

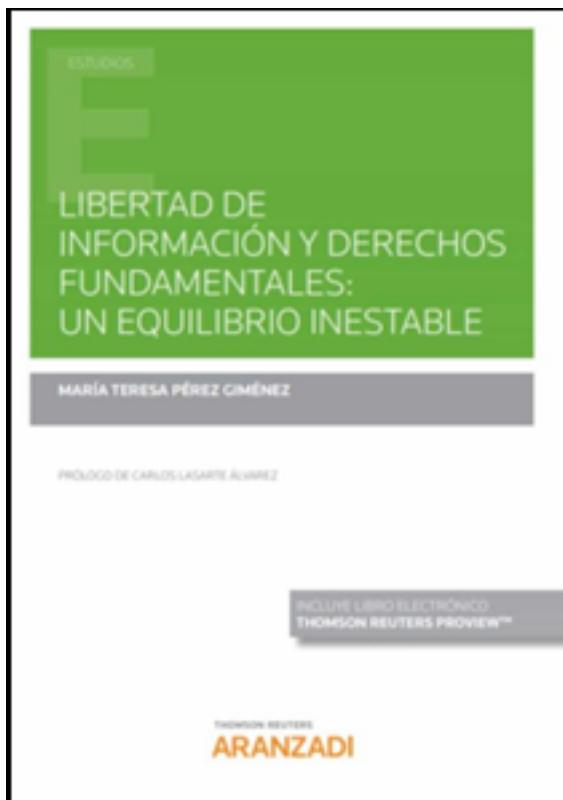
**Pérez Giménez, M. T. (2021). *Libertad de información y derechos fundamentales: un equilibrio inestable* (prólogo de Carlos Lasarte). Aranzadi, 215 p.**

Araceli Donado Vara<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Universidad Nacional de Educación a Distancia , España

Cómo citar:

Donado Vara, A. (2022). Pérez Giménez, M. T. (2021). *Libertad de información y derechos fundamentales: un equilibrio inestable* (prólogo de Carlos Lasarte). Aranzadi, 215 p. *Revista Estudios Jurídicos*, Segunda Época, 22, e7601. <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/7601>



Esta obra que me complace reseñar de la Profesora María Teresa Pérez Giménez, y cuya atenta lectura recomiendo, trata un tema que en pleno siglo

XXI y con las nuevas tecnologías está de plena actualidad por todas las implicaciones que conlleva, pero, sobre todo, por los límites que plantea, las controversias, las *sfumaturas*, las luces y las sombras, y por la necesaria adaptación de los conceptos -clásicos- a las nuevas realidades actuales. Un tema muy interesante abordado de una manera completa, detallada, con una redacción tan clara, ágil y en un formato tan bien presentado, que anima al lector a seguir leyendo y pasando las páginas de la obra que tenemos en nuestras manos.

La Profesora Pérez Giménez, Profesora Titular de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Jaén, presenta esta monografía titulada *Libertad de información y derechos fundamentales: un equilibrio inestable*, de la editorial Aranzadi, que, como vemos, ya el propio título es lo suficientemente sugerente como para interesarnos por su contenido. La obra se divide en una Introducción, un Prólogo, redactado por mi querido Maestro el Prof. Carlos Lasarte Álvarez, y cuatro capítulos bien estructurados, perfectamente redactados e hilvanados que iremos desgranando en las siguientes líneas, y que cada uno de ellos lo cierra un epígrafe relativo a la bibliografía consultada en el concreto capítulo. Esta idea nos parece muy acertada ya que al lector se le facilita la búsqueda del autor citado en cada capítulo, y su rápida ubicación en el texto. Cierra el texto un completo epígrafe de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo manejada en la obra.

La autora se plantea una cuestión primordial en el primer capítulo “La Ley 1/1982, ¿una Ley para el siglo XXI?”. Esta interesante pregunta es fundamental en el tema que analiza a lo largo de esta obra. En 2022, esto es, cuarenta años después de la publicación de la Ley 1/1982 es necesario valorar, y es lo que analiza la autora en este capítulo, de un modo minucioso y detallado, su vigencia, su posible modificación, adaptación de la norma a la sociedad actual en la que nos encontramos, así como a los medios tecnológicos y telemáticos actuales, sobre todo, la llegada -para quedarse- de internet, y toda la problemática que surge entre los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del artículo 18 CE, y que fueron objeto de desarrollo normativo en la mencionada Ley Orgánica de 1982, que limitan el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información, garantizados en el artículo 20 de la CE. El ejercicio de estas libertades deberá respetar los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución, entre los que están, y muy especialmente, los derechos fundamentales del artículo 18 CE. La libertad de expresión estaría relacionada en palabras de la Dra. Pérez Giménez “con el derecho a expresar y a difundir

libremente pensamientos, ideas y opiniones de manera escrita, oral o por cualquier otro medio de reproducción”, y la libertad de información habría que identificarla con “el derecho a dar y recibir libremente información veraz a través de cualquier medio de difusión”. Ahora bien, esta aparentemente “sencilla” distinción, tal y como sostiene la autora, en la práctica no siempre es tan fácil diferenciarlas, ya que “ninguna de las dos se da en un estado absolutamente aséptico” (p. 28). Analiza detenidamente el conflicto que se plantea entre la libertad de información y los derechos fundamentales del artículo 18 CE. Deben darse dos requisitos para la prevalencia del derecho a la información: la condición de veracidad y que su contenido se desenvuelva en el marco del interés general. Si se dan estos dos requisitos será posible que a los que afecte lo soporten en aras al conocimiento general y del interés de la comunidad. En caso de posible colisión de derechos, o de vulneración en el ejercicio de la libertad de información, si se vulneran los derechos al honor, intimidad personal o familiar y propia imagen, deberán ponderarse los intereses en el litigio para valorar y establecer, según el caso en concreto, y las circunstancias del supuesto en cuestión, cuál de ellos merece mayor protección. Cuestión y decisión ésta que compete al órgano judicial que deba valorar el caso concreto y asegurar el ponderado equilibrio de las posiciones en juego. Para ello, nuestros tribunales siguen los diversos criterios que el Tribunal Constitucional ha ido perfilando en las distintas resoluciones en las que aborda conflictos de esta naturaleza, esto es, cuándo debe prevalecer la libertad de información. La libertad de información es necesaria, claro está, pero no a cualquier precio, ni ejercida de manera ilimitada y absoluta, sino dentro de ciertos límites y con arreglo al principio de proporcionalidad: por tanto, la información tiene que ser veraz; tiene que ser relevante para la formación de la opinión pública y la forma en la que la información se transmite debe ser adecuada a su relevancia, siempre que se lleve a cabo por parte de profesionales de la información y discurra a través de medios de comunicación institucionalizados.

Estas cuestiones, así como sus matices, serán estudiadas con sumo detalle y cuidado en este capítulo. Ahora bien, existirá una intromisión ilegítima según los artículos 7 y 8 de la LO 1/1982, que serán analizados por la Prof<sup>a</sup>. Pérez Giménez de manera minuciosa y distinguiendo las posibles y específicas intromisiones ilegítimas de cada uno de los tres derechos fundamentales del artículo 18. La autora considera que la lista enumerada en el artículo 7 LO 1/1982, siguiendo a la mayoría de los autores, es abierta y ejemplativa, sobre todo porque los avances tecnológicos son muy rápidos, y cada vez aparecen distintas posibles formas de agresión a estos derechos que requerirían de una adaptación constante de la norma. En cuanto al derecho al honor, se

trata de un concepto jurídico indeterminado, que no está definido en ninguna norma, ni en la CE ni en la LO 1/1982 que lo desarrolla. Influye tanto la sociedad de cada momento, como la concepción y propia valoración del individuo. Podremos entender que las ofensas y ultrajes que atentan contra los valores y la reputación, y que puedan suponer descrédito, humillación o menoscabo atentan contra el honor. El honor sería un límite a la libertad de información, y en la LO 1/1982 se establecen distintas conductas que atentan contra este derecho: lesionan la dignidad de la persona. Las expresiones y declaraciones verbales o escritas que pretenden el descrédito y van contra la fama de una persona, no estarían protegidas por la libertad de expresión. En el ámbito civil estaría protegido, pero también en materia penal, con el delito de calumnias e injurias. Son necesarios tres requisitos para que una información no contravenga ni el derecho al honor, ni la intimidad: la veracidad, la ausencia de expresiones insultantes y la relevancia pública de la noticia. El derecho a la intimidad tampoco está definido en nuestros textos legales, aunque la LO 1/1982 recoge cuando existe una intromisión ilegítima a este derecho. Podríamos entender que la intimidad es la parcela o ámbito privado, íntimo y reservado de una persona o de su familia, que no quiere dar a conocer. Aquí no es determinante la veracidad de la información, la intromisión se dará si se publican hechos pertenecientes a la intimidad de la persona o de su familia en contra de su voluntad. Habrá que valorar si se trata de personas con notoriedad pública, aunque también habrá parcelas de su vida íntima que deberán respetarse; los posibles espacios públicos y su protección aún en estos casos; y los propios actos de la persona en cuestión que haya podido exponer previamente, en palabras de la autora “el velo de la intimidad que ha sido voluntariamente levantado”, ahora bien, puede haber otros datos que desee mantener en la intimidad y que no sean publicados o revelados. Finalmente, el derecho a la imagen tampoco es definido en ninguna norma, aunque podemos entender que es la facultad que tiene el titular de disponer de la representación de su aspecto físico que permita que otros le identifiquen, y posibilita determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. Faculta al titular de este derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero si no cuenta con su consentimiento expreso, con independencia de la finalidad que tenga el que la capta, pero especialmente en caso de existir una finalidad únicamente lucrativa o para generar un beneficio económico. Dependerá también de si se trata de un personaje público, se analiza si es en un lugar abierto o no, y también si realiza una actividad privada aun en un lugar abierto al público, ahí deberá contar también con el consentimiento expreso de la persona en cuestión. Se estudia también la utilización tanto de la imagen,

como de la voz y del nombre de una persona para fines publicitarios. Con la autorización legal o con el consentimiento expreso del titular del derecho una intromisión ilegítima no lo será. Cuestiones todas estas que serán analizadas minuciosamente por la autora, completando su estudio con sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional que han ido perfilando y dotando de contenido los tres derechos fundamentales recogidos en el artículo 18 CE. Tras este análisis pormenorizado la Dra. Pérez Giménez propone una modificación o revisión de algunas cuestiones de la LO 1/1982 ya que los tribunales deberían proteger el derecho a la imagen frente a la libertad de información, por ejemplo, ante supuestos de cámaras ocultas, teleobjetivos o dispositivos ocultos, que privan a la persona del derecho a decidir, ya que la persona desconoce que está siendo grabada. Además, en la nueva regulación o modificación en la LO 1/1982, para la Prof<sup>a</sup>. Pérez Giménez sería deseable una reglamentación individual de los tres derechos fundamentales, y no una consideración unitaria de los mismos, que permitiría a los tribunales la labor de indagación y evitaría interpretaciones contradictorias y distintas. Finalmente, en este capítulo se estudian los diferentes mecanismos judiciales de protección de los tres derechos fundamentales, a través de los siguientes procedimientos: vías procesales ordinarias; procedimiento sumario y preferente del 53.2 CE; posible recurso de amparo ante el TC, una vez agotadas las vías ordinarias. En cuanto a las medidas que se pueden adoptar, la autora destaca la acción de cesación, la acción de abstención, el restablecimiento del perjudicado, el derecho a rectificar previo pero también compatible con las acciones civiles o penales; la acción de rectificación; las medidas cautelares, las acciones indemnizatorias, con especial referencia al daño moral. También se estudian los plazos y la legitimación activa para interponer las diferentes acciones estudiadas.

El capítulo segundo “Protección del derecho al honor, intimidad y propia imagen de menores e incapaces”, analiza de una manera pormenorizada la especial protección que hay que dispensar a estas personas: los menores de edad, y los incapaces, debido a la vulnerabilidad en la que se encuentran. Especial atención debe prestar tanto el legislador al promulgar sus normas y leyes, como los jueces y magistrados en su actuación judicial, que deberán garantizar el principio del interés superior del menor, que deberá ajustarse al caso y circunstancias concretas del menor en ese caso concreto, valorando sus necesidades personales y el contexto. Los menores e incapaces podrán prestar su consentimiento, según el art. 3 LO 1/1982, lo que excluiría la responsabilidad ante esa posible intromisión ilegítima, ahora bien, habrá que ver las condiciones de madurez y grado de desarrollo del menor o incapaz, ya que en algunos casos concretos, y debido a su madurez podrían prestarlo

por ellos mismos. Sin embargo, para los restantes casos, el consentimiento lo otorgarán por escrito sus representantes legales, que previamente lo pusieron en conocimiento del Ministerio Fiscal, y si este se opusiere, resolverá el Juez. Analiza los requisitos para que el consentimiento así prestado sea eficaz, y para qué actos concretos se presta el consentimiento. Estudia también la Profa. Pérez Giménez la especial consideración de los menores emancipados, y si se les aplica el art. 4 LO 1/1996 que presta una especial protección a los menores, sin distinguir entre menores y menores no emancipados, o si, por el contrario, se les aplican las normas generales por estar más próximos a la regulación de la mayoría de edad. El art. 4 de la LO 1/1982 considera una intromisión ilegítima cualquier utilización de la imagen o del nombre en medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, así como la difusión de información que suponga una intromisión en su intimidad o contraria a sus intereses incluso constando el consentimiento del menor o de sus representantes legales, interviniendo el Ministerio Fiscal ante cualquier intromisión ilegítima. Para la autora, el legislador en su momento no pudo ni siquiera sospechar los avances tecnológicos que vendrían un par de décadas después y de como internet y las redes sociales pueden ser un verdadero peligro para un menor de edad, incluso para los emancipados, por lo tanto, considera, y con razón, que si el legislador lo hubiera intuido, previsto o tenido en mente -pero era impensable en 1982 esos grandísimos cambios y avances tecnológicos- lo habría incluido. Por tanto, extiende al menor emancipado esta protección no tanto por un problema de falta de capacidad, que se presume, sino más bien por tratarse de una norma que protege al menor de sí mismo, a pesar de comprender lo que realiza, por lo que pese al consentimiento, podría sostenerse la existencia de una intromisión ilegítima y podría intervenir el Ministerio Fiscal defendiéndole, para proteger su interés. En cuanto a los menores con discapacidad, la protección en este caso debe ser mayor, recibiendo asistencia concreta y adaptada a su especial necesidad para que sea conocedor, y lo comprenda en función de su edad y situación concreta. Diversas son las normas relativas a la protección de las personas con discapacidad analizadas en el texto, marcando el límite de lo inadmisible el art. 3 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con discapacidad, de 2006 (respeto a la dignidad, la inclusión efectiva en la sociedad, el respeto por la diferencia, el respeto a la evolución de sus facultades, a preservar su identidad...), y serán intromisiones intolerables las que afecten a su honor, intimidad, imagen y además puedan provocar su discriminación.

Los menores se desenvuelven también en internet, por lo que allí deberán ser protegidos, adaptando la protección a cada etapa evolutiva, para que se

les permita actuar con seguridad, identificando los riesgos del uso de las nuevas tecnologías. En el entorno digital hay muchos peligros, pudiendo a través de canales, aplicaciones y plataformas acceder a datos, fotos y vídeos de los menores, dando lugar a ciber acoso y diferentes peligros tales como: phishing, malware, sexgrooming... Para la Prof<sup>a</sup> Pérez Giménez todos estos peligros en los cuales pueden verse inmersos los menores en los medios de comunicación e internet deberían hacernos reflexionar sobre la necesidad o no de un replanteamiento, dado que el nuevo contexto es inédito. Los menores son nativos digitales y está claro que deben desenvolverse en las redes sociales e internet, ahora bien, el profesional de la comunicación debería verse obligado a un código de autorregulación, para su ética profesional. Las redes son un escenario idóneo para la vulneración de los derechos al honor, intimidad e imagen, y hay que valorar si nuestra legislación permite la protección con medios adecuados para la defensa de los mismos, en especial de los menores, ya que hay que recordar que hace cuarenta años cuando fue promulgada la LO 1/1982, y otras más recientes, las nuevas tecnologías no tenían el desarrollo, impacto y uso generalizado que tiene hoy en día. La Dra. Pérez Giménez resume perfectamente la problemática que se nos plantea en estas cuatro ideas: las redes sociales están en un mundo globalizado y los menores acceden a ellas, y tienen una libertad que lógicamente no tienen por su edad; los menores inconscientemente van cediendo sus datos e información en sus redes sociales; ellos son los que deberían tener el cuidado y vigilancia, pero en muchos casos no hay límites y ellos no vislumbran los posibles peligros; se está produciendo un cambio en el concepto de lo que es “íntimo”, sobre todo por parte de los menores. Finalmente, la autora estudia si la normativa con la que contamos actualmente es suficiente para proteger a los menores en las redes sociales e internet, y el cambio del concepto clásico de intimidad y la protección de datos en el ciberespacio. Hay que considerar por tanto el peligro que tiene que un menor hoy vuelque en internet -por inmadurez, o por desconocimiento de lo que pueden ser datos relativos a su intimidad- toda una serie de datos, tanto personales como de otro tipo, como deportivos, políticos, sexuales o religiosos, que el día de mañana podrían provocarle toda una suerte de daños o problemas por esa mala gestión de su información. El concepto de intimidad “clásico” ha dado lugar a un nuevo concepto el de “intimidad informática o digital”, relativo a la protección del individuo frente a la recogida, almacenamiento, utilización y transmisión de datos personales.

La autora aborda en el capítulo tercero, “Protección de datos y libertad de información”, toda la problemática existente en el derecho a la libertad de expresión y de información, ya que prácticamente no existen límites materiales a la comunicación, y se produce una fragilidad en otros derechos por complejos

sistemas de control de datos: sobre todo el derecho a la intimidad y a la privacidad, y además los derechos al honor, intimidad e imagen. Valora Pérez Giménez cómo se limita la libertad de información, pero en un ámbito totalmente diferente y más evolucionado del original para el que fueron pensados y regulados. Por lo que analiza cómo debe desarrollarse la actuación del periodismo y de los medios de comunicación hoy en día, y cómo les afecta la nueva regulación de la protección de datos. Se presentan los principios del nuevo marco europeo para la protección de datos, analizando el concepto y el contenido de ese derecho y cómo afecta a la información y cómo el Tribunal Constitucional ha abordado y resuelto esta materia, distinguiéndola del derecho a la intimidad. En concreto, la STS de 30 de noviembre de 2000 que estudia los puntos en común y las diferencias entre el derecho a la intimidad y la protección de datos. El Reglamento UE 2016/679, que entró en vigor el 25 de mayo de 2016, siendo aplicado de manera completa en 2018, regula la protección y vela por el correcto tratamiento de los datos personales de los usuarios permitiendo su libre circulación en la Unión Europea. Para adaptar el Reglamento a la normativa española, se ha promulgado la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que sustituye la anterior LO 15/1999, de 5 de diciembre, de protección de datos personales, que transpuso a nuestro Derecho a la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta LO de 1999 a su vez reemplazó la LO 5/1992, de 29 de octubre, reguladora del tratamiento automatizado de datos personales, conocida como LORTAD. Esta LO de 1992 fue el origen de la concreción y desarrollo del derecho fundamental de protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales. La Prof<sup>a</sup> Pérez Giménez analiza el Reglamento Europeo y la LO de 2018 de un modo exhaustivo y completo, centrándose en especial en los clásicos derechos de acceso, rectificación, cancelación y supresión que se completan con los derechos de supresión -también conocido como derecho al olvido-, oposición a la elaboración de perfiles, limitación del tratamiento y portabilidad de datos; la importante cuestión de la obtención del consentimiento, y la inadmisión actual del silencio o que sea tácito, porque el titular de los derechos no se oponga expresamente al mismo; la novedosa figura clave en el Reglamento del delegado de protección de datos (persona física o jurídica, responsable de supervisar de manera independiente el respeto de las normas sobre protección de datos, por tanto el garante del cumplimiento de la nueva normativa) que será la persona ante la que los interesados contactarán por todo lo relativo al tratamiento de sus datos personales y al ejercicio de

sus derechos, o la reclamación previa antes de presentarla ante la AEPD o las autoridades autonómicas; limitaciones; códigos de conducta; régimen sancionador; personas fallecidas; AEPD; Comité Europeo de Protección de Datos... Desarrolla los nuevos derechos digitales recogidos en la LO 3/2018: el derecho de acceso universal; el derecho de neutralidad; derecho a la educación digital; derecho a la protección de los menores; derecho a la intimidad en diversos ámbitos tales como: en el uso de dispositivos digitales, o frente al uso de dispositivos de videovigilancia, o ante la utilización de sistemas de geolocalización; derecho de rectificación en internet. Analiza varias decisiones europeas del TEDH y el TJUE en las que se permite la limitación de un derecho fundamental, en concreto, la protección de datos de carácter personal, en caso de darse una serie de requisitos que permitirían -realizando un ejercicio de ponderación equilibrado- la prevalencia de la libertad de información.

Finalmente, en el capítulo 4, “El derecho al olvido digital en los medios de comunicación”, se centra la Prof<sup>a</sup>. Pérez Giménez en este tema tan importante en nuestros días y tan controvertido, el “derecho de supresión” del Reglamento europeo. El conocido como derecho al olvido está directamente vinculado a la protección de datos personales, y es un derecho que permite que la información se olvide y sea olvidada. La jurisprudencia ha ido perfilando la figura y diversas son las dudas e incógnitas que surgen tras su estudio, y que la autora plantea y va resolviendo a lo largo de este interesante capítulo. Los datos podrán suprimirse según establece el art. 17 del Reglamento en varios supuestos: que los datos ya no sean necesarios; que el interesado retire el consentimiento en que se basa el tratamiento; que el interesado se oponga al tratamiento y no haya otros motivos legítimos para el mismo; que los datos fueron tratados ilícitamente; que los datos deban suprimirse en cumplimiento de una obligación legal; y que los datos se obtuvieron de una oferta de servicios de la sociedad de la información, en caso de menores de dieciséis años. Para Pérez Giménez en este caso se da un paso más allá de la cancelación, ya que en el ámbito digital con este derecho de supresión y al olvido se pretende que los datos desaparezcan y no dejen rastro en la red, por diversos motivos, por ejemplo, porque la información es obsoleta, porque se entiende que atenta contra el honor, la intimidad o la propia imagen. No se trata de que se bloquee y se conserve la información, sino se pretende el borrado permanente y definitivo de los datos personales para que no aparezcan en las búsquedas de internet. Habrá por tanto diversos supuestos en los cuales el derecho al olvido estará limitado: para ejercer los derechos a la libertad de información y expresión; para el cumplimiento de una obligación legal, o si se trata de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos conferidos al responsable; por razones de interés público en el ámbito de la salud pública; con

fines de archivo en interés público, fines de investigación científica histórica o estadística si se obstaculizara o hiciera imposible el logro de los objetivos de dicho tratamiento; y para la formulación, ejercicio o defensa de reclamaciones. Analizará de una manera pormenorizada y exhaustiva la polémica STJUE de 12 de mayo de 2014, precursora de esta cuestión, conocida como sentencia del caso Google. Además, estudiará el contenido y definición del derecho al olvido en el Reglamento y en la LO 3/2018, y los límites a su ejercicio en las sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, que han ido perfilando y delimitado la materia, sobre todo, la sentencia del Tribunal Constitucional de 4 de junio de 2018 en la que se pronuncia por primera vez sobre el derecho al olvido.

En conclusión, y después de leer esta obra, estamos de acuerdo con la autora, Prof<sup>a</sup> María Teresa Pérez Giménez, en que nuestros tribunales se irán enfrentando cada vez a mayores conflictos y controversias relacionadas con las nuevas tecnologías, sobre todo, en internet, donde se generarán multitud de problemas como ha tenido ocasión de analizar de un modo pormenorizado y meticuloso la autora a lo largo de esta importante, completa y magnífica monografía. La autora ha ido arrojando luz sobre muchas cuestiones sombrías y oscuras que ya están surgiendo y que lo seguirán haciendo en los próximos años. Ahora bien, para esta tarea, lógicamente, se hace preciso, como destaca la autora, que nuestro legislador revisite nuestros textos legales para adaptarlos a la nueva sociedad y a nuestro mundo globalizado, digitalizado, donde las amenazas, problemas y choques entre los diferentes derechos y libertades se están produciendo, y lo seguirán haciendo. Se hace necesario que el legislador las defina, contemple, regule y limite, en definitiva, les dé una solución actual y acorde a los tiempos actuales, para proporcionar a los jueces, a los aplicadores del Derecho y a la sociedad, esas herramientas legales con las que gestionar y resolver las controversias.