

¿SE PUEDE LESIONAR A OTRA PERSONA MEDIANTE UNA OBRA CREATIVA? REFLEXIONES INSPIRADAS POR LA STC 51/2008, DE 14 DE ABRIL

Can anyone be damaged by a creative work? Thoughts inspired by a Judgment of the Spanish Constitutional Court

Antonio José Quesada Sánchez
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga
aqs@uma.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp31-45](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp31-45)

Recibido: 01.09.2019
Aceptado: 21.11.2019

Resumen

Las lesiones de los derechos fundamentales al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen causadas por el ejercicio de las libertades públicas de expresión o de información están a la orden del día. Más extrañas resultan las lesiones de estos derechos como consecuencia del ejercicio de la libertad de creación. Queremos ejemplificar con el caso resuelto por la STC 51/2008, de 14 de abril, sobre el que reflexionaremos para atender a los aciertos y desaciertos de dicha Sentencia, la primera que se ocupa en nuestro país de estas colisiones que nos interesan y que, por ello, nos resulta especialmente relevante.

Palabras clave

Creación, honor, intimidad, conflicto.

Abstract

Damages caused to fundamental rights like honor, privacy and self-image by the exercise of public freedoms of expression or information are very usual. More

unusual are the damages to these rights as a result of the exercise of freedom of creation. We want to research about this problem. We want to exemplify with the case resolved by the Judgement of the Spanish Constitutional Court 51/2008, April 14, the first about this problem in Spain.

Keywords

Creation, honor, privacy, conflict.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA STC 51/2008, DE 14 DE ABRIL. 1. *Hechos*. 2. *Cuestiones a tener en cuenta (I): la libertad de creación como libertad con entidad propia*. 3. *Cuestiones a tener en cuenta (II): argumentación de la Editorial*. 4. *Cuestiones a tener en cuenta (III): la resolución del caso*. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

Son frecuentes las lesiones de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (reconocidos en el artículo 18 de la Constitución española, CE) causadas por el ejercicio de las libertades de expresión o de información (reconocidas en el artículo 20 CE). Hay bastantes ejemplos disponibles de trabajos científicos que tratan estos supuestos y de Sentencias de nuestros jueces y tribunales que resuelven estos conflictos.

Más extrañas resultan, en nuestro imaginario jurídico, las lesiones de estos derechos como consecuencia del ejercicio de la libertad de creación (comentarios insertos en una novela, por ejemplo, en una obra de teatro o en una viñeta de un humorista; el propio Fundamento de Derecho Quinto de la Sentencia que estudiaremos lo trata).

La libertad de creación es una libertad que, aunque en teoría corresponde a cualquier persona, solamente ejercitan aquellos que entienden que mediante la actividad creativa desarrollan su personalidad, pues no todas las personas sienten inquietudes creativas¹. Conforme a la Constitución (artículo 10.1), el libre desarrollo de la personalidad es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Gracias a él, el individuo es dueño de su propio proyecto vital: puede decidirlo, cambiarlo o, incluso, no tenerlo², sin que existan impedimentos para ello (más allá de los límites generales, como el respeto de la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad de los demás, el respeto a la Ley y el respeto a los derechos de los demás³)⁴.

¹ Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978* (UPV-Dykinson, 2006), 108.

² Gregorio Robles Morchón, «El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)», en *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución* (Luis García San Miguel, Coordinador) (Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 1995), 48-49.

³ Gregorio Robles Morchón, «El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)», cit., 54-59. Sobre esos límites, con detalle, Luis Martínez de Castro, *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado* (Civitas-Thomson Reuters, 2010), 45-122.

⁴ Vid. STC 184/1990, de 15 de noviembre (sobre ella, Lucas Osorio Iturmendi, «comentario al artículo 10» en *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal*

En este marco se debe ubicar la libertad de creación. Así lo haremos, ejemplificando con el caso resuelto por la esencial STC 51/2008, de 14 de abril⁵, primera que trata estas colisiones con detenimiento, y que, por ello, resulta esencial (habrá otras Sentencias interesantes, como las SSTC 99/2002, de 6 de mayo y, sobre todo, 34/2010, de 19 de julio).

II. LA STC 51/2008, DE 14 DE ABRIL

1. *Hechos*

La STC 51/2008, de 14 de abril, implica un antes y un después en nuestro tema de estudio, en la medida en que define por primera vez la libertad de creación literaria y la separa de las libertades de expresión y de información⁶. Recordemos los hechos y el *iter* procedimental seguido hasta llegar al TC. Los hechos son descritos en los Antecedentes de la Sentencia (y en sus Fundamentos Jurídicos 1 y 2): en 1996 el escritor Manuel Vicent publicó su novela «Jardín de Villa Valeria». En la primera edición podía leerse el siguiente párrafo: «Bajo los pinos había jóvenes que luego se harían famosos en la política. El líder del grupo parecía ser Pedro Ramón M., hijo de María M., un tipo que siempre intervenía de forma brillante. Era catedrático de industriales en Barcelona, aparte de militante declarado del PSOE. Tenía cuatro fobias obsesivas: los homosexuales, los poetas, los curas y los catalanes. También usaba un taparrabos rojo chorizo, muy ajustado a las partes. Solía calentarse jugueteando libidinosamente bajo los pinos con las mujeres de los amigos para después poder funcionar con la suya como un gallo».

La viuda de la persona mencionada en el texto interpuso en 1997 demanda civil contra el autor del libro y contra la editorial, por considerar que el pasaje citado constituía una lesión en el honor y en la intimidad personal y familiar de su marido. El **Juzgado de Primera Instancia número 40 de Madrid** desestimó la demanda en Sentencia 10-12-1997, argumentando que el citado pasaje no tenía entidad para ser considerado una intromisión ilegítima, ya

Constitucional, Antonio Jiménez Blanco, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1993, 49). Sobre el tratamiento dispensado por el TC, vid. Luis Martínez de Castro, *El principio de libre desarrollo de la personalidad...*, 41-44 y Emilia María Santana Ramos, «Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014, 99-113.

⁵ Publicada en BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2008.

⁶ En este sentido, José Ramón de Verda y Beamonte, «Libertad de creación literaria y protección *post mortem* del derecho al honor. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril», *Diario La Ley*, 2009-1, D-9, número 7090, 1299.

que se contenía en una novela, tipo de trabajo que relata hechos ficticios, y se pretendía representar a toda una generación.

La Sentencia fue recurrida y la **Sentencia AP Madrid (Sección 9ª) 22-9-2000** la revocó, al reconocer que había lesión del derecho al honor del protagonista. Se consideró que las expresiones polémicas debían interpretarse en el marco de un texto creativo, pero interpretó que eran innecesarias para el cumplimiento de las finalidades creativas del mismo, por lo que entendía que implicaban un menosprecio y descrédito en la consideración social del afectado. Por ello, condenó al autor del libro y a la editorial a indemnizar a la demandante en la cuantía que se determinara en ejecución de la Sentencia, así como a suprimir las referencias al lesionado, a publicar el fallo en el diario «El País» y a pagar las costas de la primera instancia.

Los demandados y apelados interpusieron recurso de casación ante el Tribunal Supremo, y la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (**STS 12-7-2004**⁷) casó y anuló la Sentencia de apelación, confirmando la dictada en primera instancia. El TS destaca que lo que más resalta en el texto (por cierto, inserto en una novela), es el carácter de líder del personaje y su personalidad brillante, mientras que otros extremos más secundarios como sus fobias y sus juegos eróticos no pueden ser considerados objetivamente como atentatorios para el honor. El TS casa la sentencia de apelación, y a continuación **se demanda en amparo ante el TC**. Será la STC 51/2008, de 14 de abril, la que resuelva el caso (sus Antecedentes 3 a 22 permiten conocer las argumentaciones de las partes y del Fiscal).

Valoremos las diversas cuestiones sugerentes que se derivan de esta Sentencia.

2. *Cuestiones a tener en cuenta (I): la libertad de creación como libertad con entidad propia*

El primero de los temas que se aclaran en la Sentencia es el de **la libertad que está en juego**, en posible colisión con el derecho al honor. En el artículo 20 CE se alude, entre otras, a tres libertades básicas para una sociedad democrática, diferentes y con entidad y finalidad propias, por lo que los choques que se producen con las mismas exigen respuestas propias y diversas: la libertad de expresión, la libertad de información y la libertad de creación. No siempre han sido adecuadamente diferenciadas (en el Antecedente 3 de la Sentencia se aclara cómo la propia demandante parece no tener clara la diferenciación), y esta Sentencia es bastante pedagógica sobre la cuestión.

⁷ RJ/2004/4670.

El Ministerio Fiscal está en lo cierto (Antecedente 6), y será el Fundamento Jurídico Quinto de la Sentencia el que detalle cómo el TC ubica adecuadamente la cuestión: «... el hecho de tratarse de un fragmento de una novela que cuenta con diversas ediciones permite encuadrarlo sin ningún género de dudas en este derecho fundamental específico (*derecho a la producción y creación literarias*), reconocido en la letra b) del art. 20.1 CE junto a la producción y creación artística, científica y técnica». Y continúa la argumentación en el siguiente párrafo: «Así, el objetivo principal de este derecho es *proteger la libertad del propio proceso creativo literario*, manteniéndolo inmune frente a cualquier forma de censura previa (art. 20.2 CE) y protegiéndolo respecto de toda *interferencia ilegítima proveniente de los poderes públicos o de los particulares*. Como en toda actividad creativa, que por definición es *prolongación de su propio autor* y en la que se entremezclan impresiones y experiencias del mismo, la creación literaria da nacimiento a una nueva realidad, que se forja y transmite a través de la palabra escrita, y que no se identifica con la realidad empírica. ***De ahí que no resulte posible trasladar a este ámbito el criterio de la veracidad, definitorio de la libertad de información, o el de la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, o el de la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre***».

En el último párrafo del Fundamento Jurídico Quinto aplica la argumentación al caso: «En el presente supuesto ***el carácter literario de la obra*** en la que se inserta el pasaje litigioso está fuera de toda duda. Aunque en la misma se hace referencia a personajes, lugares y hechos reales, *el género novelístico de la obra y el hecho de no tratarse de unas memorias impiden desconocer su carácter ficticio y, con ello, trasladar a este ámbito las exigencias de veracidad propias de la transmisión de hechos y, por lo tanto, de la libertad de información*. Es más, la propia libertad de creación literaria ampara dicha desconexión con la realidad, así como su transformación para dar lugar a un universo de ficción nuevo. En el caso concreto de la novela aquí analizada, las referencias a la generación a la que pertenece el personaje aludido en el pasaje litigioso y a su evolución durante la etapa de la transición política *es evidente que no pretenden ser fidedignas, sino que pueden requerir de recursos literarios, como la exageración para cumplir la función que se persigue en la obra. Todo ello encuentra en el derecho a la creación literaria una **cobertura constitucional***». Este modo de argumentar nos parece muy acertado.

El tratamiento que se concede a la cuestión en la Sentencia nos parece bastante acertado, a la hora de **ubicar la libertad de creación** en el seno del artículo 20 CE. Su ejercicio no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa, y el apartado cuarto añade que «estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los

preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

No es fácil encontrar una **definición** de esta libertad en los trabajos científicos de nuestros autores. Hay, incluso, quien comienza presentando al derecho a la producción y creación literaria, artística, científica y técnica, así como al derecho a la libertad de cátedra, como «meras concreciones, por el sujeto y el objeto, del derecho a la información como derecho genérico a la libre transmisión de la cultura en el más extenso sentido de este término» y, dando un paso más, la libertad que nos interesa la integran en el derecho a la información, aunque «las dificultades de interpretación que comporta hacen más aconsejable un tratamiento específico»⁸. En todo caso, el tratamiento es raquítico e incompleto⁹. El parentesco con la libertad de expresión es evidente (puesto de manifiesto por las SSTC 153/1985, de 7 de noviembre; 35/1987, de 18 de marzo; 43/2004, de 23 de marzo ó 51/2008, de 14 de abril¹⁰), pero estamos ante una libertad diferente y autónoma. Libertad que faculta para, desde la nada y gracias al talento artístico del autor, proceder a la realización de una creación con interés artístico y creativo (texto literario, música, obra pictórica o escultórica, etc.) y que conecta con el derecho a la creación intelectual.

El **contenido** de este derecho fundamental incluye tanto la libertad de creación del autor (la posibilidad de realización de un trabajo artístico o literario en libertad, trabajo no científico¹¹ y original) como el derecho de difusión de la obra creada¹² (básico para que la propia comunidad se beneficie de

⁸ En este sentido, Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «comentario al artículo 20», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Oscar Alzaga Villamil (Director), Tomo II (Editoriales de Derecho Reunidas, 1984), 545 y Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor y Rosa María García Sanz, «comentario al artículo 20», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Oscar Alzaga Villamil (Director), Tomo II (Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1997), 546. Como una «concreción del derecho a expresar y difundir libremente pensamientos, ideas y opiniones» la presenta Lucas Osorio Iturmendi, «comentario al artículo 20», en *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Antonio Jiménez-Blanco (Coordinador) (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1993), 162-163.

⁹ Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor, «comentario al artículo 20», cit. 547 y Alfonso Fernández-Miranda y Campoamor y Rosa María García Sanz, «comentario al artículo 20», 547. Vid. ilustradísimo análisis de Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos, ...*, cit., 32-107.

¹⁰ Vid también STS 29-7-2014 (RJ/2015/4833).

¹¹ Completa reflexión sobre el trabajo histórico-científico y su conexión con la libertad de creación en la STC 43/2004, de 23 de marzo.

¹² José Ramón de Verda y Beamonte, «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, 139.

la actividad de sus creadores)¹³. Dentro de la primera de las facultades debemos destacar las libertades para elegir tema, contenido e ideas que se pretendan exteriorizar y para seleccionar la forma en que se haga, siempre sin censura previa. El artista «crea su propio mundo, en mayor o menor medida, desconectado de la realidad»¹⁴. Desde el punto de vista creativo es importante destacar la relevancia de la libertad del creador para esta tarea, que afrontará su labor con la profesionalidad creativa que le sea propia: el creador tiene derecho a diseñar su obra y a ejecutarla materialmente, además de a que se reconozcan sus derechos oportunos de propiedad intelectual¹⁵.

Resulta esencial la cuestión de los **límites**. No existen derechos absolutos, y el caso que nos ocupa tampoco lo es. El apartado cuarto del artículo 20 CE establece que las libertades citadas en él, entre ellas la libertad de creación, «tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia». Habrá que interpretar cuándo una obra creativa traspasa esos límites, atendiendo a todas las circunstancias concurrentes en cada caso (conocimiento público de aquello que se puede considerar lesivo, armonía con la personalidad pública del interesado, lógica creativa, etc.)¹⁶. No se puede acudir a los criterios utilizables en los casos de la libertad de expresión o de información, pues la lógica es diferente (no nos interesa que exista información veraz, por ejemplo, y la literaturización de la misma puede estar justificada). Si a ello unimos la tendencia a interpretar los límites a los derechos fundamentales de forma restrictiva, en la medida de lo posible, no cabe duda de que tenemos por delante una interesante y delicada tarea que implica valorar caso por caso¹⁷: en cada supuesto habrá que descender a las circunstancias del caso, pues si la libertad de creación es un derecho fundamental no lo son menos el honor o la intimidad.

En ocasiones las dudas pueden ser importantes, como sucede cuando se entra en colisión con ideas políticas, sociales o religiosas ampliamente

¹³ Interesante reflexión en Igor Minteguía Arregui, «El Arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 2006, 2-22 y en Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos*, ..., cit., 126-135.

¹⁴ José Ramón de Verda y Beamonte, *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias* (Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional, Thomson Reuters Aranzadi, 2012), 85. En nota 1 analiza la argumentación de la Sentencia BVerG 24-2-1973.

¹⁵ En este sentido, Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos*, ..., cit., 112-123.

¹⁶ Sobre los límites, con detalle, vid. Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos*, ..., cit., 158-187 (teoría general) y 187-209 (límites fijados en el artículo 20 de la Constitución).

¹⁷ Igor Minteguía Arregui, *Sentimientos religiosos*, ..., cit., 186-187.

admitidas. En estos casos las indeterminaciones que más se han presentado en la práctica han sido de obras que pueden ofender a la mujer, y el «caso estrella» posiblemente sea el de las caricaturas de Mahoma o presuntos ataques al Islam (recordemos, entre otros, los casos de Salman Rushdie y «Los Versos Satánicos», Theo Van Gogh, Lars Vilks, Jyllands-Posten o Charlie Hebdo¹⁸). En nuestro país no se han afrontado por los tribunales estos supuestos, pero sí que se han generado interesantes reflexiones, en las que parte de la clave puede ser el peso que estamos dispuestos a dar a lo sagrado en nuestras sociedades laicas¹⁹. Quizás habrá que acudir a la **doctrina de la «posición preferente»**, doctrina jurisprudencial de origen norteamericano que, empleada en el caso de las colisiones entre las libertades de expresión e información y los derechos al honor o a la intimidad, defiende la realización de una ponderación de intereses para decidir, en cada caso concreto y conforme a las peculiares circunstancias del supuesto, cuál debe prevalecer en ese concreto supuesto (sin fijar de modo apriorístico límites)²⁰. Para concretar algo más cómo llevar a cabo esa ponderación puede ser útil la sugerente STS 6-3-2013²¹, que alude a la doble valoración del peso en abstracto y del peso relativo de cada uno de los derechos en conflicto. En la primera de las valoraciones debe destacarse cómo las libertades del artículo 20 CE son esenciales para el correcto funcionamiento de un Estado democrático y la formación de una opinión pública libre, por lo que parece que en abstracto deberían ser preferidas²², mientras que en el segundo paso la clave residirá en atender a todas las posibles circunstancias concurrentes en el concreto caso para resolver final y efectivamente.

A modo de **resumen final** podemos recordar que el autor de una obra creativa, responsable del nacimiento desde la nada de un trabajo creativo

¹⁸ Alude a todo ello Zoila Combalía Solís, «Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del s. XXI», en *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*, Zoila Combalía, María del Pilar Diago Diago y Alejandro González-Varas Ibáñez (Coordinadores), Tirant lo Blanch, 23-24.

¹⁹ Manuel Atienza, «Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión», *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 30, 2007, 65.

²⁰ Interesante resumen de la misma en Rosa Moliner Navarro, «El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información», en «Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», José Ramón de Verda y Beamonte (Coordinador) (Thomson Aranzadi, 2007), 48-51.

²¹ RJ/2013/2925.

²² Sobre el tema, basándose en la doctrina jurisprudencial (básica resulta la STC 9/2007, de 15 de enero), vid. José Ramón de Verda y Beamonte y José Vidal Alonso, «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, José Ramón de Verda y Beamonte (Coordinador) (Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 151-152.

original, puede también inspirarse en personas o hechos reales en su texto creativo (de lo contrario, se apunta, géneros como la novela o el teatro serían prácticamente imposibles²³), aunque tiene el deber de respetar los derechos de la personalidad de los demás (algo lógico y que es defendido también en Francia, Italia o Alemania)²⁴.

En este sentido, para valorar en cada caso si existe extralimitación intolerable o no, pueden ser tenidos en cuenta diversos factores²⁵, como que un lector medio pueda o no entender que los acontecimientos que se relatan son reales, con independencia de que lo sean, que se advierta del carácter ficticio de la obra (será útil siempre que se disipe el riesgo de confusión del lector), que se pueda identificar al ofendido, la coincidencia entre el nombre de un personaje ficticio y una persona real, el consentimiento del aludido o que la intromisión se haga en un libro o en una adaptación cinematográfica o televisiva de un texto literario.

Es el momento de pasar al caso concreto que se resuelve en la Sentencia que nos ocupa.

3. *Cuestiones a tener en cuenta (II): argumentación de la Editorial*

El derecho al honor puede ser lesionado, además de por el ejercicio de las libertades de expresión y de información, por la libertad de creación,

²³ José Ramón de Verda y Beamonte, «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», cit., 140-141 y José Ramón de Verda y Beamonte, *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, cit., 91-92. Especialmente incisivo en este enfoque GARDNER, cuando lo considera un modo tan legítimo como otros de organizar la trama, citando expresamente cómo era el modo de trabajar de los dramaturgos griegos, Shakespeare, Dostoievski y bastantes otros (John Gardner, *El arte de la ficción. Apuntes sobre el oficio para jóvenes escritores* (Ediciones y Talleres de Escritura Creativa Fuentetaja, 2001), 80.

²⁴ José Ramón de Verda y Beamonte, «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», cit., 141-144 y José Ramón de Verda y Beamonte, *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, cit., 92-99. La STS 29-7-2014 (RJ/2015/4833) es especialmente lúcida.

²⁵ Sobre ellos, vid. José Ramón de Verda y Beamonte, «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», cit., 147-161 y 173; José Ramón de Verda y Beamonte, *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, cit., 104-117 y 129, y José Ramón de Verda y Beamonte, «Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de creación literaria», en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, José Ramón de Verda y Beamonte (Coordinador) (Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 187-192, así como la sugerente STS 29-7-2014 (RJ/2015/4833). Vid. también Julia Ammerman Yebra, «La Adelaida de *El Sur* y los límites entre la libertad de creación literaria y los derechos de la personalidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre 2016, 170.

como en el caso que nos ocupa. Pero el modo de justificar la lesión es fundamental para que el argumento sea riguroso. En el Antecedente 14 se recogen las argumentaciones de la Editorial para fundamentar la no vulneración de derecho alguno con el texto polémico. Son las siguientes, y resultan discutibles:

- a) La **brevedad** del texto. El pasaje litigioso se limita a unas «breves líneas». Líneas «en las que se destaca sobre todo la brillantez intelectual y la capacidad de liderazgo del personaje aludido, y que, por tanto, no afectan negativamente a su reputación». Sin perjuicio de su contenido, la brevedad de un texto no es un criterio de peso para, por sí mismo, negar que pueda existir una vulneración de otro derecho en todo caso. Será más fácil que la vulneración se produzca, o que sea más grave, en un texto más extenso, pero no es ilógico que pueda darse esa lesión en un texto breve (y teniendo en cuenta que el contexto es literario, donde se cuida la palabra como fin en sí mismo, es bastante más fácil que suceda).
- b) El **contexto literario** en que se inscribe el texto presuntamente dañoso. Se trata de una obra de ficción, por lo que no pretende relatar hechos reales, sino recrear desde la ficción acontecimientos lejanos en el tiempo y situados en una época distinta. Este argumento es el más relevante: no se puede tratar del mismo modo un texto en el que se opina que un texto en el que se informa sobre la realidad que, nuestro caso, un texto plenamente creativo.
- c) El **contenido concreto** del texto. Se señala que en el pasaje litigioso se destaca sobre todo la brillantez intelectual y la capacidad de liderazgo del personaje aludido, y que, por tanto, no afecta negativamente a su reputación. Además, se añade que las alusiones presuntamente ofensivas son sumamente *heterogéneas e inconexas* y ocupan un *papel eminentemente subalterno* en dicho texto. Pese a ser datos que tenemos que integrar en nuestra argumentación, tampoco nos parece argumento de peso para negar por sí mismo una posible lesión.

4. *Cuestiones a tener en cuenta (III): la resolución del caso*

Los Fundamentos de Derecho 1 y 2 de la Sentencia recuerdan el *iter* procesal seguido hasta llegar al Tribunal Constitucional, y el Fundamento de Derecho 4 incide en lo necesaria que resulta la identificación correcta de los derechos en conflicto y sus concretos ámbitos de protección, pues de lo contrario la valoración y resolución del asunto estarían totalmente desenfocados. Es imprescindible dedicar atención a la resolución del caso, no sin antes recordar cómo el TC defiende que estamos ante un problema de conflicto de

derechos, no de calificación de los mismos, como defendía el TS (vid. Fundamento de Derecho 3).

Los Fundamentos de Derecho 5 a 7 de la Sentencia motivan la resolución del caso y aportan algunas ideas especialmente sugerentes, que procedemos a tratar.

1. La primera cuestión de interés en el Fundamento de Derecho 5 es que se separe la libertad de creación de las libertades de información y expresión, pese al parentesco entre ellas. En el párrafo segundo se introduce en la libertad de creación, comenzando por apuntar que su **objetivo principal** reside en proteger la libertad del propio proceso creativo literario. Continúa defendiendo que la creación literaria da nacimiento a una **nueva realidad** que no se identifica con la realidad empírica. Esto provoca que no se pueda razonar como en los casos de la libertad de información o de expresión (tendiendo a en criterios como la relevancia pública de los personajes o hechos narrados, la necesidad de la información para contribuir a la formación de una opinión pública libre, o la veracidad). La argumentación es acertada y sugerente.
2. El último párrafo del Fundamento 5 aplica los conceptos al caso en cuestión, y comienza por recordar el **carácter literario de la obra** en la que se inserta el pasaje litigioso, algo que no se puede desconocer y que influirá en la interpretación que se haga. En la novela que se analiza, las referencias a la generación a la que pertenece el personaje aludido en el pasaje litigioso, y a su evolución, no pretenden ser fidedignas, sino que pueden requerir de recursos literarios, como la exageración para cumplir la función que se persigue en la obra. Todo ello, añade, encuentra en el derecho a la creación literaria una cobertura constitucional. Es acertado que se recuerde el carácter literario del trabajo, para ubicar los comentarios en su seno.
3. En el Fundamento de Derecho 6 se aborda la **delimitación de la posible colisión de derechos**. Es esencial que comience recordando el contexto creativo en que se inserta el texto lesivo. Tras dicho encuadre, procede al estudio del texto en sí. Apunta cómo las tres primeras frases se limitan a presentar al posible dañado y a destacar algunos aspectos relativos a su carácter (liderazgo y brillantez), a su profesión y a su militancia política, comentarios que en ningún caso considera lesivos. Tampoco considera lesiva la alusión a las «fobias obsesivas» del personaje. Y aunque no debe olvidarse la necesidad de interpretar el pasaje litigioso en su conjunto y en el contexto de la obra en que se inserta, el origen último de la posible vulneración del derecho al honor se sitúa en las dos últimas frases del texto, referidas a la indumentaria y al comportamiento sexual de dicho personaje.

En este sentido, el TC, en la línea de lo que señala el representante del Ministerio Fiscal, estima que no es posible descartar, al menos a priori, que el texto pueda afectar al honor del interesado. Será el siguiente Fundamento de Derecho el que analice la cuestión, pero concluye el TC que, aunque aquellas frases no pueden calificarse sin más de insultantes o vejatorias y deban situarse en el contexto de una obra literaria, el hecho de identificar directamente al personaje, su tono jocoso y la calificación personal negativa que se desprende de las mismas induce a considerar que pueden ser susceptibles, al menos *a priori*, de vulnerar el honor de la persona. Acertada reflexión.

4- Será el Fundamento de Derecho 7 el que resuelva el conflicto. Apunta que, una vez identificados y concretados los derechos fundamentales en conflicto, el control de la Sentencia recurrida debe limitarse a verificar si ha realizado una **ponderación constitucionalmente adecuada de los mismos** y si, en definitiva, ha vulnerado el derecho fundamental invocado en la demanda de amparo. Desde una perspectiva constitucional, el TC coincide con el parecer de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, puesto que *las circunstancias concretas del caso impiden considerar que se ha vulnerado el honor de la persona aludida en el pasaje litigioso*. «En efecto, tal y como se ha señalado en los fundamentos jurídicos precedentes, no puede desconocerse que dicho pasaje constituye un ejercicio del derecho fundamental a la producción y creación literaria (artículo 20.1 b) CE) que, como tal, *protege la creación de un universo de ficción que puede tomar datos de la realidad como puntos de referencia, sin que resulte posible acudir a criterios de **veracidad** o de **instrumentalidad** para limitar una labor creativa y, por lo tanto, subjetiva como es la literaria*. Por otro lado, y como también se desprende de cuanto se ha señalado anteriormente, el párrafo litigioso, (...), *interpretado en su conjunto y en el contexto de una obra literaria que pretende describir la evolución de una determinada generación, el fragmento litigioso y, concretamente, las frases aparentemente vulneradoras de dicho honor no pueden considerarse ni en sí mismas vejatorias ni desmerecedoras de la reputación o consideración ajenas*». Aunque pueda ser discutible la argumentación, no es irracional que se decida en este sentido, pues la ficción difumina esa lesión que objetivamente sería evidente, de ser información o expresión las libertades implicadas.

BIBLIOGRAFÍA

- AMMERMAN YEBRA, Julia, «La Adelaida de El Sur y los límites entre la libertad de creación literaria y los derechos de la personalidad», *Revista de Derecho Civil*, vol. III, núm. 4, octubre-diciembre 2016, 167-171.
- ATIENZA, Manuel, «Las caricaturas de Mahoma y la libertad de expresión», *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 30, 2007, 65-72.

- COMBALÍA SOLÍS, Zoila, «Nuevos desafíos sociales y jurídicos derivados de la presencia del Islam en las sociedades occidentales del s. XXI», en *Derecho e Islam en una sociedad globalizada*, Zoila Combalía, María del Pilar Diago Diago y Alejandro González-Varas Ibáñez (Coordinadores), Tirant lo Blanch, 17-44.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso, «comentario al artículo 20», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Tomo II, Óscar Alzaga Villaamil (Director) (Editoriales de Derecho Reunidas, 1984), 489-554.
- FERNÁNDEZ-MIRANDA Y CAMPOAMOR, Alfonso, y García Sanz, ROSA MARÍA, «comentario al artículo 20», en *Comentarios a las Leyes Políticas. Constitución española de 1978*, Tomo II, Óscar Alzaga Villaamil (Director) (Cortes Generales-Editoriales de Derecho Reunidas, 1997), 505-553.
- GARDNER, John, *El arte de la ficción. Apuntes sobre el oficio para jóvenes escritores*, Ediciones y Talleres de Escritura Creativa Fuentetaja, 2001 (original en inglés de 1983).
- MARTÍNEZ VÁZQUEZ DE CASTRO, Luis, *El principio de libre desarrollo de la personalidad en el ámbito privado*, Civitas-Thomson Reuters, 2010.
- MINTEGUÍA ARREGUI, Igor, «El Arte ante el debido respeto a los sentimientos religiosos», *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 11, 2006, 1-52.
- , *Sentimientos religiosos, moral pública y libertad artística en la Constitución española de 1978*, UPV-Dykinson, 2006.
- MOLINER NAVARRO, Rosa, «El derecho al honor y su conflicto con la libertad de expresión y el derecho a la información», en «Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen», Verda y Beamonte, José Ramón (Coordinador) (Thomson Aranzadi, 2007), 21-53.
- OSORIO ITURMENDI, Lucas, «comentario al artículo 10» en *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jiménez Blanco, Antonio (Coordinador) (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1993), 44-53.
- , «comentario al artículo 20», en *Comentario a la Constitución. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Jiménez Blanco, Antonio (Coordinador) (Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., 1993), 159-189.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio, «El libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 de la C. E.)», en «El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución», (García San Miguel, Luis, Coordinador) (Servicio de Publicaciones Universidad de Alcalá, 1995), 45-61.
- SANTANA RAMOS, Emilia María, «Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014, 99-113 (<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/3245/4053>).
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, «Libertad de creación literaria y protección post mortem del derecho al honor. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 51/2008, de 14 de abril», *Diario La Ley*, 2009-1, D-9, número 7090, 1298-1301.
- , «Libertad de creación literaria y derecho a la intimidad», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 25, 2011, 137-174.

—, *La protección del derecho a la intimidad frente a las indiscreciones literarias*, Cuadernos Aranzadi de Tribunal Constitucional, Thomson Reuters Aranzadi, 2012.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, y VIDAL ALONSO, José, «La colisión entre el derecho al honor y la libertad de expresión», en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, (Verda y Beamonte, José Ramón de, Coordinador) (Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 149-171.

VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de, «Conflicto entre el derecho al honor y la libertad de creación literaria», en *Derecho al Honor: Tutela Constitucional, Responsabilidad Civil y Otras Cuestiones*, (Verda y Beamonte, José Ramón de, Coordinador) (Thomson Reuters Aranzadi, 2015), 173-192.

¿SE PUEDE LESIONAR A OTRA PERSONA MEDIANTE
UNA OBRA CREATIVA? REFLEXIONES INSPIRADAS
POR LA STC 51/2008, DE 14 DE ABRIL

*Can anyone be damaged by a creative work? Thoughts
inspired by a Judgment of the Spanish Constitutional Court*

Antonio José Quesada Sánchez
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga
aq@uma.es

[http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(2\)-2019pp31-45](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(2)-2019pp31-45)

Copyright

Estudios de Deusto es una revista de acceso abierto, lo que significa que es de libre acceso en su integridad. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales, sin la previa autorización del editor o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada y cualquier cambio en el original esté claramente indicado

Estudios de Deusto is an Open Access journal which means that it is free for full access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.