

ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales



UNIVERSIDAD DE
TALCA

**Universidad de Talca, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Centro de Estudios Constitucionales**

LIBROTECNIA®

Estudios Constitucionales
Centro de Estudios Constitucionales. Universidad de Talca
Québec 415 esq. Av. Condell
Providencia • Chile

Página web: www.cecoch.cl / E-mail: cecoch@utalca.cl

REPRESENTANTE LEGAL:

Dr. Álvaro Rojas Marín, Rector de la Universidad de Talca.

DIRECTOR:

Humberto Nogueira Alcalá. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de Talca.

SUBDIRECTOR:

Jorge Precht Pizarro. Doctor en Derecho.
Profesor de Derecho Público, Universidad de Talca.

Consejo Editorial Nacional

Eduardo Aldunate L.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional.
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

Raúl Bertelsen Repetto.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Vicerrector
Universidad de los Andes.

José Luis Cea Egaña.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magíster de
Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile.

Kamel Cazor Aliste.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional. Facultad de Derecho,
Universidad Austral de Valdivia.

Miguel Ángel Fernández
Magíster en Derecho Constitucional. Profesor de Derecho Constitucional de la
Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Católica de Santiago y Universidad de Talca.

Emilio Pfeffer Urquiaga.
Profesor de Derecho Constitucional y Director del Departamento de Derecho Público de la
Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

Lautaro Ríos Álvarez
Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Valparaíso.

Jorge Tapia Valdés.
Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y Decano de la Facultad de
Derecho de la Universidad Arturo Prat, Iquique.

Francisco Zúñiga Urbina.
Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Central de Chile.

Consejo Consultivo Internacional

Carlos Ayala Corao.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades Católica Andrés Bello y Central de Venezuela.

Eduardo Cifuentes Muñoz.

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Santa Fe de Bogotá, Colombia. Ex Presidente de la Corte Constitucional.
Ex Defensor del Pueblo de Colombia.

Jorge Carpizzo.

Doctor en Derecho. Profesor de Derecho Constitucional y ex Director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

Francisco Eguiguren Praeli.

Profesor de Derecho Constitucional y Director del Magister de Derecho Constitucional de la Universidad Católica de Lima, Perú.

Francisco Fernández Segado.

Doctor en Derecho, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Complutense de Madrid. Director de la Revista Anuario Iberoamericano de Derecho Constitucional del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Carmen María Gutiérrez de Colmenares.

Profesora de Derecho Constitucional. Universidad Rafael Landívar de Ciudad de Guatemala y ex Magistrada de la Corte Constitucional de Guatemala.

Luca Mezzetti.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de Bologna y Udine, Italia.

Pablo Pérez Trems.

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Carlos III, Madrid, España. Director de la Revista Electrónica Foro Constitucional Iberoamericano, Universidad Carlos III, Madrid, España.

Néstor Pedro Sagüés.

Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Constitucional de las Facultades de Derecho de las Universidades de Buenos Aires y Católica de Rosario, Argentina.

Secretaría

María Soledad Ramírez Ramírez

Diseño Gráfico
Editorial Librotecnia

Revisión de Textos
Víctor Concha Anabalón

Editado y distribuido por
Editorial Librotecnia
Bombero Salas 1369, Of. 408
Santiago • Chile
Fonofax: (56-2) 6967076
www.librotecnia.cl
info@librotecnia.cl

NOTAS CRÍTICAS A LA FIGURA DEL “PERSONAJE PÚBLICO” COMO CRITERIO LEGITIMADOR PARA LA INTROMISIÓN EN LA VIDA PRIVADA DE LAS PERSONAS

Ignacio Covarrubias Cuevas *

RESUMEN

Se efectúa, desde una perspectiva constitucional norteamericana y española, un recuento de la evolución jurisprudencial de los “personajes públicos” como criterio legitimador para vulnerar el derecho a la vida privada y al honor. De lo anterior se sigue la impertinencia de emplear tales estándares en el derecho a la privacidad, para finalizar con una crítica a los argumentos que tradicionalmente se han esgrimido para minusvalorar el derecho a la intimidad de las figuras o personajes públicos, a saber, la a) asunción del riesgo por parte de las figuras públicas, y b) la mayor vulnerabilidad por el lado de las personas ordinarias.

ABSTRACT

This article deals with a comparative analysis (american and spanish) of the law of precedent’s development of “public figure” as a defence that may be used to make legitimate inroads in both the right of privacy (disclosure of private facts) and the right of reputation. It follows the unsuitability to use the “public

* Ignacio Covarrubias Cuevas, Magíster en Derecho, Profesor de Derecho Constitucional y de Derecho de la Información de la Universidad de los Andes. Chile. Correo electrónico: icovarrubias@uandes.cl (Presentado el 4 de octubre y aprobado el 9 de noviembre de 2005).

figure” standard applicable to the right of privacy. It finally criticizes the traditional rationales that have been put forward to devalue the “public figures” right of privacy: a) that public figures assume the risk to see their privacy diminished, and b) that public figures are less vulnerable than ordinary people to counteract the media.

PALABRAS CLAVE

Derecho Constitucional, Derecho a la Vida Privada, Figura Pública, Personaje Público, Persona de Notoriedad, Interés Público.

KEY WORDS

Constitutional Rights, Right to Privacy (privacy disclosure facts), Public official, Public Figure, Public Interest.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende contribuir a controvertir la afirmación –tan difundida– que sostiene que la vida privada de los personajes públicos es menos privada que la vida de las personas comunes y corrientes. Hemos preferido omitir referirnos a las personas ordinarias con el calificativo de “personas privadas”, puesto que esta expresión resulta confusa al aparecer confrontada a “persona pública”, como si se tratara de manifestaciones de entes diversos. La difusión de la noción “persona pública” versus “persona privada” conlleva el riesgo de suponer que las personas públicas no gozan de vida privada o, al menos, lo hacen de un modo minusvalorado respecto de las personas corrientes. Nuestra objeción a lo anterior se basa fundamentalmente en que los personajes públicos no son sino personas ordinarias que han consentido en ejercer una función pública o un oficio o profesión destinada al público, motivo por el cual la categoría jurisprudencial de “figura pública”, además de inconducente, debería ser reconducida a aquella del “interés público”.

II. CONTEXTO EN EL QUE SE DESENVUELVE EL TEMA: LAS CAUSALES DE JUSTIFICACIÓN

Constituye un presupuesto del ordenamiento jurídico el que toda conducta que causa daño debe reputarse antijurídica mientras tanto no exista motivo que justifique expresamente tal actuación. De ahí que hayan lesiones que re-

sulten justificadas y otras que no cumplen con tal requisito. En materia de responsabilidad extracontractual (o derecho de daños) atribuible a los medios de comunicación, las fuentes que producen el efecto de excluir la antijuridicidad de una conducta lesiva en el ámbito protegido de un derecho se denominan causales de justificación o de exoneración de responsabilidad.¹

En tal contexto, cabe señalar que hay causales de justificación consentidas directamente –la autorización de la víctima²– o indirectamente –el ejercicio legítimo de un derecho³ o autoridad⁴– casos todos en los que la intromisión en el derecho protegido resulta legítimo, por lo que el daño que eventualmente se genere en la órbita del afectado dejará de constituir un daño reparable, en el primer caso, por consentir en él y en los otros, por estar obligado a soportarlo.⁵

¹ Gatley, J.C.C., 1974, *Libel and Slander*, 7ª ed. (Robert Mc Ewen y Philip Lewis, edit.), London, Sweet & Maxwell, 186. Afirma que la intervención de las causales de justificación no impiden que el daño se produzca, sino que tal es tolerado por el ordenamiento jurídico en vistas a un bien superior, pues “la protección que la ley, basado en el interés público, provee no es absoluta, sino que depende de la licitud (*honesty*) del propósito con el cual la declaración difamatoria es hecha”, De ahí que en el *common law* se utilice la expresión “*Qualified privilege*” –no de modo absoluto– para referirse a las causales de justificación.

² La lógica subyacente es que no se infringe un derecho cuando el titular del mismo rehúsa su ejercicio. Schauer, Frederick, 2003, “The Social Construction of Privacy”, en (Craig L. LaMay, Ed.) *Journalism and the Debate Over Privacy*, New Jersey, Inc. Lawrence Erlbaum Associates, 8. Como dice el autor, es la difusión no consentida de la información sobre hechos personales lo que genera el ilícito (tort). Pizarro, Ramón Daniel, 1999, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, Buenos Aires, Hammurabi, 248, señala que para que esta causal de justificación opere “es indispensable que el consentimiento del titular del derecho (...) sea inequívoco, expreso o tácito”. En igual sentido: Zavala de González, Matilde, 1996, *Resarcimiento de Daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi, 81. Page Keeton, William, 1984, *Prosser and Keeton on Torts*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co., 112.

³ Son ejemplos de esta causal, el testigo que está obligado a decir la verdad, aunque con ello afecte el honor o la intimidad ajenas; los padres, que en ejercicio de su patria potestad, pueden, en determinados casos, entrometarse en los secretos u otros asuntos íntimos de sus hijos, Zavala de González, *Resarcimiento...*, 66 y 75-76. Ahora bien, el ejercicio de un derecho no puede suponer la ejecución de hechos antijurídicos. Así, el derecho a la patria potestad de los padres no puede suponer la comisión de actos antijurídicos como negar la transfusión de sangre a su hijo menor si es el único tratamiento indicado para preservar su vida.

⁴ Esta causal, en general, se justifica por la finalidad de obtener información –privada se entiende– para la investigación acerca de la participación de determinadas personas no sólo en hechos delictivos, sino también la información entregada a solicitud del que investiga el otorgamiento de un beneficio o crédito en cuyos casos la información requerida versará sobre la indigencia o solvencia del presunto beneficiario, casos que el derecho inglés ha calificado como causal de justificación o *privilege*. Vid. *London Association v. Greenlands Ltd.* [1916] 2 A.C., 42, en que se califica la causal como legítima y necesaria, dado que constituye un “deber social” comunicar lo que de buena fe se pregunta.

⁵ Podría añadirse una hipótesis en virtud de la cual podría afirmarse que todas las causales de justificación han sido *indirectamente* consentidas por cuanto el que incurriere en una determinada conducta ilícita se supondría advertido por el ordenamiento jurídico de las intrusiones (el allanamiento de morada o domicilio, como ejercicio debido de un derecho o autoridad) o difusiones (la fotografía del que ha sido condenado por delito, como interés público o ejercicio legítimo de una autoridad) que legítimamente debe soportar.

Resulta notable constatar la gama de posibilidades que esta causal ha brindado en otras latitudes, no sólo para dar protección al que difama o revela algo sobre la privacidad de otro, interrogado, por ejemplo, sobre la investigación de un delito, sino también para aquellos que lo hacen preguntados sobre el desempeño laboral del candidato a un crédito o trabajo⁶ o respecto de otros con quienes deseo entablar un negocio.⁷ Incluso protege declaraciones hechas en cumplimiento de un deber jurídico o moral respecto de un tercero.⁸ El estado de necesidad, si bien legitima la intrusión⁹ en la vida privada de otros, difícilmente justifica la difusión de lo captado por defraudar la finalidad en virtud de la cual se autorizó la intromisión.¹⁰

Estas causales de justificación no pueden sino resultar aplicables –como a toda conducta humana intersubjetiva– a la actividad informativa de los medios de comunicación, adecuadas a las peculiaridades propias de la misma. Es así que algunos ordenamientos jurídicos han reconocido expresamente como causales que legitiman la intromisión en el derecho a la intimidad a: a) la autorización o consentimiento, como b) el ejercicio legítimo de un derecho o de una autoridad. Al efecto la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la propia imagen, dispone en su artículo 2.2. lo siguiente:

⁶ En el derecho inglés se ha resuelto que es en el interés de la sociedad que el banquero no otorgue un mal crédito como que el empleador no contrate a un mal empleado. *Gatley, Libel...*, 192 y ss. y la jurisprudencia allí citada.

⁷ La información –solicitada por una sociedad a un potencial socio o cliente– dada en respuesta, constituye causal de justificación toda vez que lo que se protege son los intereses comunes de los asociados para lo cual se requiere información veraz, aunque sea difamatoria o privada. El bien jurídico lo constituye la legítima autodefensa del negocio (*mutual protection association*); no el negocio de entregar información comercial respecto de otros (*trade protection societies*). Quien mejor lo sintetiza es Lord Dundas: “La información objetada circulaba sólo entre los demandantes-socios, en legítima autodefensa”, por lo que sólo se encuentra protegida la información relevante a la pregunta requerida. La que se extiende fuera del interés común entre el que informa y el solicitante, no sería protegida. Vid. *Macintosh v. Dun* (1908) A.C., 180, 390-400.

⁸ En todos los casos anteriores, la declaración es efectuada a requerimiento de otro, con un fin lícito y sin malicia. En este caso, en cambio, pesa un deber moral y jurídico de obrar por iniciativa propia. El ejemplo más evidente es la obligación que todos tenemos de denunciar la comisión de un delito, por lo que toda información dada con tal propósito a los que corresponde su investigación se encuentra protegida si es efectuada con lo que honestamente sabía o creía saber, aunque después se pruebe que el denunciado no era culpable, *Gatley, Libel...*, 201-202.

⁹ Es el caso de la autorización que el dueño de un departamento –quien no solicitó la reparación– debe dar a los trabajadores para arreglar la filtración de agua que ocasiona daños a los residentes de otros departamentos del inmueble, Zavala de González, *Resarcimiento...*, 73.

¹⁰ El Código Penal español, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre castiga, en su artículo 197.1, la intrusión a “la intimidad de otro, sin su consentimiento (...)”, y aumenta la penalidad en la disposición 197.3 de tales informaciones “se difunden, revelan o ceden a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas a que se refieren los números anteriores”.

“No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso”.

No obstante que la L.O. 1/82 no reconoce al “interés público” como criterio legitimador en ninguna de sus disposiciones, la exposición de motivos de la misma norma se refiere que los “derechos protegidos en la Ley no pueden considerarse absolutamente ilimitados”, por lo cual “los imperativos del interés público pueden hacer que por Ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad”.¹¹

El ordenamiento jurídico positivo español no reconoce expresa ni tácitamente a los “personajes públicos” o “figuras públicas” como criterios que legitiman la injerencia en el derecho a la intimidad de una persona. Estas son categorías que han surgido a la luz de un desarrollo jurisprudencial, que respecto de Estado Unidos debe entenderse parte integrante del ordenamiento jurídico positivo, atendidas las características particulares del *common law* en que se encuentra inserto.

III. LA “FIGURA PÚBLICA” COMO CRITERIO QUE LEGITIMA LA INTROMISIÓN EN EL DERECHO A LA INTIMIDAD Y AL HONOR EN ESTADOS UNIDOS

1. La primera aproximación: la vinculación entre “figura pública” e “interés público”

La cuestión relativa a la relación entre la libertad de prensa y la protección de la revelación pública de hechos privados fue reconocido tempranamente en la jurisprudencia sobre derecho de daños.¹² Warren y Brandeis –autores de la primera obra doctrinaria sobre el derecho a la privacidad– abordaron el tema eximiendo de responsabilidad a quienes revelaren los “asuntos que son de interés público o general”,¹³ determinación que fue hecha teniendo a la vista la

¹¹ Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, exposición de motivos del art. 3º. La referida al art. 8º agrega que “existen casos en que tales injerencias no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales”.

¹² *Pavesich v. New England Life Ins. Co.*, 122 Ga App. 190, 50 S.E. 68 (1905).

¹³ Warren, Samuel, y Brandeis, Louis D., 1890, “The Right to Privacy”, en *Harvard Law Review* 4, 214.

causal de “*fair comment*”,¹⁴ justificación tradicional del derecho de difamación anglosajón, equiparable al criterio de “interés público” propio del sistema continental europeo. En la perspectiva de los autores bostonianos, esta causal de interés público resultaba aplicable principalmente a las “figuras públicas”, identificando por tales a los funcionarios públicos o candidatos a tal cargo, por estar involucrados en el desempeño de funciones públicas.

2. La figura pública como funcionario público

Warren y Brandeis –ya lo adelantamos– entendieron por “figura pública” únicamente las personas que ejercían funciones públicas o intentaban postular o acceder a ellas¹⁵ hasta el punto de estimar que las personas que se encontraban en tales circunstancias habían renunciado a su derecho a la privacidad.¹⁶ El propósito de los autores tras la distinción entre funcionarios públicos y personas privadas residía en incentivar la discusión respecto de la idoneidad de los primeros o de los candidatos a los mismos para llevar a cabo tal función.¹⁷

Un elemento que creemos contribuyó a la confusión jurisprudencial posterior surgió cuando *Warren y Brandeis* afirmaron que para determinar qué tipo de asuntos relativos a una persona tenían carácter privado debía atenderse, entre otros, al *status* de la víctima: debía distinguirse si se trataba de una persona privada o de una figura pública. Desde tal perspectiva, los hechos se reputaban privados si decían relación con “la vida privada, hábitos, actos, y relaciones de un individuo y que no tienen conexión legítima con su idoneidad para ocupar el cargo público”¹⁸ al que aspira o para el que ha sido nombrado. Si, por el contrario, la información privada involucraba a quien ejercía o estaba dispuesto a ser elegido o designado para un cargo público, tal información revestía el carácter de interés público si estaba relacionada con la aptitud de los individuos para ocupar o desempeñar tal función.¹⁹

¹⁴ *Ibíd.* El “*Fair comment*” es un privilegio que prescribe el *common law* para discutir asuntos de interés público.

¹⁵ *Ibíd.*, 215-216.

¹⁶ *Ibíd.*, 215.

¹⁷ *Ibíd.*, 216.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

3. La expansión jurisprudencial de la noción de figura pública: no sólo los funcionarios públicos

La jurisprudencia pronto elaboraría una noción mucho más amplia que la desarrollada por Warren y Brandeis, al no limitar la denominación de “figura pública” sólo a funcionarios públicos o candidatos a tales cargos. El concepto padeció de un proceso inflacionario²⁰ que contribuyó a que la jurisprudencia incluyera dentro de la categoría de personajes o figuras públicas a políticos, deportistas,²¹ héroes de guerra,²² comediantes,²³ científicos famosos, niños prodigio,²⁴ entre otros. La doctrina confirmó la tendencia expansiva al definirla como “una persona que por sus logros, fama o modo de vida, o por adoptar una profesión o vocación que da al público un interés legítimo en sus quehaceres, asuntos, carácter, se ha transformado en una personaje público”.²⁵ Agrega que las figuras públicas se suponen que han perdido, en algún grado al menos, su derecho a la privacidad, por tres motivos, entre ellos “que sus personalidades y sus asuntos se han transformado en públicos, por lo que no pueden ser más considerados como sus propios asuntos”,²⁶ y que “la prensa posee un privilegio, garantizado por la Constitución, para informar al público acerca de aquellos que se han transformado en legítimos asuntos de interés público”.²⁷

De la aptitud para presentarse o para ejercer un cargo público se pasa a una calificación que por cierto comprende la anterior, aunque la rebasa con creces, al incluir aspectos como la “fama”, “profesión” o “forma de vida” respecto del personaje. Esto, además de la vinculación entre asunto y persona de interés público, contribuirá a confundir aún más el propósito de deslinde entre el “interés público” contenido en la primera enmienda y la “figura pública” como criterios que justifiquen la intromisión en la vida privada de otro.

²⁰ Sooper, Samuel, 1976, “The First Amendment Privilege and Public Disclosure of Private Facts”, en *Catholic University Law Review* 25, Washington D.C., 271.

²¹ *Cohen v. Marx*, 94 Cal. App. 2d 704, 211 P. 2d 321 (1949).

²² *Stryker v. Republic Pictures Corp.*, 118 Cal. App. 2d 191, 238 P. 2d 670 (1951).

²³ *Chaplin v. National Broadcasting Co.*, 15 F.R.D. 134, S.D.N.Y. (1953).

²⁴ *Sidis v. F-R Publishing Corp.*, 113 F. 2d 806, 809 (2d Cir.), *certiorari* denied, 311 U.S. 711 (1940).

²⁵ Prosser, William L., 1960, “Privacy”, en *California Law Review* 48, p. 410. Esta tendencia de la noción de figura pública en la jurisprudencia del *common law* norteamericano es también recogida por el *Restatement (Second) of Torts*, 1977, que la define como la persona que, “en virtud de su cargo, actividades o posición, se ha transformado en objeto de la atención pública”.

²⁶ *Ibid.*, 411.

²⁷ *Ibid.*

4. El impulso dado por el Tribunal Supremo norteamericano a la noción de figura pública²⁸

No obstante que muchos de los casos a que nos referiremos tienen su origen en reclamos sobre la afectación del derecho al honor, resulta de todos modos indispensable analizarlos, toda vez que a) la noción de “figura pública” surgió jurisprudencialmente al alero de los casos más relevantes sobre reputación, y b) en algunos casos, los argumentos relativos a la “figura pública” son aplicables a la misma figura en los casos de privacidad.

La Corte Suprema norteamericana, a diferencia del Tribunal Constitucional español, ha desarrollado más de una especie de “figura pública”, dotando de contenidos diversos a la misma terminología.²⁹

a) *New York Times v. Sullivan* (1964): el reconocimiento constitucional de la crítica a la conducta funcionaria de un funcionario público.

El jefe de la Policía de Montgomery en el estado de Alabama entabló una demanda por difamación contra el periódico *New York Times* por publicar afirmaciones difamatorias en un inserción pagada que denunciaba la conducta matonesca y abusiva de la policía bajo su cargo en las manifestaciones a favor de los derechos civiles de la gente de color que tuvieron lugar en la Universidad de Alabama. El texto detallaba los esfuerzos de la gente de color para ejercer sus derechos civiles, actividad que se había “encontrado con una ola de terror sin precedentes”,³⁰ culpando de tal situación a las autoridades locales y policiales. La publicación no individualizó a nadie por su nombre.³¹

La novedad de lo resuelto en *New York Times v. Sullivan* fue no sólo que se elevó el nivel jerárquico del “*fair comment*”³² sino que –probablemente lo más significativo– cambió su contenido al punto de servir para brindar protección incluso al que publicara difamaciones falsas. Se sentaba por vez primera en la

²⁸ Por razones de espacio hemos omitido todos los casos en que se ha discutido la figura pública, por lo que hemos elegido aquellos que a nuestro juicio representan mejor la evolución norteamericana respecto del tema.

²⁹ Ello explica la diferencia expositiva entre esta parte y la referida a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español.

³⁰ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 256-257 (1964).

³¹ *Ibíd.*, 292, apéndice del fallo donde se reproduce in extenso la publicación.

³² De ser una causal de justificación propia del *common law*, pasó a transformarse en un privilegio constitucional.

jurisprudencia un privilegio constitucional a toda actividad informativa relativa a la “conducta oficial” de un funcionario público, prohibiendo a la víctima obtener una indemnización por los daños emanados de tales afirmaciones, a menos que probare que habían sido efectuadas con “real malicia”, esto es, con conocimiento de la falsedad de la misma o con un descuido temerario acerca de su existencia.³³

El Tribunal Supremo arribó a la conclusión anterior en la convicción de que el imponer sanciones en la crítica al gobierno o a los funcionarios públicos resultaba inconsistente con la doctrina emanada de la primera enmienda,³⁴ que tiene por objeto asegurar “*el principio de que el debate sobre los asuntos públicos debe ser desinhibido, robusto y abierto*”,³⁵ propósito para el cual el ataque “*vehemente, punzante, y a veces desagradablemente mordaz respecto de la conducta funcionaria y gubernamental*”³⁶ resultaba indispensable. Insiste el tribunal en la idea de enfatizar la importancia del debate respecto de los temas o asuntos públicos como noción contenida en la libertad de expresión y de prensa al afirmar que “*La actual publicación, como una expresión de queja y protesta respecto de uno de más grandes asuntos públicos de nuestro tiempo, pareciera que cumple claramente los requisitos para recibir protección constitucional*”.³⁷

Si bien la Corte fue clara al reconocer un criterio legitimador para criticar la conducta oficial de los funcionarios públicos nada dijo al referirse a lo que entendía por “conducta funcionaria”. Aunque fue cáustico respecto de lo que significaba “funcionario público”, parece claro que para calzar dentro de esta categoría, más que el mayor o menor rango, resultó relevante que el cargo fuese electivo. De hecho, el demandante en este caso era el jefe de la policía de la ciudad de Alabama, un cargo de mediana relevancia pero electivo, elemento éste que a juicio de la Corte “lo convertía claramente en un funcionario público”.³⁸ Esta noción se extendería aún más en los casos venideros.

³³ 376 U.S. 254, pp. 279-280.

³⁴ *Ibid.*, p. 277.

³⁵ *Ibid.*, p. 270.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ *Ibid.*, pp. 271-272. A la misma prevalencia de la primera enmienda apuntaba el razonamiento del tribunal para justificar la inmunidad respecto de afirmaciones erróneas sobre hechos. En efecto, tales falsedades o errores resultaban inevitables en un debate libre, por lo que debían ser tutelados si se quería que la libertad de expresión gozara del “espacio de aire” que requería para sobrevivir. Estimaba la Corte que obligar a que las afirmaciones sobre la conducta funcionaria fuese precisa en los hechos, al riesgo de incurrir en juicios difamatorios, llevaría a la prensa a una actitud de autocensura. El efecto atemorizante asociado a la responsabilidad por difamación debía ser disuadido a tal punto que llevó a la Corte a afirmar que el daño a la reputación funcionaria infligido por una difamación no daba excusa alguna “*para reprimir la expresión que debería ser libre*”.

³⁸ *Ibid.*, p. 283, n. 23, en que se afirmó que no era necesario determinar cuán lejos dentro de los más bajos puestos de los empleados del gobierno debía estarse para calificar como funcionario público.

b) *Garrison v. Louisiana* (1964): la relevancia de la conducta privada de los funcionarios públicos.

En este caso, el fiscal del distrito acusó a ocho Jueces del Crimen de ser ineficientes, flojos, y de obstruir los esfuerzos de la Fiscalía para aplicar la legislación anticorrupción. La Corte, aplicando el precedente de *New York Times*, sostuvo:

*“El estándar (...) no se vuelve inaplicable sólo porque es la reputación privada de un funcionario público, así como también su reputación pública, la que son dañadas. La regla (...) protege el superior interés público en el libre flujo de información hacia el pueblo relacionado con los funcionarios públicos, sus servidores. Con tal fin, cualquier cosa que pueda influir sobre la aptitud de un funcionario público para el cargo resulta relevante. Pocos atributos personales se relacionan tanto con la aptitud para el cargo como la deshonestidad, la malversación o la motivación impropia, aun cuando estas características puedan también afectar el carácter privado del funcionario”.*³⁹

Aunque el párrafo citado resulta elocuente, cabe advertir que este fallo constituye el primer precedente en que la Corte faculta a los medios para que publiquen sobre la conducta privada de los funcionarios públicos con la holgura sentada en el *New York Times*, aunque finalmente se pruebe que tales vicios no incidían en el desempeño de la función pública de la persona difamada o violada en su privacidad.

c) *Rosenblatt v. Baer* (1966): la extensión de la real malicia al funcionario público no electivo.

La lata interpretación que la Corte había hecho en *New York Times* pierde continuidad en *Rosenblatt*, caso en que se sostuvo que el parámetro de figura pública sentado en 1964, y ampliado en *Garrison*, resultaba aplicable a un antiguo supervisor de un centro de esquí de propiedad del condado, quien entabló una demanda por difamación contra un periódico que criticó el manejo administrativo que había tenido del centro recreacional. Aunque el artículo no individualizaba el demandante, éste se sintió aludido por ser el responsable de las finanzas del lugar.⁴⁰ La Corte Suprema revirtió el caso, denegándole la indemnización otorgada en las instancias previas, bajo el argumento de que conforme a los parámetros sentados en 1964 –*New York Times* y *Garrison*– un funcio-

³⁹ *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 74, 77 (1964).

⁴⁰ *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75, 76 (1966). Una de las preguntas que el artículo periodístico hacía era: “¿Qué sucedió con todo el dinero el año pasado y durante los años anteriores?”.

nario público criticado en su conducta funcionaria no podía ser compensado a menos que probara real malicia por parte del autor del artículo periodístico.⁴¹

Con el fin de incentivar el debate sobre a) los asuntos públicos y sobre b) “aquellos que se encuentran en una posición significativa para influir en la resolución de tales asuntos”,⁴² la Corte estableció que cabía considerar como funcionario público a aquellos “*empleados gubernamentales que tienen, o parecen tener para el público, responsabilidad principal o control sobre la conducta de los asuntos gubernamentales*”.⁴³ De este modo, el parámetro de la real malicia se aplica ahora a cualquier funcionario gubernamental que ocupe una posición en la que el público tenga un claro interés en su desempeño y calificaciones,⁴⁴ sea o no elegido a través del sufragio.

d) *Time, Inc. v. Hill* (1967): el surgimiento de la “figura pública involuntaria”.

James Hill y su familia, personas comunes y corrientes, vivían confortablemente en un suburbio de Pennsylvania cuando su anonimato fue interrumpido por tres convictos prófugos que mantuvieron a los Hill y a sus cinco hijos como rehenes en su casa durante 19 horas. Consta que los Hill procuraron, en la medida de sus posibilidades, evitar toda publicidad.⁴⁵ Dos años más tarde, en 1954, una editorial de renombre publicó una novela titulada *Las Horas Desesperadas* acerca de una familia de apellido “Hilliard” que había sido aterrorizada en su hogar por convictos prófugos. El éxito de la novela la transformaría en una obra teatral en Broadway, momento en que la revista *Life* se puso de acuerdo con los actores de la obra para revivir la trama en la antigua casa de los Hill. Esto dio lugar a un artículo de la revista titulado “*Verdadero Crimen Inspira Tensa Obra*”, en el que se señalaba que ésta describía verdaderamente los sucesos vividos por la familia Hill. El reportaje sugería una agresión y violencia que no se compadecía con el suceso ocurrido dos años antes, aunque la familia desde un inició negó haber recibido maltrato verbal o físico alguno.⁴⁶

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*, 85.

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*, 86.

⁴⁵ A modo de ejemplo, James Hill rechazó una oferta para aparecer en el famoso programa de televisión “The Ed. Sullivan Show”, que era transmitido en vivo en todo el país y observado por millones de espectadores. Bertelsman, William O., 1968, “The First Amendment and protection of reputation and privacy –New York Times Co. v. Sullivan and how it grew, en *Kentucky Law Journal* 56, 730.

⁴⁶ *Ibid.*

El señor Hill demandó daños por invasión a la privacidad, quien ganó en ambas instancias estatales, en las se resolvió que la revista *Life* había creado una noticia ficticia, utilizando el nombre del actor y su familia con fines comerciales y publicitarios.⁴⁷ *Time Inc.* –el demandado– había sostenido sin éxito que el artículo era noticioso, de interés público y había sido publicado de buena fe y sin malicia.⁴⁸ La Corte Suprema revirtió el caso, añadiendo un nuevo argumento constitucional sobre la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho a la privacidad del *common law*.⁴⁹ Expresó que la primera enmienda ya no estaba destinada a proteger únicamente “la expresión política o el comentario acerca de los asuntos públicos”,⁵⁰ y agregaba:

*“Basta con escoger cualquier periódico o revista para entender el vasto rango de temas publicados que exponen a las personas, tanto ciudadanos privados como funcionarios públicos, a la vista del público. La exposición de nuestra persona ante los demás en diversos grados, resulta algo concomitante a la vida dentro de una comunidad civilizada. El riesgo de tal exposición es un incidente esencial de la vida en una sociedad que otorga un valor primordial a la libertad de expresión y de prensa.(...) No tenemos dudas que el tema del artículo de Life, el estreno de una obra teatral vinculada con un incidente real, es un asunto de interés público”.*⁵¹

Con ello la Corte vino a constitucionalizar la noción amplia de noticia que ya se había instalado en la jurisprudencia del *common law* e influida en un fallo anterior del mismo tribunal que había sostenido que tanto la información como el entretenimiento eran manifestaciones protegidas por la libertad de prensa.⁵²

En el contexto de lo anterior se entiende la afirmación de que James Hill, el padre, se había transformado en una noticia y había perdido su derecho a la privacidad desde el momento en que se había visto involucrado como rehén en su casa.⁵³ Finalmente, estimó que las manifestaciones erróneas resultaban inevitables, por lo que sea que hubiese negligencia o inocencia, las manifestaciones inexactas debían ser protegidas a fin de que la libertad de expresión

⁴⁷ Que era lo que la ley de Nueva York sancionaba, *Pember, Don, y Teeter, Dwight*, “Privacy and the press since *Time Inc. v. Hill*”, en *Washington Law Review*, 50, 63.

⁴⁸ *Time Inc. v. Hill*, 385 U.S., 374, 378-379 (1967).

⁴⁹ *Ibid.*, p. 374, nota 3, en que el juez Brennan, al entregar la opinión de la Corte, comenzó por enfatizar la inferioridad jerárquica del derecho a la privacidad del *common law*, distinto al derecho constitucional a la privacidad gestado en *Griswold v. Connecticut* (1965).

⁵⁰ *Ibid.*, 388.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Winters v. New York*, 333 U.S., 507, 510 (1948).

⁵³ 385 U.S., 374, 386.

goce del espacio indispensable para subsistir.⁵⁴ De otro modo, se cargaría a la prensa con el “peso intolerable de adivinar cómo un juez valoraría la razonabilidad de los pasos tomados por ella para verificar la acuciosidad de cada referencia a un nombre, foto o retrato”.⁵⁵

Con estas palabras la Corte legitimaría por un tiempo la justificación constitucional de la prensa para reportear la vida de personas privadas involucradas de modo involuntario en hechos noticiosos.⁵⁶ Desde ahora en adelante, tales personas privadas serían consideradas como “figuras públicas involuntarias”.

e) *Curtis Publishing Co. v. Butts* (1967): la “figura pública” condicionada por la concurrencia de asuntos de interés público local.

Bajo esta carátula la Corte Suprema falló dos casos distintos. El primero, que es el que conserva el mismo nombre, *Curtis Publishing Co. v. Butts* involucró a un periódico que acusaba a Butts, director de deportes de la Universidad de Georgia, de haber arreglado un partido de fútbol. En el otro, *Associated Press v. Walker*, se relaciona con un despacho noticioso que acusaba al señor Walker de haber hecho cargos contra los Alguaciles del Condado con el fin de impedir la inscripción de James Meredith en la Universidad de Mississippi.

Ni uno ni otro demandante eran funcionarios públicos, bajo ningún parámetro jurisprudencial anterior, pero tenían a juicio del tribunal “una dosis importante de autoridad en asuntos de interés público local”⁵⁷ previo a las supuestas publicaciones difamatorias,⁵⁸ afirmación que guarda plena concordancia con la definición de figura pública como una persona que posee “una dosis importante de autoridad en el interés público particular al tiempo de la [publicación]”.⁵⁹ De este modo, la calidad de figura pública depende aquí del interés público local, quien quiera que sea el demandante, tal como lo estimó el tribunal al considerar que los temas en los que ambas personas privadas habían estado involucradas: a) el “arreglo” de un partido de fútbol, y b) el impedir a una

⁵⁴ *Ibid.*, p. 388.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 389. Esto en el sentido de entender que cualquier sanción a afirmaciones inexactas desincentivaban a la prensa a ejercer su garantía constitucional, la que “definida de manera amplia asegura el mantenimiento de nuestro sistema político y una sociedad abierta”.

⁵⁶ Sooper, “The First Amendment...”, p. 283.

⁵⁷ *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388. U.S. pp. 130, 154 (1967).

⁵⁸ Prager, Eileen Carroll, 1978, “Public Figures, Private Figures and Public Interest”, en *Stanford Law Review*, pp. 30, 162.

⁵⁹ 388. U.S., pp. 130, 154.

persona matricularse en la Universidad, merecían la protección de la primera enmienda para su discusión, ya que el interés público contenido en esos dos casos no habría sido menor que el involucrado en el caso *New York Times*.⁶⁰

Si lo que la Corte pretendía era incentivar la discusión abierta sobre asuntos públicos, quedaba ahora en evidencia que el parámetro sentado en 1964 comenzaba ya a mostrar ciertos rasgos de insuficiencia⁶¹ manifestados por la rígida distinción entre funcionarios públicos y personas privadas. Agregó el tribunal que aplicar el estándar de la real malicia a las figuras públicas contribuiría a proteger el derecho del público a ser informado sobre los asuntos de interés legítimo, punto de vista sostenido por el juez Warren quien manifestó:

*“Para mí, la diferenciación entre ‘figuras públicas’ y ‘funcionarios públicos’ (...) no posee fundamento en el derecho, ni en la lógica, ni en los principios de la Primera Enmienda. En este país, las distinciones entre los sectores del gobierno y el sector privado son cada vez más borrosas (...)”.*⁶² *“Es claro que a pesar de que no están sujetas a las restricciones del proceso político, las ‘figuras públicas’, al igual que los ‘funcionarios públicos’, juegan a menudo un influyente rol en el orden social (...). Estas ‘figuras públicas’ tienen un acceso a los medios masivos de comunicación tan directa como los ‘funcionarios públicos’, tanto para influenciar las políticas como para criticar su actividad y opiniones. Nuestra ciudadanía tiene un legítimo y sustancial interés en la conducta de tales personas, y la libertad de la prensa para tomar parte en un debate desinhibido acerca de su participación en asuntos y eventos públicos es tan crucial como lo es en el caso de los ‘funcionarios públicos’”.*⁶³

El juez Harlan coincidió con Warren en que la posibilidad de acceder rápidamente a la prensa constituía un claro indicio de estar frente a una figura pública.⁶⁴ Agregó el juez Warren que las figuras públicas son aquellos quienes a pesar de no ocupar un cargo público “están íntimamente involucrados en la resolución de importantes cuestiones públicas o, con motivo de su fama, moldean sucesos en áreas de interés para la sociedad”.⁶⁵ Se observó, además, que una persona podía alcanzar el estatus de figura pública por una “resuelta activi-

⁶⁰ *Ibid.*, 158.

⁶¹ Kalven, Harry, 1964, “The New York Times Case: A Note on ‘The Central Meaning of the First Amendment’”, en *1964 Supreme Court Review*, Washington D.C., 117-123.

⁶² 388. U.S., 130, 163.

⁶³ *Ibid.*, 164.

⁶⁴ *Ibid.*, 155.

⁶⁵ *Ibid.*, 164.

dad equivalente al lanzamiento de su personalidad en la ‘vorágine’ de una controversia pública”,⁶⁶ agregando que se trata de aquellas personas “cuyas visiones y acciones con respecto a los asuntos y sucesos públicos resultan, a menudo, de tanto interés para los ciudadanos como las actitudes y conductas de los ‘funcionarios públicos’ con relación a los mismos asuntos y sucesos”.⁶⁷

f) *Rosenbloom v. Metromedia, Inc. (1971)*: el triunfo del “interés público” por sobre el de la “figura pública”.

El señor Rosenbloom había interpuesto una demanda contra Metromedia por afirmaciones falsas y difamatorias, difundidas en las noticias de radio, que vincularon su nombre con “literatura procaz” y con el “tráfico de revistas pornográficas”,⁶⁸ probablemente influidos por su previo arresto por haber distribuido material obsceno, cargos de los cuales fue finalmente absuelto. El demandante Rosenbloom no era funcionario público ni tampoco una figura pública bajo el estándar de *Curtis Publishing*⁶⁹ antes de la demanda, por lo que las opiniones de los jueces fueron consistentes en afirmar que el demandante era una figura privada aunque hubiese sido calificado por la policía como “un mayor distribuidor de material pornográfico en Philadelphia”.⁷⁰

Habida consideración que previo a este caso el Tribunal Supremo había determinado que la regla de la real malicia resultaba aplicable sólo a los demandantes que fueren funcionarios públicos⁷¹ o figuras públicas,⁷² esto es, personas que de algún modo habían tenido la iniciativa de formar parte de los asuntos públicos, en el primer caso y del público, en el caso de las figuras públicas, en *Rosenbloom* la Corte extendió la regla de la real malicia a las acciones por difamación entabladas por personas privadas involucradas en asuntos de interés público. Se sentaba por primera vez el criterio de que el anonimato o fama previas no eran importantes. Lo relevante era el interés público de la ocurrencia

⁶⁶ *Ibid.*, 155.

⁶⁷ *Ibid.*, 162. Junto con la novedad de la figura pública asociada al interés de un asunto público, la otra era que para proceder a la indemnización el planteamiento era exigir una negligencia extrema, de modo que las figuras públicas podrían ser indemnizados de los perjuicios sufridos siempre que probaren una “conducta altamente irracional que fuere constitutiva de un abandono extremo de los estándares de investigación y reporte comúnmente adheridos por los editores responsables”.

⁶⁸ *Rosenbloom v. Metromedia Inc.*, 403 U.S. 29, 34 (1971).

⁶⁹ *Ibid.*, pp. 31-32. Conforme al cual figura pública es alguien con “una dosis importante de autoridad en asuntos de interés público local”, 388. U.S. 130, 154.

⁷⁰ *Ibid.*, 32.

⁷¹ Conforme a *New York Times v. Sullivan*.

⁷² De acuerdo a *Curtis Publishing Co. v. Butts*.

o suceso,⁷³ de modo que a las personas privadas que voluntaria o involuntariamente se viesan involucradas en sucesos de interés público se les exigiría actual malicia para obtener una justa reparación.⁷⁴

El juez Brennan analizó que la línea de casos que existen desde *New York Times v. Sullivan* presentan como elemento común la existencia de afirmaciones “difamatorias y falsas en el reporte de un suceso de interés público y general”.⁷⁵ Insiste más adelante en lo central del fallo:

*“[S]i una materia es objeto de interés público o general, no puede repentinamente transformarse en algo menor simplemente porque un individuo privado está involucrado, o debido a que en algún sentido el sujeto no eligió ‘voluntariamente’ involucrarse”. El primer interés del público es en el suceso. En el contenido, efecto y relevancia de la conducta, no en la previa notoriedad o anonimato del responsable.*⁷⁶

A mayor abundamiento, la sentencia pone de manifiesto la noción de que la relativa fama o anonimato de aquellos involucrados en asuntos de interés público resulta una cuestión irrelevante al lado de la protección que debía darse al debate sobre tales materias, idea que se tradujo en que la mayoría de la Corte estuvo dispuesta a extender el privilegio que *New York Times* otorgaba a los demandados que fueran parte de la prensa, aun cuando el demandante difamado fuese una persona privada, y siempre que la afirmación hubiese tenido relación con un asunto de interés general o público.⁷⁷

g) *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974): una vuelta al estatus de la persona más que al asunto involucrado.

El parámetro del interés público adoptado en *Rosembloom* padeció –efectiva aunque no expresamente– un vuelco en este caso. En 1968 Richard Nuccio, policía de Chicago, disparó y mató a un joven. Nuccio fue juzgado y condenado

⁷³ 403. U.S. 29, 44.

⁷⁴ Pember y Teeter, “Privacy and the press”, 74.

⁷⁵ 403 U.S. 29, 30-31.

⁷⁶ *Ibid.*, 43. Y añade en 44: “Es claro que ha emergido de nuestros casos resueltos desde *New York Times* el concepto que el impacto de la primera enmienda respecto de las leyes sobre difamación deriva no tanto de si el demandante es un ‘funcionario público’, una ‘figura pública’ o una ‘persona privada’, como sí emana de la cuestión acerca de las publicaciones supuestamente difamatorias conciernen un asunto de interés público o general”.

⁷⁷ *Ibid.*, 44.

por homicidio. La familia del joven asesinado contrató a Elmer Gertz, un reconocido abogado, para representarlos en un juicio civil por indemnización de perjuicios contra el policía. El juicio criminal contra el policía captó la atención de una publicación mensual que se había hecho famosa en los años sesenta por informar sobre una conspiración comunista hecha con el objetivo de desacreditar a la policía y proponer la creación de una policía nacional. No obstante la casi nula conexión entre el abogado y el juicio criminal contra el policía, el artículo argumentaba que tal juicio formaba parte de una conspiración comunista contra la policía, acusando falsamente a Gertz de ser un “filo-comunista”, “rojo”, “marxista” y “leninista”, imputándole asimismo haber colaborado en planificar y organizar la revuelta ocurrida en la Convención Nacional Demócrata en 1968, además de atribuirle la pertenencia a una organización que pretendía el derrocamiento del gobierno.⁷⁸

Gertz interpuso una acción por difamación contra Robert Welch, el editor de la revista. La Corte, luego de afirmar que no existía fundamento en ninguno de los cargos formulados por la publicación, y el hecho que el editor jefe de la revista no había verificado la exactitud del artículo, confiado en la “amplia investigación” del autor,⁷⁹ estimó que el estándar de *New York Times* no resultaba aplicable en este caso,⁸⁰ dado que el demandante no era funcionario público⁸¹ ni figura pública,⁸² aunque sí consideró que “este juicio”⁸³ representaba una materia de interés público.

Si el tribunal había reconocido que se estaba frente a un asunto susceptible de interés público, ¿por qué motivo no aplicó la real malicia tal como lo había hecho en *Rosembloom*?⁸⁴ Por lo que estimó una “consideración normativa” de la máxima importancia. La primera consideración normativa se basó en que las figuras públicas asumen el riesgo de ser difamadas,⁸⁵ ya sea buscando la publicidad directamente, ya sea involucrándose en actividades que atraen la atención del público y que “invitan a la atención y al comentario”.⁸⁶ La segunda

⁷⁸ *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 325-326 (1974).

⁷⁹ *Ibid.*, 327.

⁸⁰ *Ibid.*, 352.

⁸¹ *Ibid.*, 351, en que se estimó que no lo era porque al momento de la demanda no ostentaba ni habría tenido ningún cargo público asalariado.

⁸² *Ibid.*, 352.

⁸³ Ídem. Aunque la Corte equiparó a “este asunto público” con “este juicio”, no especificó de qué juicio se trataba: si el juicio criminal por sí mismo o la combinación de éste con el juicio civil.

⁸⁴ La Corte de Illinois en este juicio había concluido que la real malicia sí resultaba aplicable precisamente el motivo contrario: porque el artículo trataba un asunto de interés público, aunque el demandante no fuera funcionario ni figura pública, 322 F. Supp. 997, 998 (N.D. Ill. 1970).

⁸⁵ 418 U.S. 323, 345.

⁸⁶ *Ibid.*, 344-345.

consideración se fundó en la mayor vulnerabilidad a los daños por parte de los ciudadanos privados, que emanaría de no contar ellos con un directo acceso a los medios para contraargumentar o contrarrestar las afirmaciones falsas, al no ocupar cargos públicos ni asumir roles de influencia en la sociedad. Ambas circunstancias llevaron al tribunal a estimar que las personas privadas merecían más protección.⁸⁷

En virtud de la convicción anterior, la Corte efectuó una triple distinción entre: a) figuras públicas a “todo evento”,⁸⁸ b) figuras públicas sólo para un limitado grupo de asuntos⁸⁹ y c) figuras públicas involuntarias. Las primeras son aquellas que han logrado una “dominante fama o notoriedad”⁹⁰ u “ocupan posiciones de un influencia y poder (...) persuasivo”⁹¹ y “dominante”⁹² respecto de los asuntos ordinarios.⁹³ Del segundo tipo son aquellas que “se vuelcan a sí mismos (...) con el fin de influir en la resolución de los asuntos involucrados.”⁹⁴ La figura pública involuntaria es definida como aquella persona que puede transformarse en una figura pública por haber sido “arrastrada a una específica controversia pública”,⁹⁵ reconociendo que se trataba de una figura que se da en ocasiones “extremadamente raras”.⁹⁶ Se estimó aquí que el demandante no era una figura pública porque “nunca habló con la prensa sobre el juicio civil ni criminal”.⁹⁷ El test elaborado por la Corte exige aparentemente alguna congruencia entre la controversia y el sujeto objeto de la difamación, aunque tal relación de congruencia queda sin mayor explicación.⁹⁸

La Corte llevó a cabo toda esta construcción tripartita para concluir que las personas privadas no renuncian a parte alguna de su derecho a la reputación y merecían más reparación por los daños infligidos a ellos que a un funcionario o

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*, 351.

⁸⁹ *Ibíd.*

⁹⁰ *Ibíd.*

⁹¹ *Ibíd.*, 345.

⁹² *Ibíd.*, 352, en que la Corte insiste que en “algunos casos una persona puede lograr una fama o notoriedad tan dominante que se transforma en una figura pública a todo evento y en todos los contextos”.

⁹³ *Ibíd.*, 345.

⁹⁴ *Ibíd.*, 351.

⁹⁵ *Ibíd.*, 344.

⁹⁶ *Ibíd.*, 345, en que la Corte añade: “Hipotéticamente, puede ser posible para alguien transformarse en una figura pública mediante ninguna acción voluntaria suya, pero los casos de verdaderas figuras públicas involuntarias deben ser extremadamente raras”.

⁹⁷ *Ibíd.*, 352. Se añade que es la “naturaleza y extensión” de la participación de una persona en una “específica controversia” que da lugar a la difamación es la que determina la extensión del estatus de figura pública de tal individuo.

⁹⁸ Prager, “Public Figures...”, 169-170.

figura pública.⁹⁹ Ello al estimar que Gertz no era una figura pública y que el parámetro iniciado en *New York Times* debía aplicarse sólo a quienes lo eran,¹⁰⁰ por lo que el demandante que fuese ciudadano privado no debía ya probar la real malicia para tener éxito en una demanda por difamación, sino que sólo negligencia por parte del que publica.¹⁰¹ Se restringía así la aplicabilidad de la primera enmienda como causal de justificación en los juicios por difamación.¹⁰²

En relación a *Rosenbloom*, la innovación es total, al repudiar expresamente el estándar del interés público aplicado por la misma Corte tres años antes. El motivo por el cual la Corte Suprema abandonaba el test del interés público se debía a que estimó complejo “forzar a los jueces (...) a resolver caso a caso cuál publicación se refiere a asuntos de ‘interés público o general’ y cuál no”,¹⁰³ ya que dudaban de la conveniencia de acometer tal tarea a la conciencia de los mismos,¹⁰⁴ lo que implicaba, en palabras del juez Marshall, decidir “qué información es relevante para el auto-gobierno”.¹⁰⁵ Además de la inconveniencia anotada, la Corte estimaba que:

*“Bajo la Primera enmienda no existe algo como una falsa idea. Sin perjuicio de cuán perniciosa pueda parecer una opinión, su corrección no depende de la conciencia de jueces o tribunales, sino que del contraste con otras ideas. Sin embargo, no existe valor constitucional en las afirmaciones falsas sobre hechos. Ni la mentira intencional ni el error descuidado contribuyen materialmente al interés de la sociedad en un ‘desinhibido, robusto y abierto’ debate en los asuntos públicos”.*¹⁰⁶

Otro motivo para abandonar el estándar adoptado en *Rosenbloom* fue que la Corte estimó que la mejor manera de resolver el permanente conflicto entre los derechos del ofendido y de la prensa era no aplicar la real malicia en caso de que el individuo difamado fuese una persona privada, sin perjuicio de que estuviese involucrado en un asunto de interés público.¹⁰⁷

⁹⁹ 418 U.S. 323, 344.

¹⁰⁰ *Ibid.*, 345-346, 351-352.

¹⁰¹ 94 S. Ct., at 3010-3011.

¹⁰² Pomeroy y Teeter, “Privacy and the...”, 74.

¹⁰³ 418 U.S. 323, 346.

¹⁰⁴ *Ibid.* Más aún, lo encontraban peligroso, la Corte afirmó que “el estándar del interés general o público para determinar la aplicabilidad del parámetro del *New York Times* involucraría a los jueces en la peligrosa tarea de decidir ‘qué es relevante para el auto-gobierno’”, 418 U.S. 323, 339, citando el voto disidente de Marshall en *Rosenbloom*, 403 U.S. 29, 79.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, 323, 339-340.

¹⁰⁷ *Ibid.*, 343.

h) *Time Inc. v. Firestone* (1976): la reaplicación del “interés público”.

Se trata de un reportaje publicado en la revista *Time*, en el que se afirmó que el señor Rusell Firestone se había divorciado de su señora Mary debido al adulterio de esta última. Aunque ambas partes habían probado en juicio su adulterio, el tribunal se los otorgó por falta de convivencia hogareña (*domestication*).¹⁰⁸ La ex esposa demandó a la revista por difamación, obteniendo su indemnización. La Corte Suprema mantuvo la sentencia favorable afirmando que atendido que María Firestone era una ciudadana privada bajo el estándar de Gertz,¹⁰⁹ sólo debía probar negligencia para obtener una reparación. Conforme a la mayoría del tribunal, la demandante no ocupaba un rol de “especial importancia” que la convirtiera en una figura pública a todo evento, ni tampoco se había lanzado ella misma en la controversia con el fin de influir en su resultado.¹¹⁰ El hecho de demandar no fue considerado como un lanzamiento voluntario en la controversia, toda vez que ello resultaba una exigencia legal para obtener su pretensión.¹¹¹

Finalmente, el fallo rechaza la idea de que una controversia sea pública porque el asunto sea popular para la gente. En efecto, la resolución objeta respecto del demandado que “(...) pretende igualar una ‘controversia pública’ con todas las controversias de interés del público”.¹¹² Aunque la sentencia no dice cuándo una controversia es pública, sí sostuvo que la señora Firestone no asumió “ninguna importancia particular en la resolución de asuntos públicos”.¹¹³

¹⁰⁸ *Time Inc. v. Firestone*, 424 U.S. 448, 450 (1976). Todo se había iniciado cuando Mary Firestone demandó a su marido por alimentos y él reconvino por adulterio y extrema crueldad.

¹⁰⁹ 424 U.S. 455. Prager, “Public Figure...”, advierte en nota 104, 172 que de todas las expresiones empleadas por la Corte para definir “figura pública” en Gertz, en esta ocasión eligió citar aquella que definía como figura pública a todo evento, aquellas personas que ocupaban una posición de “poder e influencia persuasiva” (Gertz, 345), dejando de lado la que los caracterizaba como aquellos que habían logrado una “dominante fama o notoriedad” (Gertz, 351), lo cual –hace ver– podría haberse adaptado a la señora Firestone.

¹¹⁰ *Ibid.*, 453.

¹¹¹ *Ibid.*, 454. Por el contrario, el juez Marshall sostuvo no sólo que la Sra. Firestone era una figura prominente de la alta sociedad en Palm Beach, sino que no había querido esconderse de la publicidad, lo que habría quedado demostrado al contratar un servicio de recortes de prensa y al dar varias conferencias de prensa, lo que dio lugar a numerosos artículos en los periódicos de Miami y de Palm Beach.

¹¹² *Ibid.*

¹¹³ *Ibid.*, 454-455.

IV. LA CREACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL “PERSONAJE PÚBLICO” O “PERSONAJE DE NOTORIEDAD PÚBLICA” EN ESPAÑA

Atendido que el ordenamiento jurídico positivo sólo reconoce el interés público como justificante de injerencias en el ámbito tutelado por el derecho a la privacidad, ha sido la jurisprudencia, en una operación ingeniosa, la que ha creado dos categorías a partir de aquella que resulta indiscutida y cual es el “interés público” referido a un asunto o materia. Así, se ha efectuado la siguiente categorización entre la relevancia pública de la información: a) “ya sea por el carácter público de la persona a que se refiere”¹¹⁴ b) “o por el hecho en sí en el que esa persona se haya visto involucrada”.¹¹⁵

1. El argumento central que minusvalora la privacidad de los “personajes públicos”: la noción de que el que decide participar en la esfera pública asume voluntariamente el riesgo de que su derecho a la intimidad resulte afectado.

La primera sentencia que junto con crear la terminología de “personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública” fue categórica al expresar respecto de ellos un umbral de protección menor que el relativo a las personas privadas. Sostuvo al respecto, lo siguiente:

*“El criterio a utilizar en la comprobación de esa relevancia pública de la información varía según sea la condición pública o privada del implicado en el hecho objeto de la información o el grado de proyección pública que éste haya dado, de manera regular, a su propia persona, puesto que los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas y, por tanto, el derecho de información alcanza, en relación con ellos, su máximo nivel de eficacia legitimadora, en cuanto que su vida y conducta moral participan del interés general con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación de proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas que la tendrían de ser referidos a personajes públicos”.*¹¹⁶

¹¹⁴ STC 197/1991, FJ 2.

¹¹⁵ *Ibíd.*

¹¹⁶ STC 171/1990, FJ 5.

La menor protección de la privacidad de los personajes públicos o de notoriedad pública no resulta sino una lógica consecuencia del ejercicio de la capacidad de “autodeterminación” en que el derecho a la intimidad se encuentra inserto. Ello no significa otra cosa que si una persona decide libremente irrumpir en la esfera política renuncia voluntariamente a su derecho a permanecer en el anonimato.

2. Argumento de la menor vulnerabilidad de los personajes públicos para hacer frente o contrarrestar la actividad de la prensa.

Aunque el aserto surge a partir de un caso sobre derecho al honor, la sentencia no es clara al momento de determinar si circunscribe este argumento sólo a “la crítica molesta o hiriente” que deben soportar los personajes públicos o lo hace expansivo a la totalidad de los derechos de la personalidad reconocidos por el artículo 18.1 de la Constitución española. En efecto, el fundamento jurídico séptimo proclama de modo indubitado el argumento de la mayor vulnerabilidad de los personajes públicos:

*“Los medios de comunicación social, como ha indicado en tantas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cumplen así una función vital para todo Estado democrático, que no es sino la crítica de quienes tienen atribuida la función de representar a los ciudadanos. El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor como tal, incluso cuando éstas puedan ser especialmente molestas o hirientes, sin que pueda esgrimir frente a esa información género alguno de inmunidad o privilegio, y frente a las que tiene más posibilidades de defenderse públicamente de las que dispondría un simple particular (SSTC 104/1986, 85/1992, 19/1996, 240/1997, 1/1998, y SSTEDH caso Sunday Times, 26 de abril de 1979; caso Lingens, de 8 de julio de 1986; caso Schwabe, de 28 de agosto de 1992; caso Praeger y Oberschlick, 26 de abril de 1995; caso Tolstoy Miloslavski, de 13 de julio de 1995; caso Worm, de 29 de agosto de 1997; caso Fressoz y Roire, de 21 de junio de 1999)”.*¹¹⁷

El mismo fundamento jurídico séptimo no sólo se pronuncia más abajo en términos genéricos respecto de los otros derechos consagrados en el art. 18.1 de la Constitución española, sino que emplea adjetivos –tales como “divulgado”, “divulgación” y “revelación”– que se utilizan preferentemente para referirse a la intromisión en el ámbito del derecho a la intimidad. Sostuvo al respecto el Tribunal Constitucional:

¹¹⁷ STC 192/1999, FJ 7.

“Quienes tienen atribuida la administración del poder público son personajes públicos en el sentido de que su conducta, su imagen y sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos, los cuales tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1 d) C.E., a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre. En esos casos, y en tanto lo divulgado o criticado se refiera directamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 C.E. Por el contrario, fuera de estos casos, y cuando lo divulgado o la crítica vertida vengan acompañadas de expresiones formalmente injuriosas o se refieran a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información y crítica relacionada con el cargo público, es evidente que ese personaje es, a todos los efectos, un particular como otro cualquiera, que podrá esgrimir judicialmente su derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen. Con ello no se está diciendo que el personaje público carezca de protección constitucional frente a los injustificados ataques a su honor, a su intimidad personal o familiar o a su propia imagen. Como cualquier otro ciudadano, goza de la protección que a estos efectos le dispensa el art. 18.1 C.E. y, naturalmente, podrá hacer valer sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen frente a aquellas opiniones o informaciones que considere lesivas de los mismos”.¹¹⁸

3. La creación jurisprudencial de “personajes públicos”, “personajes de notoriedad pública” y de “personas de proyección pública”.

a) Los personajes públicos.

Aunque la citada STC 171/1990 ya empleaba la terminología “personajes públicos” y la de aquellos “dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública”, se desconocía a ciencia cierta si tales expresiones se utilizaban indistintamente o no. El mismo problema presentaba la STC 197/1991 que utilizó ambas denominaciones para referirse a una misma situación, esto es, a las “personas que, por razón de su actividad profesional (...) son conocidas por la mayoría de la sociedad”,¹¹⁹ atribución que será corregida por sentencias posteriores.

Sólo nueve años más tarde el Tribunal Constitucional zanjó la duda al diferenciar de modo explícito entre “personajes públicos” y “personajes que poseen notoriedad pública”, reservando la primera denominación “únicamente para todo aquel que tenga atribuida la administración del poder público, en el

¹¹⁸ STC 192/1999, FJ 7.

¹¹⁹ STC 197/1991, FJ 4, en que se añade que los personajes públicos por razón de su actividad profesional “han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los simples particulares”.

sentido de que su conducta, su imagen, sus opiniones están sometidas al escrutinio de los ciudadanos, que tienen un interés legítimo, garantizado por el derecho a recibir información del art. 20.1 d) C.E., a saber cómo se ejerce aquel poder en su nombre (...).¹²⁰

Hacia una noción menos descriptiva sobre los “personajes públicos” apunta otra sentencia que, aunque referida a un supuesto en que se jugaba el derecho al honor, se pronuncia igualmente en términos generales respecto de la totalidad de los derechos reconocidos por la disposición constitucional que trata sobre la intimidad, el honor y el derecho a la imagen. Sostiene la sentencia del Tribunal Constitucional:

“Es doctrina reiterada de este Tribunal que los denominados ‘personajes públicos’, y en esa categoría deben incluirse, desde luego, las autoridades públicas, deben soportar, en su condición de tales, el que sus palabras y hechos se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tengan una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos”.¹²¹

b) Los personajes de notoriedad pública.

Si las primeras sentencias, como vimos, fueron confusas al emplear indistintamente esta categoría con la de “personaje público”, la STC 134/99 no despeja del todo la duda al responder más bien a una noción residual de lo que no encuadra dentro de lo que corresponde a “personaje público”. Recién en la STC 83/2002 queda claro que al referirse el Tribunal Constitucional a una “persona de notoriedad pública” alude a quien cuenta con una “frecuente presencia en los medios de comunicación exponiendo al conocimiento de terceros su actividad profesional, por lo que cabe incluirla en el grupo de aquellos sujetos que, junto con quienes tienen atribuidas la administración del poder público, por su actividad, asumen un mayor riesgo frente a informaciones que les conciernen”.¹²²

La misma sentencia contempla una exigencia ya reiterada que importa un requisito adicional a la circunstancia de ser una alguien considerado “persona con notoriedad pública”:

“De otro lado, no toda información que se refiere a una persona con notoriedad pública goza de esa especial protección, sino que para ello es exigido”

¹²⁰ STC 134/1999, FJ 7.

¹²¹ STC 192/1999, FJ 7.

¹²² STC 83/2002, FJ, 5.

*ble, junto a ese elemento subjetivo del carácter público de la persona afectada, el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia pública, no afecten a la intimidad, por restringida que ésta sea (STC 197/1991, FJ 4)”.*¹²³

Ya hemos citado aquella parte de la sentencia del Tribunal Constitucional que afirma que el “riesgo asumido por el personaje con notoriedad pública no implica aminoración de su derecho a la intimidad”, cuya extensión y eficacia sigue siendo la misma que la de un ciudadano ordinario. Añade el fallo que tal riesgo asumido por los personas famosas:

*“Tan sólo significa que no pueden imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critican lo que ellos mismos han revelado (...)”.*¹²⁴

Con todo, la STC 99/2002 vuelve a generar nubosidad a la noción de “personajes que poseen notoriedad pública” y opta por integrar bajo esta categoría:

a) “aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan”, b) “por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada”, y c) “que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de relevancia pública”.¹²⁵

Sin bien el tipo de persona de notoriedad pública descrito en la letra a) no resulta sino una aclaración consistente con la noción residual adoptada tres años antes, al explicitar lo que afirmaba implícitamente, la distinción contenida en la letra b) aporta confusión, al representar más bien a personas privadas que se transforman en públicas por su propio consentimiento, por lo que no resulta sino una expresión de aquella justificación referida al consentimiento o autorización de la víctima. Nuestro comentario respecto de la letra c) queda reservado para nuestro análisis crítico.

c) Las personas de proyección pública.

La terminología sobre “personas de proyección pública” empleada en la STC 83/2002 no parece sino constituir una figura accesoria de la anterior, toda vez que conforme al tenor del fallo, no subsistiría la proyección pública de alguien que no tuviese “notoriedad pública”. En efecto, la resolución sostiene:

“Pues bien, la notoriedad pública del recurrente en el ámbito de su actividad profesional, y en concreto su proyección pública en el campo de las finan-

¹²³ STC 83/2002, FJ 5.

¹²⁴ STC 134/1999, FJ 7.

¹²⁵ STC 99/2002, FJ 7.

*zas, no le priva de mantener, más allá de esta esfera abierta al conocimiento de los demás, un ámbito reservado de su vida como es el que atañe a sus relaciones afectivas, sin que su conducta en aquellas actividades profesionales elimine el derecho a la intimidad de su vida amorosa, si por propia voluntad decide, como en este caso, mantenerla alejada del público conocimiento ya que corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno”.*¹²⁶

Atendido lo anterior, la categoría de “personas de proyección pública” no gozaría de autonomía al no ser sino una consecuencia de la “persona de notoriedad pública” en razón de su actividad profesional destacada, pues, desde la perspectiva de esta noción jurisprudencial, no podría tener interés la proyección pública de un empresario en el campo de las finanzas si la posición de éste en el mercado no fuera relevante, esto es, si no destacara en su actividad empresarial.¹²⁷

V. OBSERVACIONES CRÍTICAS

1. Inconveniencia en mantener a la “figura pública” como criterio legitimador en la intromisión de la vida privada de los personajes públicos.

1.1. Uno de los resultados que arroja el balance obtenido de los casos emblemáticos del derecho jurisprudencial norteamericano referido al honor no es sino la minusvaloración del derecho a la intimidad de a) las personas ordinarias so pretexto de considerarlas “figuras públicas” en ciertas hipótesis, y de b) los funcionarios públicos cuya conducta privada sería legítimo revelar en todo lo que pudiera incidir en su aptitud para la función pública que ocupa o que aspira a ocupar.

1.2. Aunque en España no se produce una interpretación tan extensiva del “personaje de notoriedad” se llega al sin sentido de estimar que si bien ellos “inevitadamente ven reducida su esfera de intimidad, no es menos cierto que, más allá de ese ámbito abierto al conocimiento de los demás su intimidad permanece”.¹²⁸ La objeción es doble en cuanto a que a) si existe un ámbito

¹²⁶ STC 83/2002, FJ 5.

¹²⁷ Aunque no referida al Tribunal Constitucional, en la STS de 24 de abril de 2000, tal expresión aparece más bien asociada a la noción residual de “personajes de notoriedad pública”, al identificar como “personas de proyección pública” a aquellas cuya profesión u oficio tiene por destino al público, “entre otros casos, una actriz de cine y televisión”.

¹²⁸ STC 83/2002, FJ 5. La STC 197/1991, FJ 4 expresa en el mismo sentido: “Las personas que, por razón de su actividad profesional (...) son conocidas por la mayoría de la sociedad, han de sufrir mayores intromisiones en su vida privada que los particulares, pero ello no puede ser entendido tan radicalmente”.

abierto al conocimiento de los demás, no puede predicarse en tal circunstancia la tutela de la intimidad. Luego, b) no puede verse reducida la esfera de un derecho que no concurre en tal situación.

1.3. La inconsistencia aparece manifiesta al sostenerse que “para indagar si (...) el derecho de información debe prevalecer, será preciso y necesario constatar (...) la relevancia pública de la información ya sea por el carácter público de la persona a que se refiere, o por el hecho en sí en el que esa persona se haya visto involucrada” se agrega en la misma sentencia que junto a ese elemento subjetivo de carácter público de la persona afectada, “es exigible (...) el elemento objetivo de que los hechos constitutivos de la información, por su relevancia” justifiquen la intromisión. Si por una parte se afirma que el carácter público de la persona involucrada incide en una minusvaloración de su derecho a la intimidad, aunque “ello no puede ser entendido tan radicalmente”, no se entiende luego la operatividad práctica de la exigencia acumulativa del elemento objetivo (hecho relevante) y subjetivo (notoriedad pública), en cuyo caso se llegaría al absurdo de que a) la categoría de “interés público”, la que de verdad importa, resultaría desplazada en caso de no cumplirse el requisito subjetivo, y b) la categoría de “persona de notoriedad pública” perdería toda razón de ser, de concluirse, como creemos, que lo verdaderamente relevante es que la información tenga relevancia pública por el hecho en sí, cualquiera sea la calidad de quien se ve involucrado en tal suceso de interés público.

2. Inconveniencia de emplear la terminología “la vida privada de las personas públicas”.

2.1. Resulta conceptualmente un contrasentido hablar del derecho a la privacidad de las “persona públicas” toda vez que lo que se protege por el derecho a la intimidad es la vida privada de todos –personajes públicos incluidos– no la vida pública de nadie.

2.2. La persona no puede ser escindida en sus facetas privada y pública como si se tratara de dos seres diversos. No hay una separación tajante entre vida privada y vida pública, pues ambas son partes integrantes de la misma vida, atribuibles a la misma persona,¹²⁹ de donde se sigue que los “personajes públicos” no son sino personas ordinarias que han consentido en ejercer una función pública o un oficio o profesión destinada al público.

2.3. Lo que verdaderamente entonces torna publicable lo que es privado es, en algunos casos, el “consentimiento o autorización” del que decide actuar en la vida pública. En otros, será el “interés público” el criterio legitimador de la

¹²⁹ Como dice Soria, Carlos, 1997, *El Laberinto Informativo: Una Salida Ética*, Pamplona, EUNSA, 106, “[l]a vida privada siempre tiene un influjo en el comportamiento público”.

injerencia en la vida privada, sea que las actividades que revisten tal carácter correspondan a una persona de notoriedad, a un funcionario público o a un simple mortal.

2.4. Si lo anterior es razonable, pensamos que el estándar de “figura pública” como argumento legitimador resulta inadecuado al cubrir conductas cuya difusión por la prensa se encuentra justificada por el “consentimiento de la víctima” o por haber un “interés público” contenido en la información.

2.5. Precisamente una de las conclusiones que el debate jurisprudencial sobre la “figura pública” arroja es la insuficiencia de tal categoría para contribuir a un debate robusto y abierto sobre asuntos de interés público. La rígida distinción entre persona pública versus persona privada resulta un factor desorientador a la hora de resolver que lo que efectivamente resulta relevante es el asunto o la materia –quien quiera que se vea involucrado– no el título que ostenta o la fama de que goza o padece.

3. Problemas que para el derecho a la intimidad encierran algunos argumentos típicamente difundidos por la jurisprudencia para minusvalorar la vida privada de los personajes públicos. Conforme a la jurisprudencia analizada, la diferencia entre las figuras públicas y las personas privadas se funda, en términos generales, en la a) asunción del riesgo por parte de las primeras y en la b) mayor vulnerabilidad por el lado de las segundas.

Primer argumento: *Quien decide participar en la esfera pública asume voluntariamente ver reducida su vida privada en comparación con quienes permanecen en el anonimato.*¹³⁰

El argumento, en primer lugar, asume la paradoja ya objetada: suponer que quien decide participar en el gobierno (funcionario público) o en el mundo profesional (persona de notoriedad pública) consentiría tácitamente en ver mermada –no se dice cómo ni en qué magnitud– su vida privada.

En segundo lugar, si alguien resuelve participar en la esfera pública no necesita consentir en revelar su vida pública puesto que ésta no goza de tutela constitucional, por lo que difícilmente puede reclamar vulneración en tal ámbito. Si requiere de protección es en su vida privada, precisamente porque está más expuesto a que sea vulnerada.

¹³⁰ Argumento sostenido en *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 342, 344-345 (1974), y recogido en la STC 171/1990, FJ 5, reiterado en STC 83/2002, FJ 5.

En tercer lugar, parece claro que el argumento encierra una consecuencia que no se explicita: que resultaría lícito indagar en la vida privada de las “figuras públicas” por un consentimiento genérico que no se ha expresado. Esto plantea las siguientes interrogantes: Si se admite esta minusvaloración de la vida privada de los personajes públicos, ¿a título de qué se justificaría tal “reducción” de su derecho? Si es a título de “autorización o consentimiento”, ¿cabrían las autorizaciones tácitas y genéricas para vulnerar derechos fundamentales respecto de hechos futuros?¹³¹ Si es por causa de concurrir un “interés público”, ¿no será mejor hablar derechamente de esta causal en vez de la de “figura pública”? Creemos que precisamente el “interés público” presenta la ventaja de ser aplicable a cualquier persona, sin importar su estatus o condición. Si lo relevante en ciertos casos es el “interés público” como criterio legitimador, ¿qué sentido tiene hablar de “funcionario público” o de “persona de notoriedad pública”? ¿Qué interés legítimo distinto a la mera curiosidad puede justificar el minusvalor del derecho a la intimidad de estos últimos que no sea su propio consentimiento o la concurrencia de un interés público? Esto demuestra, una vez más, lo inapropiado del estándar de la “figura pública”.

Por otra parte, la única interpretación coherente, aunque no por ello recomendable, del argumento en cuestión, sería hacer extensiva la asunción del riesgo sólo a los “funcionarios públicos” cuyas conductas privadas sería legítimo revelar en tanto éstas pudieran afectar la función pública¹³² que consienten en desempeñar. Esta modalidad plantea otros problemas a los que nos referiremos enseguida al analizar el tercer argumento.

Cabe entonces descartar la tesis de que los funcionarios o figuras públicas posean un umbral de privacidad menor que el que corresponde al ciudadano común y silvestre. Lo que sucede es que resulta más probable que concurra un interés público en aquellas actividades desempeñadas por autoridades del Estado que en aquellas desarrolladas por personas corrientes, no por causa de

¹³¹ A modo de analogía, la institución civil de la ratificación —especie de manifestación del consentimiento tácito— no opera respecto de actos ya acontecidos. En cuanto a la autorización, repugnaría el sentido común la aceptación genérica de la vulneración a futuro de bienes de relevancia patrimonial o personal, en este caso, los derechos fundamentales de la persona.

¹³² Vid Barendt., Eric, 1985, *Freedom of Speech*, Oxford, UK, Clarendon Press, 190, un poco más allá, sostiene que hay aspectos de la vida privada de las figuras públicas que puede ser considerados como “speech” político en tanto den a conocer al público hechos relevantes para que éste evalúe su idoneidad para la función que ejerce o espera ejercer. Contra, Schauer, Frederick, 2000, “Can Public Figures Have Private Lives?”, en *Social Philosophy and Policy* 17, Cambridge, UK, 293-309, en que postula que es mejor que peor que la gente sepa acerca de la conducta sexual o ética del Presidente de Estados Unidos, fundado en que “el encubrimiento periodístico de información que algunos votantes podrían haber estimado relevante para decidir su voto”.

gozar los primeros de una menor protección a su vida privada sino debido a la naturaleza de un hecho o acto específico que permita ser calificado como de interés público.

Segundo argumento: *la menor vulnerabilidad de los personajes públicos para hacer frente a la prensa o para contrarrestar la información difundida.*¹³³

Este razonamiento ha sido especialmente controvertido tanto por la doctrina como por la jurisprudencia. Al resultar ya discutible en materia de honor, lo es del todo inoperante respecto del derecho a la privacidad. La objeción no puede estar mejor fundada en el voto de disenso del juez Brennan, quien afirmó:

*“[m]ientras el argumento de que las figuras públicas necesitan de menor protección dado que pueden convocar la atención de la prensa para contrarrestar la crítica puede ser cierta para alguna gente muy prominente, aún entonces es raro el caso en que el desmentido supere a la acusación original. Los desmentidos, retractaciones y correcciones no constituyen ‘noticias’ y en contadas ocasiones recibe la importancia de la historia original (...). En la gran mayoría de [juicios por] difamaciones que involucran a funcionarios públicos o figuras públicas, la capacidad de responder a través de la prensa dependerá de los mismos y complejos factores de los cuales depende la capacidad de respuesta de una persona privada: la circunstancia impredecible de que la prensa siga interesada en la historia”.*¹³⁴

Algunos autores coinciden en la impertinencia de este argumento respecto del derecho a la privacidad, aunque con otros fundamentos. Nimmer estima que la libertad de expresión está más en juego en una afirmación que dañe la reputación de otro que en una afirmación que dañe puramente la privacidad de la misma persona.¹³⁵ Se basa en que la cura para el daño hecho por proferir expresiones contra la reputación de una persona no se produce con menos “speech”, sino que con más “speech”.¹³⁶ Puesto que “la reputación que puede ser herida por afirmaciones falsas puede ser rehabilitada por expresiones posteriores que establezcan la verdad. Pero este argumento no se aplica a invasiones a la privacidad; cuando una publicación invade la privacidad, el daño se

¹³³ Expuesto en *Curtis Publishing Co. v. Butts*, 388 U.S. 130, 164 (1967), *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323, 344 (1974) y en STCE 192/1999, FJ 7.

¹³⁴ Aplicado en *Gertz v. Robert Welch* 418 U.S. 323, 363 (1974), opinión citada del juez Brennan en *Rosenbloom v. Metromedia, Inc.* 403 U.S. 29, 46 (1971).

¹³⁵ Nimmer, Melville B., 1968, “The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy”, en *California Law Review* 56, 961.

¹³⁶ *Withney v. California* 274 U.S. 357, 377 (1927) (voto concurrente del Juez Brandeis).

genera por el mero hecho de la publicación, y afirmaciones posteriores no pueden remediar el daño”.¹³⁷ En ciertos casos “[n]inguna cantidad de declaraciones posteriores puede curar el daño –la indignidad y humillación que emana de la publicación–. El hecho es que, a diferencia de la injuria emanada de la difamación, “más discurso” resulta irrelevante para mitigar el daño causado por una invasión a la privacidad”.¹³⁸

Mieres, luego de destacar “la capital importancia de una prensa libre en un sistema democrático”¹³⁹ observa que “debe notarse que, a diferencia del derecho al honor, la intimidad es un bien sumamente vulnerable, cuya afectación no se contrarresta con más discurso”,¹⁴⁰ pues quien ve revelada su vida privada queda inerme y “la palabra no ayuda a eliminar una lesión ya producida y si la toma para desmentir lo divulgado contribuye a darle privacidad y agrava, así el daño”.¹⁴¹

Tercer argumento: *Resulta relevante todo lo que pueda influir sobre la aptitud de un funcionario público para ejercer el cargo.*¹⁴²

La causal que en *New York Times* legitimaba la crítica hacia la conducta oficial se extendería en *Garrison v. Louisiana* a la vida privada de los funcionarios públicos. Desde el primer caso se proclamó que debía tutelarse el derecho a un libre flujo de información respecto de los funcionarios públicos, y en *Garrison* se dio el paso siguiente al afirmar que “cualquier cosa que pudiera tocar la aptitud funcionaria para el cargo resulta relevante”.¹⁴³

El problema que este argumento genera es que justifica cualquier denuncia sobre mala conducta o motivación incorrecta –sin importar cuán remota– resulta pertinente para juzgar la aptitud para el cargo público. Al final, cualquier cosa, puede estimarse que afecta o podría afectar el cumplimiento de un cargo público. El riesgo de que el sano principio de conocer los datos relevantes para juzgar la aptitud de una persona para presentarse o ejercer un cargo público se transforme en un juicio respecto de sus vicios privados. Reside en que “lo político” pueda ser entendido de tal modo que virtualmente cualquier activi-

¹³⁷ Nimmer, “The Right to...”, 961.

¹³⁸ *Ibid.*

¹³⁹ Mieres, Luis Javier, 2002, *Intimidad Personal y Familiar (Prontuario de Jurisprudencia Constitucional)*, Barcelona, Aranzadi, 70.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² Argumento sostenido en *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 74, 77 (1964). Asimismo, en STC 192/1999, FJ 7.

¹⁴³ *Ibid.*

dad humana se estime conectada –aunque de modo indirecto– con la formación de una opinión o preferencia que pueda incidir en la decisión del voto.¹⁴⁴

Respecto de la prensa, el riesgo consiste en que se arrogue atribuciones de las que ni siquiera goza el gobernante. En efecto, la autoridad ejerce su libertad tanto al dictar la legislación, administrar el gobierno y la justicia, como al tolerar el ejercicio de vicios morales que no dañen la convivencia, por ser ésta y no la vida privada de los gobernados, la esfera propia de la actividad del gobernante.¹⁴⁵ Los siguientes ejemplos siguen la línea conceptual de que el derecho persigue regular la convivencia humana, no los vicios privados. De ahí que constituya una regla general el que tanto la “auto-lesión” como “lo privado” estén fuera del alcance de la mano del derecho en tanto no dañe la convivencia. El consumo de droga, cualquiera sea el reproche ético que nos merezca, no puede ser objeto del derecho en tanto no afecte a “otro”, esto es, mientras sea consentidamente y en privado. Si concurre el “consentimiento del afectado” ¿por qué no basta por sí misma esta causal para justificar un daño, que es lo que hemos sostenido? Porque la circunstancia de que uno quiera infligirse daño no justifica la licitud jurídica de dañar a un tercero. Cuando tal consumo pueda producir un daño a “otro”, por ejemplo, en menores, el tema afecta entonces la convivencia.¹⁴⁶

¹⁴⁴ Sadurski, Wojciech, 1999, *Freedom of Speech and Its Limits*, London, Kluwer Academic Publishers, 22. Por otra parte, el que el principio de la democracia o autogobierno sirva de fundamento a la libertad de expresión no se sigue necesariamente una protección absoluta o fuerte de la misma, ya que “si la gente por sí mismo, actuando luego de una discusión exhaustiva y abierta, decide conforme a los procedimientos democráticos que algún tipo de expresión no será más tolerado, entonces no es ‘el gobierno’ el que está privando a los ciudadanos de nuestra libertad de expresión, sino que nosotros como ciudadanos, resolviendo qué normas de conducta prevalecerán dentro de la comunidad”, Bollinger, Lee, 1990, “The Tolerant Society: A Response to Critics”, en *Columbia Law Review* 90, New York, 50. Lo anterior consiste en que la idea de autogobierno supone también la idea de autorrestricción. En ello reside una de las ideas matrices del constitucionalismo. Contra, Schauer, Frederick, 1982, *Free Speech: A philosophical enquiry*, New York, Cambridge University Press, 40-41, quien sostiene que “cualquier [distinct] limitación en el poder de la mayoría, tal como el principio de la libertad de expresión, es por su naturaleza anti-democrático y anti-mayoritario”. No queda claro que si resulta compatible la idea de autolimitación con la idea de autogobierno, no resulte aceptable la autolimitación en materia de expresión. Además –argumenta Sadurski– “la libertad personal incluye la libertad de excluir algunas opciones futuras disponibles para uno”, 24, aunque luego matiza el argumento señalando que la autolimitación individual es distinta que la autolimitación colectiva dado que “para aquellos cuyas preferencias no coinciden con las de la mayoría, tal limitación no constituye una expresión de su opción autónoma”. El autor se contradice con lo dicho en página 18 en cuanto a que determinadas conductas deben ser restringidas aunque sientan padecer un daño por la restricción de su libertad de expresión.

¹⁴⁵ Millán-Puelles, Antonio, 1995, *El Valor de la Libertad*, Madrid, Rialp, 285.

¹⁴⁶ Igual parámetro debe aplicarse, a nuestro juicio, a las relaciones entre homosexuales. Ya Santo Tomás decía que aunque la ley prescribe sobre todas las virtudes, no lo hace “sobre todos los actos de todas las virtudes, sino únicamente sobre los [actos] ordenables al bien común”. *Summa Theol.* I-II, q. 96, a.3. Por lo que excluye los actos privados en tanto cuanto no sean referibles al bien común. Y

Sólo en la medida en que la vida privada dañe la convivencia –lo que ocurre cuando se daña a otro– deja de ser privada en cuanto tal conducta no puede seguir indemne frente al derecho. Si quiero blasfemar contra la humanidad en la soledad de mi habitación, no altero la convivencia. Si me aprovecho de la misma circunstancia para fabricar un arma destinada a ser empleada contra inocentes, hay amenaza seria e inminente a la convivencia social, y como ésta es objeto de la regulación del derecho y campo de acción de la autoridad cuando se ve alterada por cualquier amenaza grave de daño, mientras la conducta privada no produzca daño a otro, no puede ser objeto de regulación jurídica, y como no puede ser objeto de tal regulación, tampoco puede ser, en este caso, publicitado. De hacerlo, se produciría un daño a otro sin justificación. Pues lo que legitima el daño que implica quebrantar la privacidad de otro se justifica porque el acto ejecutado por ese otro dejó de estar protegido por la privacidad por haber causado un daño serio, actual o inminente. La violación a la privacidad de X, que se produce publicando lo dicho o hecho por X se justifica porque X generó el mismo una situación de amenaza cierta respecto de los derechos de otros.

Del mismo modo como el gobernante abusaría de su poder si exigiera para los ciudadanos un comportamiento éticamente irreprochable en todas sus dimensiones, incumpliría su deber si no prescribiera en la ley la obligación de no perjudicar el bien de otros, que constituye parte del bien común.¹⁴⁷ De ahí que si ni siquiera a los gobernantes corresponde efectuar un reproche ético de las conductas privadas –que no dañen la convivencia– con mayor razón no es posible atribuir dicha función a los medios de comunicación.¹⁴⁸

VI. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Aquino, Santo Tomás, *Summa Theol.* I-II, q. 96, a.3.

Barendt, Eric, 1985, *Freedom of Speech*, Oxford, UK, Clarendon Press.

éste, pensamos, se afecta gravemente cuando se daña a otro, y se daña a otro cuando se afecta en su esencia el derecho de ese otro, lo cual siempre ocurre, ya vimos, tratándose de cualquier intromisión o difusión del derecho a la privacidad.

¹⁴⁷ Millán-Puelles, *El Valor de...*, 296.

¹⁴⁸ Así como no puede prohibirse que la persona busque únicamente lo suyo (egoísmo), a menos que dañe a otro, tampoco puede exigirse que busque exclusivamente el bien de otros (generosidad). La exigencia jurídica debe traducirse en que la búsqueda del bien propio incluya el bien común. El objetivo de la convivencia es el bien de todos quienes conviven y este bien constituye el bien común. Esto demuestra que no hay libertad para abusar de la libertad, pues el que abusa de ella perjudica el goce de la libertad de quienes no abusan de ella, Millán-Puelles, *El Valor de...*, 263 y 297.

- Bertelsman, William O., 1968, "The First Amendment and protection of reputation and privacy—New York Times Co. v. Sullivan and how it grew, en *Kentucky Law Journal* 56.
- Bollinger, Lee, 1990, "The Tolerant Society: A Response to Critics", en *Columbia Law Review* 90, New York.
- Gatley, J.C.C., 1974, *Libel and Slander*, 7ª ed. (Robert Mc Ewen y Philip Lewis, edit.), London, Sweet & Maxwell.
- Kalven, Harry, 1964, "The New York Times Case: A Note on The Central Meaning of the First Amendment", en *1964 Supreme Court Review*, Washington D.C.
- Mieres, Luis Javier, 2002, *Intimidación Personal y Familiar (Prontuario de Jurisprudencia Constitucional)*, Barcelona, Editorial Aranzadi.
- Millán-Puelles, Antonio, 1995, *El Valor de la Libertad*, Madrid, Rialp.
- Nimmer, Melville B., 1968, "The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy", en *California Law Review* 56.
- Schauer, Frederick, 1982, *Free Speech: A philosophical enquiry*, New York, Cambridge University Press, New York.
- Schauer, Frederick, 2000, "Can Public Figures Have Private Lives?", en *Social Philosophy and Policy* 17, Cambridge, UK.
- Schauer, Frederick, 2003, "The Social Construction of Privacy", en (Craig L. LaMay, Ed.) *Journalism and the Debate Over Privacy*, New Jersey, Lawrence Erlbaum Associates, Inc.
- Sooper, Samuel, 1976, "The First Amendment Privilege and Public Disclosure of Private Facts", en *Catholic University Law Review* 25, Washington D.C.
- Page Keeton, William, 1984, *Prosser and Keeton on Torts*, St. Paul, Minnesota, West Publishing Co.
- Pember, Don, y Teeter, Dwight, "Privacy and the press since Time Inc. v. Hill", en *Washington Law Review* 50.
- Pizarro, Ramón Daniel, 1999, *Responsabilidad Civil de los medios masivos de comunicación*, Buenos Aires, Hammurabi.
- Prager, Eileen Carroll, 1978, "Public Figures, Private Figures and Public Interest", en *Stanford Law Review* 30, California.
- Prosser, William L., 1960, "Privacy", en *California Law Review* 48.
- Sadurski, Wojciech, 1999, *Freedom of Speech and Its Limits*, London, Kluwer Academic Publishers.

Soria, Carlos, 1997, *El Laberinto Informativo: Una Salida Ética*, Pamplona, EUNSA.

Warren, Samuel, y Brandeis, Louis D., 1890, “The Right to Privacy”, en *Harvard Law Review* 4.

Zavala de González, Matilde, 1996, *Resarcimiento de Daños. Daños a las personas*, Buenos Aires, Hammurabi.