carolina de Mónaco.

B) La *ratio decidendi* de la resolución sobre Carolina de Mónaco

a) Limitación de la publicación de imágenes

En este punto habría que constatar que hubiera sido admisible informar sobre las actividades privadas de Carolina de Mónaco, sin tomar las correspondientes fotografías. Una información verbal constituye en general una injerencia en la esfera privada mucho menos relevante que una fotografía con un contenido informativo comparable⁶⁷. La violación del artículo 8 radica justamente en la publicación de fotografías y la sentencia se refiere precisamente a esta afirmación⁶⁸.

Existen, no obstante, unas limitaciones considerables a dicha afirmación. La jurisprudencia alemana y la literatura especializada (en parte) distinguen entre personas absolutas y personas relativas de la historia contemporánea⁶⁹. Siguiendo esta distinción, una fotografía de una persona absoluta de la historia puede publicarse siempre, mientras que una fotografía de una persona relativa de la historia contemporánea sólo puede publicarse con tal de que refleje un aspecto históricamente relevante de dicha persona⁷⁰. Sin embargo, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional alemán

⁶⁵ HALFMEIER, nota 9, pp. 417, 420.

⁶⁶ BLUMENWITZ, *Einführung in das anglo-amerikanische Recht*, 7.ª ed., 2003, p. 35.

⁶⁷ BGH, NJW 1966, pp. 2353, 2354; HELLE, *Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht*, 1991, p. 47.

⁶⁸ HALFMEIER, nota 9, pp. 417, 420.

⁶⁹ BVerfGE 101, pp. 361, 392; NEUMANN-DUESBERG, JZ, 1960, 114.

⁷⁰ SOEHRING, *Presserecht*, 3.ª ed., 2000, p. 434.

no se admite la publicación de cualquier fotografía de una persona absoluta de la historia contemporánea, sino que existen las esferas de intimidad absoluta, que incluyen lugares para «estar en soledad y relajarse»⁷¹. Con esto se refiere al ámbito del hogar, además del «recogimiento reconocible», que constituye para la persona famosa una zona de retiro en la que no se siente observada⁷².

En el artículo 23 I KUG (Ley de la protección de la autoría artística) se resuelve la pregunta de si una imagen pertenece al «ámbito de la historia contemporánea». Esta norma no hace la distinción entre persona absoluta y relativa de la historia contemporánea y fue criticada por la literatura especializada ya antes de la resolución sobre Carolina de Mónaco⁷³. En todo caso, las imágenes de princesas paseando y yendo de compras no forman parte, según al TEDH, de la historia contemporánea⁷⁴. Según el punto de vista del Tribunal Constitucional alemán, Carolina de Mónaco es una persona absoluta de la historia contemporánea. Aunque frente a la protección de su derecho de la personalidad sólo se encuentra el interés de entretenimiento del público, éste tiene más peso. En cambio, el TEDH hizo, expresándolo con las palabras del Juez Zupancic, «que el péndulo volviera al otro lado de la compensación entre lo «privado protegido» y lo «público no protegido»⁷⁵. Un «interés de entretenimiento» no era suficiente, tenía que existir un «interés general». Esto implica un alejamiento de la interpretación actual del artículo 23 de la KUG, según la cual las personas absolutas de la historia contemporánea «deben tolerar en general fuera de su hogar toda información gráfica»⁷⁶ (a no ser que sean aplicables las limitaciones del art. 23, párrafo 2 del KUG). Por esto, la situación jurídica alemana debería ser adaptada en el sentido de que los tribunales civiles reciban la autorización concreta para que «realicen una nueva interpretación del artículo 23, párrafo 1, n.º 1 de la KUG y para que ponderen la libertad de prensa y el derecho de la

⁷¹ BVerfG NJW 2000, pp. 1021, 1022; NJW 2000, p. 2192; WENZEL, *Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung*, 5.ª ed., 2003, pp. 494 y ss.

⁷² BÖLKE/GOSTOMZYK, JURA 2005, pp. 336, 337.

⁷³ WENZEL, *Anmerkungen zu OLG Hamburg*, sentencia de fecha 26-3-1970, AfP 1971, p. 34.

⁷⁴ HERRMANN, ZUM 2004, p. 665.

⁷⁵ EGMR EuGRZ 2004, pp. 404, 416.

⁷⁶ HELDRICH, nota 35, pp. 2634, 2636.

personalidad según los principios del TEDH»⁷⁷. Esto podría llevarse a cabo mediante la vuelta del Tribunal Constitucional alemán a su doctrina anterior⁷⁸. En una sentencia del año 1972 se puede leer: «En una ponderación entre la libertad de prensa y otros bienes jurídicos protegidos por la Constitución, se puede tener en cuenta si la prensa discutió en un caso concreto un asunto de interés público de una forma seria y conforme a los hechos, contribuyendo con ello a la pretensión del público de ser informado y a la formación de la opinión pública o, si, por el contrario, satisface meramente la necesidad de una capa más o menos amplia de los lectores a recibir entretenimiento superficial»⁷⁹.

- b) Sin cambios en la interpretación en casos de políticos y autoridades

La sentencia de Estrasburgo no afecta a la información verbal y gráfica sobre políticos, incluso si ésta se refiere a su vida privada. En la sentencia del TEDH se expone detalladamente que Carolina no ejerce ninguna función pública para el Principado de Mónaco⁸⁰. De esto se puede deducir que la *ratio decidendi* no se refiere precisamente a la información verbal y gráfica sobre políticos. Además se destaca en la propia fundamentación de la resolución sobre Carolina de Mónaco que la argumentación del tribunal en este caso no se podrá aplicar a los políticos⁸¹.

- c) No se aplica a los casos de publicidad voluntaria

Del mismo modo, cabe afirmar que las personas que voluntariamente den acceso al público a su vida privada tendrán que tolerar

⁷⁷ STARCK, JZ 2006, pp. 76, 80; cf. también STÜRNER, JZ 2004, pp. 1018 y ss.

⁷⁸ STARCK, *ibidem*.

⁷⁹ BVerfGE 34, pp. 269, 283.

⁸⁰ von Hannover vs. Alemania, nota 8, § 62.

⁸¹ *Ibidem*, § 63.

la publicación de las informaciones correspondientes⁸². El derecho de la personalidad no puede «garantizar el interés de la comercialización de la persona»⁸³. La comercialización pública de la propia vida privada y familiar no permite que pueda afirmarse al mismo tiempo que esta vida privada y familiar debe ser tratada con especial discreción⁸⁴. De la sentencia sobre Carolina de Mónaco no se puede extraer la consecuencia de que esta situación haya de cambiar en el futuro⁸⁵.

C) *Jurisprudencia posterior a la sentencia sobre Carolina de Mónaco*

Se pueden clasificar las resoluciones posteriores a la sentencia de Estrasburgo sobre Carolina de Mónaco en dos categorías generales. Por un lado, están las resoluciones sobre asuntos de información gráfica relativas al comportamiento cotidiano de famosos, o sea, asuntos similares a los que fueron objeto de la resolución de Carolina de Mónaco; por el otro lado, están las resoluciones sobre asuntos que se distinguen del caso de Carolina en, al menos, un aspecto⁸⁶.

a) Información gráfica sobre «cotidianidades» de famosos

En el grupo de casos de información gráfica sobre cotidianidades destacan dos asuntos: el de la Audiencia Territorial de Berlín, sobre la información gráfica relativa a la compañera sentimental del cantautor alemán Herbert Grönemeyer; y el de la Audiencia Territorial de Hamburgo, sobre una fotografía del Príncipe Ernst August von Hannover con su esposa, de vacaciones, en una calle muy transitada⁸⁷.

⁸² Audiencia Territorial de Hamburgo, sentencia de fecha 5-12-1974, *ArchPR* XIX, 1974, p. 128.

⁸³ *BVerfGE* 101, pp. 361, 385.

⁸⁴ HALFMEIER, nota 9, pp. 417, 421.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ Teubel, *AfP* 2006, p. 116.

⁸⁷ Audiencia Territorial de Berlín (KG), *AfP* 2004, p. 564; *NJW* 2005, p. 605; Audiencia Territorial (OLG) de Hamburgo, sentencia de fecha 31-1-2006 - 7 U 81/05.

En el primer caso mencionado, la compañera sentimental del Señor Grönemeyer formuló una *acción inhibitoria*, por unas fotografías que la mostraban junto a su compañero sentimental en una cafetería en Italia⁸⁸. La Audiencia Territorial de Berlín había decidido un caso casi idéntico, dos días antes de la resolución del TEDH sobre Carolina de Mónaco (se trataba de una cafetería en Londres)⁸⁹. En este caso había rechazado la *acción inhibitoria*⁹⁰ y, sin embargo, en el caso Grönemeyer la aceptó⁹¹. A la vista de la similitud de los asuntos, las dos resoluciones diferentes sólo pueden explicarse por el efecto vinculante de la resolución de Carolina de Mónaco. Por eso la Audiencia Territorial discutió, con carácter general, el efecto vinculante de las resoluciones del TEDH y sobre todo la sentencia del caso Görgülü del Tribunal Constitucional alemán, según la cual las resoluciones del TEDH deben «ser consideradas» y «encajadas» en el Derecho alemán⁹². Conforme a la sentencia del caso Görgülü, del Tribunal Constitucional alemán, la Constitución debe interpretarse de tal forma que se evite la vulneración de obligaciones de Derecho internacional⁹³. La resolución del TEDH sobre Carolina de Mónaco tiene en cuenta tanto el valor de la dignidad humana en virtud del artículo 1, párrafo 1 de la Constitución alemana, como el derecho al desarrollo de la personalidad según el artículo 2, párrafo 1 del mismo texto legal⁹⁴. Además, es compatible con el derecho a la libertad de expresión y a la libertad de prensa según el artículo 5, párrafo 1 de la Constitución alemana, si se aplica al derecho de los famosos y sus compañeros al respeto de su vida privada también en lugares que no se consideran apartados y solitarios, con tal de que el implicado no haya despertado el interés del público justamente en esas imágenes⁹⁵. La Audiencia Territorial consideró que las razones

⁸⁸ Audiencia Territorial de Berlín (KG), *ibidem*, p. 564; *NJW* 2005, p. 605.

⁸⁹ Audiencia Territorial de Berlín (KG), *ibidem*, p. 556; *NJW* 2005, p. 603.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Audiencia Territorial de Berlín (KG), *ibidem*, p. 564; *NJW* 2005, p. 605. ¡Las dos sentencias contradictorias fueron impresas en la misma fuente directamente una después de la otra!

⁹² *BVerfGE* 111, pp. 307, 315, 327. Según el § 31, párr. 1 *BVerfGG*, los tribunales especializados están vinculados por las resoluciones del Tribunal Constitucional.

⁹³ *BVerfGE*, nota 92, pp. 307, 317.

⁹⁴ Audiencia Territorial, nota 91, p. 556; *NJW* 2005, pp. 605, 606.

⁹⁵ STARCK, nota 77, pp. 76, 80.

esgrimidas por el TEDH eran «convincientes en su esencia» y se sintió más vinculada por el TEDH que por el Tribunal Constitucional alemán; la sentencia del TEDH sobre el asunto de Carolina de Mónaco considera, en esencia, que cualquier publicación gráfica sin consentimiento es inadmisibles, si ésta no persigue los objetivos de información sobre asuntos políticos o sociales importantes, y la Audiencia Territorial apreció el efecto vinculante ejercido por el Tribunal Constitucional alemán como menos estricto, dada la inclinación de la Constitución hacia el respeto del Derecho internacional y la obligación de interpretación conforme al CEDH⁹⁶.

En contraste, la Audiencia Territorial de Hamburgo rechazó en el caso del Príncipe Ernst August von Hannover la acción inhibitoria y se sintió vinculada por la sentencia del Tribunal Constitucional⁹⁷. Al contrario que el TEDH⁹⁸, esta Audiencia Territorial no consideró decisivo si se trataba de una contribución a una discusión pública sobre una cuestión de interés general; más bien se trataba del interés de entretenimiento de los lectores⁹⁹.

La literatura especializada recibió de modo discrepante la orientación de la Audiencia Territorial de Berlín hacia el TEDH y el alejamiento resultante de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, en el sentido de un relajamiento (en el marco del Derecho europeo) del efecto vinculante en virtud del artículo 31, párr. 1 de la Ley del Tribunal Constitucional¹⁰⁰. Algunos autores, no consideran directamente aplicable a este caso la interpretación de la Constitución alemana a favor del Derecho Internacional que se menciona en el caso *Görgülü*, porque ésta se refiere únicamente a una relación general entre del Derecho alemán y el CEDH; sin embargo, *in casu* ya existía una sentencia del Tribunal Constitucional, concretando en su contenido las normas de la Constitución (la

⁹⁶ Audiencia Territorial (OLG), nota 87, pp. 564 y ss.; en el mismo sentido: SCHMAHL, *EuR* 2008, p. 7, 36; MEYER-LADEWIG, *EMRK, Handkommentar*, 2.ª ed. 2006, Art. 46, marginal 20; Mückl, *Der Staat*, 44 (2005), pp. 403, 429; J. BERGMANN, *EuR* 2006, pp. 101, 114.

⁹⁷ Audiencia Territorial de Hamburgo (OLG), sentencia de fecha 31-1-2006 - 7 U 81/05.

⁹⁸ Véase *EGMR*, nota 27.

⁹⁹ Audiencia Territorial de Hamburgo (OLG), nota 97.

¹⁰⁰ En desacuerdo, *ENGELS/JÜRGENS*, *NJW* 2007, pp. 2517-2520.

del caso de Carolina de Mónaco)¹⁰¹. Según este punto de vista, los Tribunales alemanes se encuentran vinculados por esta sentencia, en virtud del artículo 31, párr. 1 de la Ley del Tribunal Constitucional¹⁰². El efecto vinculante se referiría a las razones en las que se fundamenta la resolución, siempre que se justifique debidamente la interpretación de la Constitución¹⁰³. En virtud del artículo 31, párr. 1 de la Ley del Tribunal Constitucional, las resoluciones tienen incluso fuerza de ley, si el Tribunal Constitucional declara una ley como anticonstitucional o como constitucional¹⁰⁴. Por eso, es inadmisibles un «relajamiento» del efecto vinculante según el artículo 31, párr. 1 de la Ley del Tribunal Constitucional, tal y como lo asume la Audiencia Territorial de Berlín¹⁰⁵. Tampoco tiene, según este punto de vista, «apoyo legal»¹⁰⁶ la afirmación de que la autoridad del TEDH y la vinculación de Alemania al Derecho Internacional «autoriza a los tribunales civiles a llevar a cabo una nueva interpretación del artículo 23, párr. 2, n.º 1 de la KUG y realizar la ponderación entre libertad de prensa y derecho a la personalidad según los principios del CEDH»¹⁰⁷. Otras voces de la literatura especializada consideran poco convincente la reducción, en adaptación al Derecho internacional, del artículo 31, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional a mera norma procedimental¹⁰⁸. El artículo 31, párrafo 1 de la Ley del Tribunal Constitucional no es una norma procedimental pura, decidida por el legislador simple, sino más bien una «consecuencia necesaria de la creación y función del Tribunal Constitucional» y tiene, por lo tanto, un «fundamento en la Constitución»¹⁰⁹. La falta de seguimiento de la resolución del

¹⁰¹ TEUBEL, *AJP* 2006, pp. 116, 117.

¹⁰² MANN, *NJW* 2004, pp. 3220, 3221; BENDA, *AnwBl* 2005, pp. 602, 608; GERSDORF, *AJP* 2005, pp. 221, 226, 227; SEIDEL, *RuP* 2005, pp. 169, 172; SOEHRING/SELMANN-EGGEBERT, *NJW* 2005, pp. 571, 577.

¹⁰³ *BVerfGE* 1, pp. 13, 37; 19, pp. 377, 392; 20, pp. 56, 87; 40, pp. 88, 93, 94 104, pp. 151, 197.

¹⁰⁴ Audiencia Territorial de Hamburgo (OLG), nota 97.

¹⁰⁵ TEUBEL, nota 101, pp. 116, 117.

¹⁰⁶ TEUBEL, nota 101, pp. 116, 118.

¹⁰⁷ STARCK, notas 77, 78.

¹⁰⁸ BENDA, *AnwBl* 2005, pp. 602, 607.

¹⁰⁹ VOGEL, *FS BVerfG* I 1976, pp. 568, 575 y ss.; UMBACH/CLEMENS/HEUSCH, *BVerfGG*, 2.ª ed., 2005, § 31, marginal 54; BENDA, *AnwBl* 2005, pp. 602, 607.

TEDH, resultante de este efecto vinculante, es «desafortunada»¹¹⁰, pero —en última instancia— tolerable.

b) Otros tipos de información sobre famosos

El segundo grupo de resoluciones posteriores a la sentencia de Estrasburgo sobre el caso de Carolina de Mónaco se refiere a aquellas resoluciones que se distinguen de ésta en, al menos, un aspecto¹¹¹. Uno de ellas fue el asunto del Príncipe Ernst August von Hannover¹¹². Se publicó en varios periódicos alemanes la información real de que éste había conducido en una autopista francesa, con una limitación de velocidad de 130 km/h, a 211 km/h y que había sido condenado a una multa de 728 Euros y a una prohibición para conducir durante un mes. Mientras que la Audiencia Provincial admitió en primera instancia la *acción inhibitoria*, la Audiencia Territorial la desestimó a petición de los demandados¹¹³. El Tribunal Supremo confirmó esta última y desestimó el recurso de casación¹¹⁴.

a) *La Resolución de la Audiencia Territorial de fecha 14-09-2004.* La Audiencia Territorial constató que la información no estaba relacionada con la esfera íntima, privada o de confianza, sino con la esfera social. Este concepto se refiere en el Derecho alemán, de acuerdo con la llamada teoría de las esferas, a aquellos aspectos del derecho de la personalidad que traspasan el estrecho ámbito de la personalidad¹¹⁵. Esto significa que, en principio, hay que tolerar informaciones sobre estos aspectos, a no ser que tengan efectos graves en el sentido de una estigmatización, marginación social o exposición a la vergüenza. Si hubiera lugar a estas excepciones habría que

¹¹⁰ TEUBEL, nota 101.

¹¹¹ V. C II 2.

¹¹² Tribunal Supremo alemán (BGH), *AJP* 2006, pp. 62, 64, 65; *NJW* 2006, pp. 599, 601.

¹¹³ Audiencia Territorial de Berlín (KG), *NJW* 2004, p. 3637.

¹¹⁴ BGH, nota 112, p. 62; *NJW* 2006, p. 599.

¹¹⁵ WENZEL/BURKHARDT, nota 71, marginal 65; PRINZ/PETERS, *Medienrecht*, 1999, marginal 76; actitud crítica hacia la teoría de las esferas: HOPPE, *ZEuP* 2005, pp. 656, 661, 662.

realizar una ponderación entre el derecho de la personalidad y la libertad de información¹¹⁶.

La Audiencia Territorial expuso que existió *in casu* un relevante interés público en la información. Tanto el linaje y la boda del príncipe como sus anteriores faltas eran un indicio del interés del público¹¹⁷. Según la resolución en el caso Lebach del Tribunal Constitucional alemán¹¹⁸, tomada como referencia por la Audiencia Territorial, cualquier persona que agrede o lesione con sus acciones a otras personas o bienes jurídicos debe tolerar, además de la condena, el interés en la información sobre los hechos. Además, hubo una circunstancia que vino a incidir en el interés público en la información¹¹⁹ y es que un año antes de esta resolución, habían perdido la vida dos personas en Alemania debido al exceso de velocidad, por lo que, en ese momento, se estaba discutiendo sobre la posibilidad de introducir un límite de velocidad máxima en las autopistas común para toda Europa. A lo anterior se unió el hecho de que la información sobre el incidente del príncipe había tenido lugar en la prensa «formal», lo que se estimó como un indicio más de la existencia de un interés público.

En relación con la resolución sobre Carolina de Mónaco del TEDH, la Audiencia Territorial resalta que la configuración de este asunto no presentaba ninguna similitud con aquel¹²⁰. La Audiencia Territorial estudió aquella resolución, pero no la siguió¹²¹.

b) *La resolución del Tribunal Supremo de fecha 15-11-2005.* En su confirmación de la resolución de la Audiencia Territorial, el Tribunal Supremo alemán también se detiene en la resolución del TEDH

¹¹⁶ Audiencia Territorial de Berlín (KG), nota 87, pp. 559, 560; *NJW* 2004, pp. 3637, 3638.

¹¹⁷ Véase, entre otros, el periódico «Die Welt» de fecha 26.11.2000, «Prinz Ernst August zu Geldstrafe verurteilt» en: http://www.welt.de/printwelt/article354752/Prinz_Ernst_August_zu_Geldstrafe_verurteilt.html.

¹¹⁸ *BVerfGE* 35, pp. 202, 231, 232, *AJP* 1973, p. 423.

¹¹⁹ Audiencia Territorial de Berlín (KG), nota 87, pp. 559, 560; *NJW* 2004, pp. 3637, 3638.

¹²⁰ Audiencia Territorial de Berlín (KG), nota 87, pp. 559, 561; *NJW* 2004, pp. 3637, 3639.

¹²¹ TEUBEL, nota 101, pp. 116, 119.

sobre Carolina de Mónaco¹²². El Tribunal Supremo distingue entre la información sobre detalles de la vida privada y aquella otra sobre temas de debate en una sociedad democrática, especialmente sobre autoridades y políticos durante el ejercicio de sus cargos¹²³, y comparte la opinión de que el príncipe Ernst August había abandonado, mediante la comisión de un delito contra la seguridad del tráfico, el ámbito de las actividades puramente privadas¹²⁴. Aunque el Tribunal Supremo utiliza en esta argumentación más bien la terminología del TEDH, y no tanto la del Derecho alemán¹²⁵, eso no significa que modifique la valoración subyacente¹²⁶. Según el TEDH la vida privada tiene «también una dimensión social»; no distingue, por tanto, entre esfera privada y esfera social¹²⁷. De acuerdo con el TEDH algunas actividades, que deben atribuirse en el Derecho alemán a la esfera social¹²⁸, pertenecen, por lo tanto, a la categoría privada, como por ejemplo realizar la compra en un mercado¹²⁹. Además, al caso del príncipe de Hannover no le eran de aplicación las reglas que rigen la información gráfica: se trataba fundamentalmente de información verbal (que se rige por otras reglas, según el TEDH y la doctrina alemana¹³⁰), lo cual tenía como consecuencia que se podía confirmar la ponderación realizada por la instancia inferior, también con respecto a las fotografías, que fueron igualmente objeto de valoración¹³¹.

Sea como fuere, de acuerdo con el Tribunal Supremo alemán la información sobre delitos es apropiada para transmitir «ideas e informaciones sobre cuestiones de interés general»¹³² e iniciar un debate

¹²² BGH, nota 112, pp. 62, 64, 65; NJW 2006, pp. 599, 601 [§ 26 y ss.].

¹²³ von Hannover vs. Alemania, nota 8, § 63; BGH, nota 112, 62, 65; NJW 2006, pp. 599, 601 [§ 28].

¹²⁴ BGH, nota 112, pp. 62, 64, 65; NJW 2006, 599, 601 [§ 27].

¹²⁵ TEUBEL, nota 101, pp. 116, 119.

¹²⁶ Audiencia Territorial (OLG) de Hamburgo, sentencia de fecha 31-1-2006 - 7 U 81/05 y 7 U 82/05; Audiencia Territorial (OLG) Francfort, NJW 2006, pp. 619, 620; TEUBEL, nota 101, pp. 116, 120.

¹²⁷ von Hannover vs. Alemania, nota 8, p. 71, § 69.

¹²⁸ LENSKI, NVwZ 2005, pp. 50, 51.

¹²⁹ von Hannover vs. Alemania, nota 8, p. 67, § 53, p. 71, § 69.

¹³⁰ BGH, nota 67; HELLE, nota 67.

¹³¹ TEUBEL, nota 101, pp. 116, 120.

¹³² EGMR, sentencia 16-11-2004, Karhuvaara und Iltehti vs. Finlandia, NJW 2006, pp. 591, 592 [§§ 40 y ss.].

sobre éstas en el seno de la sociedad¹³³. Un tema de debate era la discusión sobre la necesidad de una limitación de la velocidad en las autopistas común para toda Europa, a fin de evitar las muertes en accidentes de tráfico por exceso de velocidad. El demandante mismo había hecho explicaciones generales sobre la distinta configuración de los límites de velocidad en los diferentes Estados¹³⁴. Además, precisamente el hecho de que sea una persona famosa la que incumple de un modo extremo las normas existentes, puede dar lugar a debates en una sociedad democrática¹³⁵. El Tribunal Supremo incide en este punto en la descripción realizada por el TEDH de la prensa como «perro guardián» en una sociedad democrática¹³⁶.

Del mismo modo que la Audiencia Territorial, el Tribunal Supremo incluyó en sus reflexiones el hecho de que el demandante pertenecía a la alta nobleza¹³⁷. La literatura especializada, sin embargo, rechaza este extremo porque la Casa de los Gúelfos, a diferencia de otras casas reales, no tiene función oficial en el Estado¹³⁸ y porque el TEDH ya había declarado irrelevante este aspecto para la fundamentación de la existencia de un interés público¹³⁹. Esto significa que el TEDH maneja un concepto muy limitado¹⁴⁰ de lo que es una «persona de la vida pública», contrario al que maneja el Tribunal Supremo alemán¹⁴¹. Este concepto limitado ha sido criticado tanto en los votos particulares de la resolución¹⁴² como en la literatura especializada¹⁴³. Asimismo, el

¹³³ BGH, nota 112, pp. 62, 65; NJW 2006, pp. 599, 601 [§ 29].

¹³⁴ BGH, *ibidem*, pp. 62, 64, 65; NJW 2006, pp. 599, 601 [§ 29].

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ von Hannover vs. Alemania, nota 8, p. 70, § 63; BGH, nota 112, pp. 62, 64, 65; NJW 2006, pp. 599, 601 [§ 28].

¹³⁷ Audiencia Territorial de Berlín (KG), nota 87, pp. 559, 560; NJW 2004, pp. 3637, 3638.

¹³⁸ TEUBEL, nota 101, pp. 116, 120.

¹³⁹ von Hannover vs. Alemania, nota 8, p. 62.

¹⁴⁰ TEUBEL, nota 101, pp. 116, 120.

¹⁴¹ Audiencia Territorial (OLG) Hamburgo, sentencia de fecha 31-1-2006 - 7 U 81/05 y 7 U 82/05; Audiencia Territorial (OLG) Francfort, NJW 2006, pp. 619, 620.

¹⁴² Votos particulares de Cabral Barreto y Zupancič en EGMR, sentencia de 24-6-2004.

¹⁴³ GRABENWARTER, *A/P* 2004, pp. 309, 310; BARTNIK, *A/P* 2004, pp. 489, 492; OHLY, *GRUR Int.* 2004, pp. 902, 910; VETTER/WARNEKE, *DVBl* 2004, pp. 1226, 1227.

Consejo de Europa, en su resolución n.º 1165, parte de un concepto amplio de una persona de la vida pública¹⁴⁴. Hay que destacar, pues, que la posición del Tribunal Supremo concuerda en este aspecto con la mantenida por los magistrados discrepantes en la resolución del TEDH; esto es, quien se sube voluntariamente al escenario público, no puede reclamar ser una persona privada con derecho al anonimato, tenga una función o un cargo público, o pertenezca a la nobleza¹⁴⁵.

Tal y como observamos más arriba, el hecho de que hubiese sido la prensa «formal» la que había informado del incidente constituyó un indicio de la existencia de un interés público. En esto se diferencia, en principio, de los hechos de la resolución del TEDH en el caso de Carolina de Mónaco, en el que sólo había informado la prensa de entretenimiento y «sensacionalista»¹⁴⁶. En este asunto el Tribunal Supremo alemán diferencia, pues, entre información formal (es decir, socialmente relevante y valiosa) e información no formal, lo que recuerda en su modo de proceder al del TEDH¹⁴⁷. Este extremo es criticado por la literatura especializada¹⁴⁸. Con un sólo vistazo sobre los artículos de la «prensa formal», resulta evidente que la pretensión de poder distinguir entre informaciones valiosas y no valiosas constituye un enfoque más bien idealista. Según la literatura especializada, la distinción resultante entre entretenimiento e información, realizada también por el Tribunal Constitucional alemán, ya no es posible tampoco en la prensa formal¹⁴⁹. Es evidente que las noticias sobre la superación del límite de velocidad por un miembro de la alta nobleza pueden satisfacer más bien la curiosidad de un determinado público y no tanto la necesidad de «información

¹⁴⁴ Cláusula 7 de la Resolución 1165 (1998) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la protección de la vida privada. (Traducción al alemán en *EuGRZ* 2004, pp. 404, 409; SCHEYLI, *EuGRZ* 2004, pp. 628, 633 nota 51).

¹⁴⁵ Votos particulares de Cabral Barreto y Zupancič en *EGMR*, sentencia de fecha 24-6-2004.

¹⁴⁶ von Hannover *vs.* Alemania, nota 8, pp. 43, 69, § 59.

¹⁴⁷ *Ibid.* p. 69, § 59, p. 70, § 65, p. 72, § 77.

¹⁴⁸ GRABENWARTER, *AfP* 2004, pp. 309, 310; BARTNIK, *AfP* 2004, pp. 489, 492; GERSDORF, *AfP* 2005, pp. 221, 226, 227; HALFMEIER, *AfP* 2004, pp. 417, 419; AMELUNG, *ZEuP* 2005, pp. 642, 654; Stender-Vonvachs/Theißen, *NJW* 2006, pp. 549, 550.

¹⁴⁹ *BVerfG* 101, pp. 361, 389.

adecuada [...] de la opinión pública sobre el incidente»¹⁵⁰. El Tribunal Supremo incluso llega más lejos al deducir que la expresión «...él también se suele acelerar en asuntos emocionales...» tiende a provocar más bien alegría por el mal ajeno que a satisfacer el interés público por la información¹⁵¹.

Otro de los argumentos del Tribunal Supremo, expresado ya con anterioridad, es que el demandante mismo había dado explicaciones generales sobre la distinta configuración de los límites de velocidad en los diferentes Estados y que había hecho contribuciones a un debate abierto¹⁵². No obstante, la literatura especializada critica este argumento porque estas explicaciones no dieron lugar a una discusión objetiva sobre este tema, sino más bien sobre las (repetidas) faltas personales de un miembro de la alta nobleza¹⁵³.

El Tribunal Supremo parece considerar que existe un interés general en la información porque junto al interés implícito en las faltas del príncipe, aparece el interés en la discusión sobre la necesidad o no de establecer un límite máximo de velocidad. La literatura especializada deduce de ello que bastaría con alegar algún tipo de interés (público) al lado del interés referente al ámbito privado de un famoso para que se pudiese fundamentar el interés general y rechazar, en consecuencia, la reclamación por violación del derecho de la personalidad¹⁵⁴. Este criterio amplio se corresponde más con el que manejaba hasta la fecha el Tribunal Constitucional¹⁵⁵ que con el expresado por el TEDH. Esta amplitud de criterio conlleva el peligro de que se estimule la imaginación de los periodistas, de tal forma que mediante la invención de un tema relacionado con el interés público pueda justificarse el interés en la vida privada de un famoso, que entraría así por la «puerta de atrás».

c) *Las resoluciones del Tribunal Supremo alemán de fecha 06-03-2007 y del Tribunal Constitucional alemán de fecha 28-02-2008*. En el año 2008 el Tribunal Constitucional tomó las resoluciones del Tri-

¹⁵⁰ TEUBEL, nota 101, pp. 116, 121.

¹⁵¹ BGH, nota 112, pp. 62, 65; *NJW* 2006, p. 599.

¹⁵² BGH, nota 112, pp. 62, 64, 65; *NJW* 2006, pp. 599, 601 [§ 29].

¹⁵³ TEUBEL, nota 101, pp. 116, 121.

¹⁵⁴ *Ibidem.*

¹⁵⁵ *BVerfGE* 25, pp. 256, 264; 54, pp. 129, 137; 60, pp. 234, 240; 101, pp. 361, 389.

bunales Supremo del año 2007 como motivo para decidir de nuevo sobre la problemática del caso de Carolina de Mónaco.

El demandante ante el Tribunal Supremo volvió a ser el príncipe Ernst August von Hannover. Los casos de los años 2004 y 2005, que se referían a Carolina de Hannover y a su familia¹⁵⁶, sólo se referían a ámbitos que no precisaron la discusión (detallada) de la resolución del TEDH. Sin embargo, en la demanda de fecha 06-03-2007 el demandante exigió que el tribunal pusiera de manifiesto si y hasta qué extremo se seguía manteniendo el sistema de protección existente hasta la fecha. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de la Audiencia Territorial, argumentando que se debe tolerar la publicación de las fotografías porque forman parte del ámbito de la historia contemporánea y porque no existen intereses justificados del demandante en contra¹⁵⁷. El Tribunal Supremo pregunta «en qué condiciones está permitido informar sobre tales personas, conocidas por el público»¹⁵⁸ reaccionando así no sólo contra la crítica del TEDH¹⁵⁹, sino orientándose, al mismo tiempo, en la dirección de una decisión del Tribunal Constitucional de fecha 13-06-2006, en la que éste se refirió a un «personaje de la vida pública»¹⁶⁰. En lo que se refiere a la interpretación del artículo 23 I, KUG, el Tribunal Supremo se adhiere al TEDH, pero en parte continúa en la línea de la doctrina alemana hasta la fecha. Así, por un lado hace hincapié en que la imagen misma debe referirse a un «acontecimiento de relevancia histórica»¹⁶¹; pero, por el otro lado, resalta que el concepto de interés de la información debe interpretarse de forma amplia y que éste «abarca cualquier cuestión en la que la sociedad esté interesada de modo general». Las informaciones pueden ser de carácter político, pero también servir de entretenimiento puro¹⁶². En este sentido, el Tribunal Supremo se apoya claramente en la doctrina alemana dictada hasta esa fecha, basada en la del Tribunal Constitucional que consideraba suficiente la existencia de un mero interés

¹⁵⁶ BGH AfP 1995, p. 411; 1996, p. 137.

¹⁵⁷ BGH NJW 2007, p. 1977.

¹⁵⁸ BGH, *ibidem*, pp. 1977, 1978 § 15.

¹⁵⁹ Véase EGMR, nota 27.

¹⁶⁰ BVerfG NJW 2006, pp. 2835, 2836.

¹⁶¹ BGH, NJW 2007, pp. 1977, 1979 § 17.

¹⁶² *Ibidem*.

de entretenimiento¹⁶³. No obstante, y considerándolo de forma global, son más las reacciones frente a la resolución del TEDH sobre Carolina de Mónaco que las propias confirmaciones de la situación jurídica alemana hasta esa fecha. Esto resulta obvio en la interpretación restrictiva del artículo 23 I, KUG. El Tribunal Supremo resalta que la ponderación entre los intereses en contradicción de, por un lado, la persona retratada y, por el otro, los del publicista y los de la generalidad, ya se lleva a cabo en el momento en el que el tribunal tiene que decidir si la imagen pertenece al ámbito de la historia contemporánea, o no¹⁶⁴. La interpretación restrictiva del artículo 23 I, KUG resulta evidente también a la hora de decidir sobre la carga de la prueba. Según el Tribunal Supremo alemán, el implicado ya no tiene que probar su interés legítimo, sino que el informador tiene que explicar y probar que el interés de la persona retratada es nulo o intrascendente¹⁶⁵.

En su reacción a la resolución del Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional tuvo que valorar sobre todo dos extremos: por un lado, hasta qué punto la desviación parcial del Tribunal Supremo de la resolución del Tribunal Constitucional sobre el caso de Carolina de Mónaco era una violación del artículo 31 de la Ley Federal del Tribunal Constitucional (*BVerfGG*) y, por el otro lado, si el nuevo concepto de protección llevado a efecto por el Tribunal Supremo colisionaba con el Derecho constitucional. En lo que se refiere a la primera cuestión, ya se explicó antes que los tribunales especializados se encuentran vinculados por las resoluciones del Tribunal Constitucional, con arreglo al artículo 31, *BVerfGG*¹⁶⁶. El Tribunal Supremo se desvió parcialmente de la resolución del Tribunal Constitucional¹⁶⁷, lo cual implicaría una violación del artículo 31, *BVerfGG* si el Tribunal Supremo hubiera ignorado directrices vinculantes del Tribunal Constitucional¹⁶⁸. No obstante, el Tribunal Constitucional no es una «superinstancia para todos los recursos», su función no es la de corregir la aplicación del Derecho simple, a no ser que los tribunales especializados no hubiesen respetado las nor-

¹⁶³ BVerfG, JuS 2000, pp. 912, 914.

¹⁶⁴ BGH NJW 2007, pp. 1977, 1978 § 14.

¹⁶⁵ *Ibidem*, 1980.

¹⁶⁶ Véase: de acuerdo, nuestra nota 102; en desacuerdo nuestra nota 96.

¹⁶⁷ BGH, NJW 2007, pp. 1977, 1978 § 15.

¹⁶⁸ Cfr. BVerfGE 18, p. 85 (92).

mas constitucionales. Resolver la cuestión de una posible violación del artículo 31, *BVerfGG* coincide, pues, de modo inseparable con la cuestión de una posible colisión entre el concepto de protección manejado por el Tribunal Supremo y el Derecho Constitucional alemán. El Tribunal Constitucional sólo pudo comprobar, por lo tanto, si la ponderación entre la protección de la personalidad y la libertad de prensa, que el Tribunal Supremo había llevado a cabo en el marco del artículo 22 f, *KUG*, violaba o no alguna norma del Derecho Constitucional¹⁶⁹. Sobre este extremo se pone de manifiesto que esto no se podía negar sólo por la razón de que «el resultado hubiera podido ser otro»¹⁷⁰.

El Tribunal Constitucional no critica el concepto de protección desarrollado por el Tribunal Supremo y pone de manifiesto que concretamente no hay impedimentos constitucionales para que el Tribunal Supremo pudiera prescindir de la figura jurídica de persona de la historia contemporánea¹⁷¹. Apoyándose en su doctrina hasta esa fecha, el Tribunal Constitucional resalta que los tribunales especializados gozan de libertad en el futuro tanto para utilizar el concepto de persona de la historia contemporánea, como para no utilizarlo, o bien para utilizarlo de un modo limitado, y decidir en su lugar por la vía de una ponderación individualizada para cada caso si una imagen pertenece o no al ámbito de la historia contemporánea¹⁷². Por ello se excluye la violación del artículo 31, *BVerfGG*.

Finalmente, el Tribunal Constitucional mantiene su criterio de que el interés de entretenimiento puede justificar las informaciones gráficas de la misma manera que el interés general. Con ello sigue difiriendo de la doctrina del TEDH. En su fundamentación, el Tribunal Constitucional pone de manifiesto que el entretenimiento «también transmite conceptos de la realidad y ofrece temas de conversación, que pueden conducir a procesos de debates sobre actitudes vitales, escalas de valores y esquemas de comportamiento»¹⁷³.

¹⁶⁹ Cfr. *BVerfGE* 95, p. 28 (37, 38); HOFFMANN-RIEHM, *NJW* 2009, pp. 20, 22.

¹⁷⁰ *BVerfGE* *NJW* 2008, pp. 1793, 1794 § 49.

¹⁷¹ *BVerfGE* *NJW* 2008, pp. 1793, 1798 § 78.

¹⁷² *BVerfGE* *NJW* 2008, pp. 1793, 1798 § 82.

¹⁷³ *BVerfGE* *NJW* 2008, pp. 1793, 1796 § 63.

d) *Resoluciones posteriores del TEDH*. Tanto la doctrina alemana, como el TEDH han seguido ocupándose, después de la resolución sobre Carolina de Mónaco, de casos que ofrecen paralelismos con la misma¹⁷⁴. No es una gran sorpresa que el TEDH haya confirmado su doctrina referente a aquel caso. En todas sus resoluciones, el TEDH hace especial hincapié tanto en la constatación de la existencia de un interés general en la información¹⁷⁵, como también en la cuestión de si la persona implicada es o no una persona de interés público¹⁷⁶. En el caso de la publicación de fotografías, este tribunal europeo se planteaba tres preguntas:

- Primero: ¿Influyeron las fotografías en la vida privada de la persona implicada?

¹⁷⁴ Limitación de la información periodística por tribunales nacionales: Tønsberg Blad AS y Haukom contra Noruega (*EGMR*, sentencia de fecha 01-03-2007, N.º 510/04 [Tønsberg Blad AS and Haukom./ Norway]), Brunet-Lecomte et Sarl Lyon Mag' contra Francia (*EGMR*, sentencia de fecha 20-11-2008, N.º 13327/04 [Brunet-Lecomte et Sarl Lyon Mag' vs. Frankreich]) y Eerikäinen y otros contra Finlandia (*EGMR*, sentencia de fecha 10-02-2009, N.º 3514/02 [Eerikäinen u.a. vs. Finland]). Limitación de información políticamente relevante: Grupo editorial News GmbH contra Austria (*EGMR*, sentencia de fecha 14-12-2006, N.º 76918/01 [Verlagsgruppe News GmbH vs. Österreich]) y Lindon, Otchakovsky-Laurens y July contra Francia (*EGMR*, sentencia de fecha 22-10-2007, N.º 21279/02 y 36448/02 [Lindon, Otchakovsky-Laurens y July vs. Francia]). Violación del derecho de la personalidad por informaciones periodísticas legítimas, con arreglo a la Ley nacional: Sciacca contra Italia (*EGMR*, sentencia de fecha 11-1-2005, N.º 50774/99 [Sciacca vs. Italia]), Minelli contra Suiza (*EGMR*, sentencia de fecha 14-06-2005, N.º 14991/02 [Minelli vs. Schweiz]) y Gourguénidzé contra Georgia (*EGMR*, sentencia de fecha 17-10-2006, N.º 71678/01 [Gourguénidzé vs. Georgien]).

¹⁷⁵ *EGMR*, sentencia de fecha 14-12-2006, N.º 76918/01 (Verlagsgruppe News GmbH vs. Austria), §30; *EGMR*, sentencia de fecha 22-10-2007, N.º 21279/02 y 36448/02 (Lindon, Otchakovsky-Laurens y July vs. Francia), §48.

¹⁷⁶ *EGMR*, sentencia de fecha 11.1.2005, N.º 50774/99 (Sciacca vs. Italien), §29: aquí el TEDH calificó a la apelante como una «ordinary person»; *EGMR*, sentencia de fecha 14-06-2005, N.º 14991/02 (Minelli vs. Schweiz), p. 5, 6: el TEDH calificó a Minelli en este resolución como un «personaje relativamente notorio» («personnalité relativement notoire») lo que recuerda el concepto de la «persona relativa de la historia contemporánea» de la situación jurídica alemana, con anterioridad del caso de Carolina de Mónaco; *EGMR*, sentencia de fecha 17.10.2006, N.º 71678/01 (Gourguénidzé vs. Georgien), §40: En contraste con las resoluciones dictadas con anterioridad, el tribunal utiliza aquí la expresión «*domaine intime*» en vez de «*vie privée*», como en el caso de Minelli.

- Segundo: ¿La función de las fotografías era la de ilustrar cuestiones públicas o privadas?
- Tercero: ¿Las fotografías son accesibles a un círculo limitado de personas o existe el peligro de que se pongan a disposición de un gran público?¹⁷⁷.

IV. Conclusiones finales

El variadísimo abanico de los comentarios sobre la resolución de Carolina de Mónaco demuestra que se trata de una decisión trascendente para la protección del derecho de la personalidad, con la correspondiente ponderación entre este derecho y la libertad de expresión y de prensa. Al mismo tiempo, es un ejemplo paradigmático de la influencia de la jurisprudencia del TEDH sobre el Derecho nacional de los respectivos Estados firmantes del CEDH. La jurisprudencia del TEDH referida en este texto —antes y después de la resolución de Carolina de Mónaco— muestra que este tribunal distingue escrupulosamente entre los distintos aspectos que intervienen en la ponderación entre el derecho a la personalidad y la libertad de expresión, estableciendo las correspondientes diferencias entre personas de la vida pública con y sin cargo público, entre prensa «sensacionalista» y prensa «formal», entre información periodística escrita y gráfica, entre información sobre asuntos cotidianos y oficiales. Con este enfoque diferenciador el TEDH pone de manifiesto que ni el derecho de la personalidad, ni el derecho a la libertad de expresión y de prensa podrán ser objeto de valoraciones globales, y que ninguno de estos dos derechos tendrá primacía general sobre el otro. Podemos constatar, por el contrario, en la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho de la personalidad en el marco de la información periodística escrita y gráfica que siempre debe realizarse un examen diferenciado de cada caso concreto.

¹⁷⁷ EGMR, sentencia de fecha 17.10.2006, N.º 71678/01 (Gourguénidzé vs. Georgien), § 55.

El conflicto entre transparencia y *privacy* en dos recientes polémicas italianas *

Mario G. Losano

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad del Piamonte Oriental. Alessandria. Italia

SUMARIO: I. LA PRIVACIDAD EN UNA SOCIEDAD DE EXHIBICIONISTAS.—II. PRIMERA POLÉMICA: LA LUCHA CONTRA LA EVASIÓN FISCAL Y TODOS LOS DATOS FISCALES EN INTERNET.—III. SEGUNDA POLÉMICA: LOS «VAGOS» EN LA FUNCIÓN PÚBLICA Y LOS DATOS SELECTIVOS EN INTERNET.—IV. ALGUNA REFLEXIÓN FINAL.

I. La privacidad en una sociedad de exhibicionistas

La lucha contra el terrorismo y la criminalidad organizada, los movimientos migratorios, la globalización de la economía y la difusión capilar de la informática a través de las redes han generado nuevas exigencias sociales y nuevos comportamientos públicos que ponen en discusión la estructura de las leyes actuales sobre la *privacy*, cuya concepción de base es ya «vieja» desde hace treinta años¹.

«A quien hoy se ocupa de la privacidad le asalta una duda que Umberto Ecco resume así: “Es paradójico que uno deba luchar por la defensa de la privacidad en una sociedad de exhibicionistas”². Efectivamente asistimos hoy a una especie de esquizofrenia respecto a la *privacy*. De un lado, la necesidad individual de privacidad parece

* Traducción realizada por R. Espinosa Calabuig, Profesora Titular de Derecho internacional privado, Universidad de Valencia.

¹ Las siguientes consideraciones recogen y, sobre todo, actualizan todo lo discutido en LOSANO, Mario G., «Trasparenza o *privacy*? Due recenti polemiche italiane», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2008, n.º 4-5, pp. 471-493.

² Esta frase se remonta a un congreso veneciano del 2000 sobre la *privacy*; actualmente en Ecco, Umberto, *A passo di gambero. Guerre calde e populismo mediatico*, Bompiani, Milano 2006, p. 85 (en el ensayo *La perdita della privatezza*).