

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y DIVULGACIÓN EN PRENSA DE FOTOS OBTENIDAS DE FACEBOOK

Right to one's own image and press publication
of pictures obtained from Facebook

ALICIA AGÜERO ORTIZ
Universidad Autónoma de Madrid
alicia.aguero@uam.es

Cómo citar/Citation

Agüero Ortiz, A. (2021).

Derecho a la propia imagen y divulgación en
prensa de fotos obtenidas de Facebook.

Derecho Privado y Constitución, 38, 119-155.

doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.38.04>

(Recepción: 22/03/2021; aceptación tras revisión: 12/04/2021; publicación: 30/06/2021)

Resumen

La STC 27/2020 ha confirmado que la publicación de una fotografía obtenida del perfil de Facebook de un ciudadano anónimo por parte de un periódico, para ilustrar el suceso del que fue víctima, constituye una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen. El Tribunal de Garantías alcanzó dicha conclusión tras rechazar que las redes sociales constituyan espacios abiertos al público, así como que la publicación de fotografías en abierto en las redes sociales comporte un consentimiento tácito para su utilización por terceros.

Palabras clave

Derecho a la propia imagen; redes sociales; libertad de información; medios de comunicación.

Abstract

The Spanish Constitutional Court judgment 27/2020 has confirmed that the publication of a photograph obtained from the Facebook profile of an anonymous citizen by a newspaper, to illustrate the tragic incident of which he was victim, constitutes an illegitimate interference with his right to one's own image. The Court of Guarantees reached that conclusion after rejecting that social networks constitute spaces open to the public, as well as that the publication of photographs on social networks involves tacit consent for their use by third parties.

Keywords

Right to one's own image; social networks; freedom of information; media.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DELIMITACIÓN TRADICIONAL DE LOS DERECHOS A LA PROPIA IMAGEN Y A LA INFORMACIÓN: 1. El derecho a la propia imagen como derecho autónomo. 2. Derecho a la información. 3. Límites del derecho a la propia imagen en favor del derecho a la información: 3.1. *Consentimiento y actos propios*. 3.2. *Personajes públicos, imagen noticiable y lugares abiertos al público*. 3.3. *Ilustraciones gráficas accesorias*. III. STC 27/2020: HECHOS, HISTORIA DEL CASO Y FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL: 1. Hechos del caso y pronunciamiento del Tribunal Supremo. 2. El fallo del Tribunal Constitucional: 2.1. *Inaplicabilidad de la excepción del art. 8.2. a) LO 1/1982: las redes sociales no constituyen un lugar abierto al público*. 2.2. *Inaplicabilidad de la excepción del art. 2 LO 1/1982: subir una foto a una red social en abierto no constituye consentimiento tácito para su uso por terceros*. 2.3. *Inaplicabilidad de la excepción del art. 8.2. c) LO 1/1982: la imagen no tenía contenido informativo ni era accesorio*. IV. COMENTARIO: DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ENTORNO DIGITAL: 1. Consentimiento, actos propios y redes sociales. 2. Las redes sociales como lugares no públicos y supuestos de hecho alternativos. 3. Excurso sobre el derecho a la intimidad. *BIBLIOGRAFÍA*.

I. INTRODUCCIÓN

La colisión entre el derecho fundamental a comunicar información veraz [art. 20.1 d) CE] y los derechos al honor, la intimidad, y a la propia imagen (art. 18.1 CE) es habitual y recurrente, por lo que disponemos de una extensa doctrina jurisprudencial que ha perfilado los límites de unos y otros derechos, así como los criterios de ponderación entre ambos. Por este motivo, a primera vista, podría parecer que una nueva sentencia del Tribunal Constitucional al respecto carecería de interés. Sin embargo, ese no es el caso de la STC 27/2020, puesto que aborda una cuestión de la que no se había ocupado antes, a saber, si publicar fotos de terceros obtenidas de su perfil público en una red social constituye una intromisión legítima o ilegítima en el derecho a la propia imagen.

La digitalización de la sociedad ha generado, por un lado, nuevos mecanismos de comunicación y difusión de la información y, por otro, nuevas

esferas de *privacidad* digital cuyos contornos son confusos como consecuencia del fenómeno conocido como «extimidad»¹. Incuestionablemente las redes sociales han provocado un cambio en el modo de socialización, comunicación e interacción entre seres humanos, acentuado aún más, si cabe, en el contexto actual de crisis sanitaria. En este sentido, las redes sociales aparecen para los seres humanos como lugares de intercambio social entre un círculo, más o menos amplio, de contactos o grupos de interés. Así, las redes sociales se muestran y aparecen para el usuario como extensiones *online* de su ámbito privado y/o íntimo. Con todo, la vocación pública de las redes sociales parece comportar una mutación de la definición de lo privado. Como explica Gómez Corona (2011: 462) «[l]as nuevas tecnologías están implicando un cambio en esta concepción de lo privado. [...] La conciencia de la existencia de ese ámbito reservado parece estar, si no desapareciendo, al menos perdiendo contenido».

Ahora bien, existen distintos factores que pueden sustentar la creencia de que las redes sociales no son, en todos los casos, entornos privados. Por ejemplo, no parece un entorno privado una cuenta pública de una red social con finalidad de incrementar los *followers*, patrocinios o popularidad. De hecho, es común que *bloggers*, *influencers*, *instagramers*, *youtubers*, etc., dispongan de sus cuentas en redes sociales profesionales u «oficiales» y, aparte, sus cuentas privadas con su entorno privado. Con todo, lo anterior provoca nuevos interrogantes respecto a los límites de la intimidad *online*, como, por ejemplo, la cuestión de si el mero hecho de tener una cuenta configurada como pública, es decir, sin controles de privacidad y accesible para cualquier tercero, ha de comportar que esa red carezca necesariamente de carácter privado como si se tratara de un lugar público. A mayores, resulta razonable cuestionarse si la publicación de imágenes en cuentas configuradas como públicas, de nuevo, debe comportar una presunción de consentimiento tácito a su divulgación o si ha de generar una presunción de acto propio respecto a la divulgación libre de la imagen, como si el sujeto renunciara a todo control sobre ella.

Esta es la controversia que resuelve la STC 27/2020 (RTC 2020\27) y es lo que precisamente la hace novedosa. Por vez primera el Tribunal Constitucional se pronuncia respecto a la ponderación entre el derecho a comunicar información veraz y el derecho a la propia imagen cuando esta ha sido obtenida de una red social. Para ello, el Tribunal Constitucional aclarará si una red social es o no un espacio público; la relevancia que ha de revestir la configuración de la privacidad de la cuenta por el usuario; así como la existencia o no de presunción de consentimiento tácito a cualquier divulgación de la

¹ Véase, al respecto, Tello (2013: 205-213), que define el concepto como «la intimidad hecha pública a través de las nuevas redes de comunicación o intimidad expuesta».

imagen propia como consecuencia de la publicación en una red social configurada como pública o sin restricciones de privacidad. Asimismo, tomará en consideración los criterios tradicionales de ponderación de ambos derechos adaptándolos a esta nueva circunstancia, por lo que pasaremos a realizar un breve repaso de dichos criterios en lo siguiente.

II. DELIMITACIÓN TRADICIONAL DE LOS DERECHOS A LA PROPIA IMAGEN Y A LA INFORMACIÓN

1. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN COMO DERECHO AUTÓNOMO

El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad que deriva de la dignidad humana y está dirigido a proteger «la figura humana, en sí misma considerada, que es un atributo de la personalidad, en cuanto elemento básico para la identificación del ser humano» (De Verda y Beamonte, 2017: 305)². Por tanto, el núcleo duro del derecho a la propia imagen viene integrado por aquellos rasgos que permitan identificar a la persona, considerándose que ello alcanza al nombre y a la voz del sujeto³. En palabras de Gómez Corona (2011: 447) «la reconocibilidad constituye un elemento fundamental para que podamos hablar de una lesión al derecho a la propia imagen».

El contenido del derecho a la propia imagen resulta integrado por sus dos vertientes, positiva y negativa. En relación con su vertiente positiva o de «autodeterminación»⁴, su titular ostenta la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y, así, decidir qué información gráfica de su imagen puede tener dimensión pública. Por lo que respecta a su vertiente negativa o «excluyente», el titular del derecho a la propia imagen ostenta la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin su consentimiento. En palabras del Tribunal Constitucional, el derecho a la propia imagen

² Véanse las SSTC 231/1988; 99/1994 (RTC 1988, 231); 81/2001 (RTC 2001, 81); 83/2002 (RTC 2002, 83); 14/2003 (RTC 2003, 14); 72/2007 (RTC 2007, 72); 176/2013 (RTC 2013, 176), entre otras.

³ Como reconocieron las SSTC 117/1994 (RTC 1994, 117), 23/2010 (RTC 2010, 23). A este respecto, señala Martínez Otero (2016: 124) que «si en un perfil de una red social aparece el nombre de un tercero sin su consentimiento —o más remotamente un recorte de sonido de su voz— podrá entenderse que ha habido vulneración de su derecho a la propia imagen».

⁴ Messía de la Cerda Ballesteros, 2020: 3.

«atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual» [SSTC 231/1988 (RTC 1988, 231); 99/1994 (RTC 1994, 99); 81/2001 (RTC 2001, 81); 139/2001 (RTC 2001, 139); 83/2002 (RTC 2002, 83)].

Pese a que inicialmente se configurara el derecho a la propia imagen como un derecho vinculado al resto de derechos de la personalidad, el Tribunal Constitucional viene reconociendo su autonomía, al menos con rotundidad, desde comienzos del siglo XXI, como consecuencia de los distintos bienes jurídicos que protegen cada uno de ellos: el buen nombre de la persona en el caso del derecho al honor o el ámbito de la vida personal y/o familiar, en el caso del derecho a la intimidad. Así, en su STC 139/2001 (RTC 2001, 139) aclaraba que el derecho a la propia imagen:

[...] dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen, que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás [...] por ello, atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicional de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurado de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual⁵.

Por tanto, el derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio, pero no necesariamente íntimo, puesto que el aspecto físico de una persona «es un instrumento básico de identificación y proyección exterior y un factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, y constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo» [STS, Civil, 91/2017 (RJ 2017, 302)]. De este modo, se puede vulnerar el derecho a la propia imagen junto al derecho a la intimidad, por ejemplo, al difundir imágenes de la vida privada de la persona; asimismo, se puede vulnerar el derecho a la propia imagen junto al derecho al honor, por ejemplo, si se difunde una imagen de la persona en alguna actitud vejatoria; y,

⁵ Igualmente, entre otras: SSTC 81/2001 (RTC 2001, 81); 156/2001 (RTC 2001, 156); 83/2002 (RTC 2002, 82); y las STS, Civil, 201/2012 (RJ 2012, 5575); 583/2011 (RJ 2011, 6299); 197/2011 (RJ 2011, 2892); 152/2009 (RJ 2009, 1516); 705/2002 (RJ 2002, 8251).

finalmente, se puede vulnerar, exclusivamente, el derecho a la propia imagen cuando se capture o reproduzca una imagen neutra del individuo sin autorización de este, esto es, incluso cuando la imagen no capte momentos de su vida privada ni lo muestre en actitud vejatoria o denigrante (Agut García, 2020: 186)⁶.

Esta autonomía respecto del resto de derechos de la personalidad provoca que, cuando en el ejercicio de los derechos de expresión e información se produzcan intromisiones ilegítimas que afecten únicamente al derecho a la propia imagen —y no al derecho al honor ni a la intimidad—, los derechos de expresión y de información ostenten cierta prevalencia respecto al derecho a la propia imagen (Pina Barrajón, 2017: 7; Gil Vallilengua, 2016: 174). Para otros autores, siguiendo la STC 156/2001 de 2 de julio (RTC 2001, 156)⁷, la injerencia ilegítima exclusiva en el derecho a la propia imagen provocará una menor gravedad de la infracción y, así, cuantías indemnizatorias menores que si se hubieran vulnerado varios derechos fundamentales (De Verda y Beamonte, 2017: 305).

2. DERECHO A LA INFORMACIÓN

El art. 20.1.d) CE reconoce el derecho a «comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión». Este derecho atribuye a cualquier persona, tanto particulares como profesionales del periodismo⁸, el derecho a comunicar y recibir libremente información veraz, siendo su ámbito característico los hechos noticiables o de relevancia pública, susceptibles de ser contrastados con datos objetivos (Paños Pérez, 2014: 17). Así, la finalidad de este derecho es la contribución a la formación de una opinión pública libre e informada, como condición necesaria para el ejercicio del resto de derechos, lo que constituye uno de los pilares de una sociedad libre y democrática⁹.

⁶ En contra, Blasco Gascó (2008: 15 y ss.) o Yzquiero Tolsada (2014: 1378 y ss.).

⁷ Según la cual «la apreciación de la vulneración del derecho a la intimidad o al honor no impedirá, en su caso, la apreciación de las eventuales lesiones que a través de la imagen hayan podido causar, pues, desde la perspectiva constitucional el desvalor de la acción no es el mismo cuando los hechos realizados solo pueden considerarse lesivos del derecho a la imagen que cuando, además, a través de la imagen pueda vulnerarse también el derecho al honor, a la intimidad o a ambos».

⁸ Si bien este derecho alcanza su mayor grado de protección cuando es ejercitado por los profesionales del periodismo [SSTS 93/2013 (RJ 2013, 2020); 65/2013 (RJ 2013, 1998), entre otras].

⁹ SSTC 6/1981 (RTC 1981, 6); 159/1986 (RTC 1986, 159); 110/2000 (RTC 2000, 110); 185/2002 (RTC 20002, 185), entre otras.

Sobre la base de lo anterior, puntualiza Messía de la Cerda Ballesteros (2020: 6) que «la publicación de imágenes identificativas de personas, como adjuntas de una noticia, solamente está justificada cuando dicha inclusión ayuda y mejora el alcance y comprensión de la noticia en cuestión. En otro caso, no se comprendería el sacrificio de los derechos de terceros». En esta línea, resultan clarificadoras las palabras de la STS, Civil, 91/2017 (RJ 2017, 302):

La exigencia de tutelar el derecho de información no puede significar que se dejen vacíos de contenido los derechos fundamentales de quienes resulten afectados por el ejercicio de aquel, que solo han de sacrificarse en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, tal como establece el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos, y el interés público que suscitaba el suceso violento y que justificaba que el diario de la demandada informara sobre el mismo, incluso con identificación de los afectados por el suceso, no exigía ni justificaba que se publicara la imagen de la víctima del suceso, obtenida en su perfil de una red social, sin su consentimiento expreso.

Por lo que respecta a actos punibles, como el del supuesto de hecho de la sentencia cuyo estudio nos ocupará, son consistentes las posturas del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo al reconocer que la información de trascendencia penal reviste de esa relevancia pública de suerte que constituyen hechos noticiables, incluso cuando la persona afectada por la noticia fuera anónima (Valdecantos, 2017: 5)¹⁰. Por ende, en estos casos se reconoce la conveniencia y necesidad de que la sociedad sea informada sobre sucesos de relevancia penal legítima, sin que se produzca intromisión ilegítima en derechos fundamentales como el honor y la intimidad cuando no exista una extralimitación morbosa, una búsqueda o revelación de aspectos íntimos que no guarden relación con el hecho noticiable [STS, Civil, 587/2016 (RJ 2016, 4729)].

3. LÍMITES DEL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN EN FAVOR DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN

De igual manera que el resto de los derechos fundamentales, el derecho a la propia imagen no es un derecho ilimitado, de modo que encuentra límites relativos al ejercicio de otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la información; así como límites afectantes a la protección de otros

¹⁰ Véanse la STC 127/2003 (RTC 2003, 127) o la STS, Civil, 587/2016 (RJ 2016, 4729).

bienes protegidos constitucionalmente, como la investigación de los delitos (Flores Anarte, 2020: 343).

Para profundizar en los límites del derecho a la propia imagen como consecuencia del ejercicio del derecho fundamental a la información, resulta imperativo atender al régimen establecido en 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 (en adelante, LO 1/1982), cuyas reglas básicas pasamos a extraer sin ánimo de exhaustividad, por ahora, a fin de facilitar la comprensión de la resolución objeto de estudio.

Concretamente, el art. 2 LO 1/1982 establece los límites primarios de estos derechos de la personalidad. Así, el art. 2.1 LO 1/1982 dispone que «[l]a protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia». Además, de conformidad con el art. 2.2 LO 1/1982, «[n]o se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso». Consentimiento que habrá de ser revocable en todo momento (art. 2.3 LO 1/1982). Por tanto, el art. 2 LO 1/1982 regula sendas delimitaciones fijas (límites legales y prestación del consentimiento) y variables (usos sociales y actos propios) de la esfera protegida, de suerte que pueda ser adaptada a la propia evolución de la sociedad¹¹.

En relación con los actos que pueden ser reputados intromisiones ilegítimas, estos se detallan en el art. 7 LO 1/1982, dedicándose el art. 8 LO 1/1982 a establecer las excepciones legales, esto es, las circunstancias que justificarán que la intromisión en los derechos de la personalidad no resulte ilegítima. Por lo que aquí interesa, constituyen intromisiones ilegítimas los siguientes actos: i) «[l]a divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos

¹¹ En este sentido, la exposición de motivos «[e]n el artículo segundo se regula el ámbito de protección de los derechos a los que se refiere. Además de la delimitación que pueda resultar de las leyes, se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas la esfera del honor, de la intimidad personal y familiar y del uso de la imagen esté determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y las personas».

personales de carácter íntimo» (art. 7.3 LO 1/1982); ii) «[l]a revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela» (art. 7.4 LO 1/1982); y iii) «[l]a captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos». Como expone Rovira-Sueiro (2015: 55):

[...] en este caso claramente utiliza la disyuntiva «o» en dos ocasiones —(«lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos») — en vez de la copulativa «y», lo que a nuestro juicio permite concluir que la conducta que en ella se describe debe alcanzar: 1) a los lugares privados y momentos privados, 2) a los lugares no privados y momentos privados, 3) a los lugares no privados y momentos no privados, e incluso, 4) a los lugares privados y momentos no privados. En las hipótesis 1), 2) y 4) se estaría protegiendo el derecho a la intimidad y en la 3) el derecho a la propia imagen.

Con todo, no se consideran intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente de acuerdo con la ley, ni aquellas ejercitadas ante la predominancia de un interés histórico, científico o cultural relevante (art. 8.1 LO 1/1982). En particular, en lo afectante al derecho a la propia imagen, no constituyen intromisiones ilegítimas i) la captación, reproducción o publicación de la imagen de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública por cualquier medio, siempre que se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público [art. 8.2. a) LO 1/1982]; ii) «la utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social» [art. 8.2. b) LO 1/1982]; ni iii) «la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la *imagen* de una persona determinada aparezca como *meramente accesorio*» [art. 8.2. c) LO 1/1982].

3.1. Consentimiento y actos propios

El consentimiento a intromisiones que permitirá calificarlas como legítimas es un consentimiento expreso del titular (art. 2.2 LO 1/1982). Ahora bien, que sea expreso no exige que sea un consentimiento manifestado cumpliendo con determinadas solemnidades, es decir, no se trata de un consentimiento formal. Por el contrario, por consentimiento expreso ha de entenderse un consentimiento inequívoco, que puede inferirse de actos

o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas¹². Como advierte Bercovitz Rodríguez-Cano (2014: 47), no debe confundirse consentimiento expreso con consentimiento formal. Asimismo, explica Méndez Tojo (2017: 9) que «'expreso' no equivale a 'escrito' y puede resultar claro y patente cuando se deduzca de la forma en la que posan o intervienen los protagonistas de una fotografía o un reportaje». En este contexto, la STS, Civil, 746/2016 (RJ 2016, 5997) sostuvo que el hecho de que una mujer anónima subiera fotos a su cuenta de Facebook en *topless* no constituía consentimiento expreso de aquella para que un programa de televisión la grabara haciendo *topless* en la playa y lo difundiera por dicho medio.

Asimismo, el consentimiento autorizante de la intromisión debe ser específico o concedido para un determinado acto o finalidad, como apunta Yzquierdo Tolsada (2017: 355), «[e]l consentimiento del sujeto para que una injerencia posterior no tenga carácter ilegítimo ha de ser un consentimiento dado 'al efecto'. A 'ese' efecto [...] [n]o 'a otro efecto'»¹³; y debe tratarse de un consentimiento informado y revocable (Velasco Núñez, 2015: 3). El carácter informado es harto relevante, especialmente en el ámbito que nos ocupa, y exige que el autorizante tuviera «pleno conocimiento del destino por haber mediado información previa suficiente» [STS, Civil, 1225/2003 (RJ 2004, 138)].

Por otro lado, la protección civil del derecho a la propia imagen también queda delimitada por los propios actos del titular del derecho, que actuarán como una suerte de consentimiento tácito. Con todo, para que resulte de aplicación la doctrina de los actos propios, los actos deben reunir determinados requisitos, tal y como explica Yzquierdo Tolsada (2017: 354):

Centenares de sentencias dicen que para que proceda la aplicación de esta doctrina hace falta que se den estas condiciones: i) debe partirse de la existencia de unos actos válidos y eficaces; ii) han de ser libres y voluntarios; iii) tales actos deben ser inequívocos y definitivos; iv) identidad de sujetos, es decir, que quien los lleva a cabo es la misma persona que luego viene a desdecirse de los mismos; v) la contradicción entre esos actos y otros posteriores: entre esos actos previos válidos y eficaces, libres y vo-

¹² Como apuntaban Salvador Coderch *et al.* (2011:18), consentimiento expreso ha de entenderse en el sentido de consentimiento claro o inequívoco.

¹³ A modo de ilustración, la STS, Civil, 1116/2002 (RJ 2002, 10274) declaró que el consentimiento para posar prestado por una modelo no comportaba el consentimiento para publicar las imágenes en una revista. Por su parte, la STS, Civil, 311/2010 (RJ 2010, 2666) concluyó que el consentimiento prestado por una soldado para fomentar el reclutamiento por el Ministerio de Defensa no alcanzaba en modo alguno a la publicación de tales imágenes por la revista *Interviú*.

luntarios, inequívocos y definitivos y los que con posterioridad trata de llevar a cabo el mismo sujeto, debe existir una contradicción, y no cualquier contradicción, sino una completa y absoluta incompatibilidad, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior. Aquellos actos anteriores han creado una confianza en otro sujeto, que ahora se ve defraudado ante la nueva y contradictoria realidad¹⁴.

En relación con las redes sociales, la interpretación de esta doctrina de los actos propios como consentimiento tácito es clave: ¿que alguien suba fotos a una red social de forma pública comporta su consentimiento tácito para que estas imágenes sean utilizadas por terceros?¹⁵ Dicho de otro modo, ¿subir fotos a las redes sociales, sin restringir su privacidad, comporta una renuncia general y previa al control sobre dichas imágenes? Martínez Otero (2016: 129-130) consideraba que no podía comportar una renuncia total al derecho a la propia imagen, pero sí debía comportar una restricción importante al mismo:

[...] cabe entender que alguien que ha publicado su imagen en plataformas que facilitan su difusión y reproducción —como es el caso de las redes sociales— sin preocuparse de limitar o restringir la misma, debe tener un estándar de protección del derecho a la propia imagen muy laxo. De sus propios actos se deduce una suerte de consentimiento tácito a la publicación de su imagen en el entorno de las redes sociales, que le impedirá exigir responsabilidades a quien lleve a cabo dicha conducta. El Derecho no está llamado a proteger a nadie más allá de lo que él mismo, con sus actos responsables, permita.

En nuestra opinión, la publicación de una imagen en una red social comporta el consentimiento para ser visualizada por contactos o terceros según la configuración de la privacidad y las condiciones generales aceptadas

¹⁴ Más estricta es Gómez Corona (2011: 456-457), quien sostiene que «el único ‘acto propio’ que cabe admitir [...] es el consentimiento, que debe ser además expreso e interpretado de manera estricta [...]. [E]n un Estado de Derecho no puede esgrimirse la conducta previa de un sujeto para analizar si determinada intromisión en un derecho de la personalidad es o no legítima».

¹⁵ Véase el Auto de la AP de Madrid 205/2011 (AC 2011, 2099) que concluyó: «El demandante, con sus propios actos, abre la puerta a la utilización de su imagen por terceros, con lo que no puede posteriormente exigirles responsabilidades [...]. Sentada, por tanto, esta premisa esencial del sometimiento voluntario del actor a los criterios no solo contractuales, en los términos en que se adhiere a la red libremente, sino a la práctica ordinaria de intercambio de comunicación, información, y contenidos, constituye conducta contraria a los propios actos y proscrita por nuestro ordenamiento —art. 7 del CC—, negar ahora a los demandados el uso que se hizo de la propia fotografía colgada —en lenguaje al uso de la red— por el demandante [...]».

e informadas, pero no para otras finalidades. Lo contrario se acomodaría mal con los criterios exigidos para comprender prestado el consentimiento, a saber, que sea inequívoco, específico e informado.

3.2. *Personajes públicos, imagen noticiable y lugares abiertos al público*

Como expusimos, las intromisiones en el derecho a la propia imagen no serán ilegítimas, aparte de por la existencia de autorización del titular, cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, esto es, cuando predomine el derecho a la información¹⁶. A estos efectos, el art. 8.2 LO 1/1982 contiene tres excepciones [en sus apartados a), b) y c)], de las que pasamos a estudiar las dos correspondientes a los apartados a) y c) por ser las que guardan relación con el supuesto de hecho analizado.

Particularmente, el art. 8.2.a) estipula que el derecho a la propia imagen no impedirá «[s]u captación, reproducción o publicación por cualquier medio cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público». Por ello, resulta imprescindible analizar qué ha de entenderse por «personaje público», «lugares abiertos al público» y eventos en los que predomine un interés general relevante.

A este respecto, el Tribunal Constitucional viene reiterando que son personajes públicos «aquellas personas que alcanzan cierta publicidad por la actividad profesional que desarrollan o por difundir habitualmente hechos y acontecimientos de su vida privada, o que adquieren un protagonismo circunstancial al verse implicados en hechos que son los que gozan de relevancia pública» [STC 99/2002 (RTC 2002, 99); 23/2010 (RTC 2010, 23)]. Respecto a estos personajes públicos, el Tribunal Constitucional ha reconocido la necesidad de modular el contenido de sus derechos fundamentales de la personalidad, de suerte que su ámbito de privacidad resulte menor por participar del interés general¹⁷. En términos de la STC 171/1990 (RTC 1990, 171):

¹⁶ Para Messía de la Cerda Ballesteros (2020: 5) «cuando una información que cumple con los requisitos de relevancia pública, veracidad, proporcionalidad y ausencia de carácter difamatorio, incluye una imagen de una persona con proyección pública [...] no se produce intromisión en el derecho a la propia imagen —art. 8.2—», es decir, no es que la intromisión sea legítima, sino que, en opinión del autor, ni tan siquiera existe intromisión.

¹⁷ También la STC 99/2002 (RTC 2002, 99), entre otras, afirmaba que los personajes públicos «pueden ver limitados sus derechos con mayor intensidad que los restantes individuos como consecuencia, justamente, de la publicidad que adquiera su figura y sus actos». Pese a que la STC 134/1999 (RTC 1999, 134) hubiese matizado

[...] 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 a la información alcanzaría, en relación a 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 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.

Por lo que respecta a los eventos en los que predomine un interés general relevante, en tanto que hechos noticiables, el Tribunal Constitucional ha subrayado¹⁸ que:

[...] dado que la protección constitucional se ciñe a la transmisión de hechos noticiables, por su importancia o relevancia social, para contribuir a la formación de la opinión pública, tales hechos deben versar sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada [...] lo que no coincide, claro es, con aquello que pueda suscitar o despertar, meramente, la curiosidad ajena.

De lo contrario, la ausencia de un interés público constitucionalmente defendible privaría de justificación a la intromisión en el derecho a la propia imagen [SSTC 23/2010, (RTC 2010, 23); 29/2009 (RTC 2009, 29)]. Así pues, «[e]l derecho a la información no ocupa una posición prevalente respecto del derecho a la imagen, solo se antepone a este último tras apreciar el interés social de la información publicada como fin constitucionalmente legítimo» [STC 19/2014 (RTC 2014, 19)]. Por lo tanto, el carácter noticiable de la información se erige en criterio fundamental y decisivo que hará ceder el derecho a la imagen frente al derecho a la información¹⁹. Asimismo, como señala Rubio Torrano (2017: 23), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha puesto de relieve que el factor decisivo en la ponderación hay que hallarlo en la contribución que la información publicada realice a un debate de interés

previamente que «el riesgo asumido por el personaje con notoriedad pública no implica aminoración de su derecho a la intimidad o al honor o a la propia imagen, cuya extensión y eficacia sigue siendo la misma que la de cualquier otro individuo. Tan solo significa que no pueden imponer el silencio a quienes únicamente divulgan, comentan o critican lo que ellos mismos han revelado».

¹⁸ SSTC 19/2014 (RTC 2014, 19); 190/2013 (RTC 2013, 190); 12/2012 (RTC 2012, 12); 134/1999 (RTC 1999, 134).

¹⁹ SSTC 197/1991 (RTC 1991, 197); 176/2013 (RTC 2013, 176); 19/2014, (RTC 2014, 19), entre otras.

general, sin que la satisfacción de la curiosidad de una parte del público pueda considerarse contribución a tal efecto²⁰.

Por su parte, tendrán carácter de imágenes noticiables aquellas que refuercen o completen la información transmitida en la noticia, a saber, aquellas que tengan conexión directa con la propia noticia —que ha de cumplir con los requisitos expuestos—²¹. A modo de ilustración, serán imágenes noticiables o pertinentes las que acompañen a los reportajes periodísticos que informen sobre la detención de sujetos por la comisión de delitos y que ilustren cómo el acusado accedía al juzgado, pero no lo serán las imágenes que no tengan conexión con el hecho noticiable y que el sujeto no haya consentido expresamente (Díez Ballesteros, 2020: 46).

Finalmente, la jurisprudencia ha interpretado que debe entenderse por lugar abierto al público aquel que resulte de uso normal por una generalidad de personas que accedan a él fuera del ámbito estricto de la vida privada, y no todo lugar al que pueda acceder cualquier persona, pues un paraje recóndito, por ejemplo, no ostentaría esta condición²².

3.3. Ilustraciones gráficas accesorias

Otra de las excepciones que comportarán que la legitimidad de la intromisión en derecho a la propia imagen es la publicación de información gráfica accesoria sobre un suceso o acaecimiento público [art. 8.2.c) LO 1/1982], nótese que esta excepción alcanza no solo a personajes públicos, sino también a personas anónimas. Por tanto, deviene ahora necesario evaluar qué ha de entenderse por «imagen accesoria».

De Verda y Beamonte (2017: 312) expone que tal carácter accesorio implica que la imagen «debe estar siempre en relación de subordinación, con el suceso o acontecimiento público que ilustra, el cual debe ser el objeto principal de la noticia o reportaje. Dicho de otro modo, imagen accesoria es la que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria y al servicio de aquél». Asimismo, Salas Carceller (2017: 82) considera que la imagen de un particular es accesoria «cuando no resulta ser el objeto principal

²⁰ SSTEDH 19-11-2020 (RTC 2020, 171); 10-5-2011 (TEDH 2011, 45); 24-6-2004 (TEDH 2004, 45), etc.

²¹ P. ej., STS, Civil, 697/2019 (RJ 2019, 5259).

²² SSTS, Civil, 499/2014 (RJ 2014, 5045); 405/2014 (RJ 2014, 4412); 42/2014 (RJ 2014, 845); 518/2012 (RJ 2012, 8371); 435/2011 (RJ 2011, 5831); 166/2011 (RJ 2011, 2770); 332/2010 (RJ 2010, 3715); 400/2009 (RJ 2009, 3392); 388/2009 (RJ 2009, 3385); 1144/2008 (RJ 2009, 1352).

de la información, como sucedería —por ejemplo— cuando aparece en un acto público, como pudiera ser una manifestación, un espectáculo, etc.».

Por su parte, Flores Anarte (2020: 347) explica que «la jurisprudencia ha manejado fundamentalmente dos nociones de accesoriedad: accesoriedad de la imagen de la persona en relación con el propio documento gráfico que la reproduce; y accesoriedad referida al papel secundario de la información gráfica en su conjunto con respecto de la noticia en sí». La autora ejemplifica ambos subtipos de accesoriedad como sigue: por lo que respecta a la accesoriedad interna, trae al texto la STS 1079/2008 (RJ 2008, 6057), según la cual «imagen accesoría es aquella que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal»; en relación con la accesoriedad respecto al texto de la noticia, lo ilustra con cita a la STS 888/1992 (RJ 1992, 8079) que sostuvo que la accesoriedad del art. 8.2.c) Ley 1/1982 «se está refiriendo a aquellos casos en que la información periodística se realiza por medio de fotografías en las que se plasma un suceso o acontecimiento o en el que el texto escrito va ilustrado con fotografías del evento objeto de la información»²³. En consecuencia, la imagen de una persona anónima es accesoría cuando ilustra o acompaña de forma secundaria a la noticia, no revistiendo el elemento principal de la misma; y, además, su imagen de la persona no es el elemento principal de la ilustración completa.

En suma, no existirá intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen por la divulgación de una fotografía de una persona si: i) consintió tal divulgación; ii) de sus actos propios podía inferirse que consentía la divulgación de la imagen; iii) la imagen hubiera sido tomada u obtenida de un lugar abierto al público o en un acto público respecto a una persona con proyección pública; así como iv) si la imagen, incluso de una persona sin proyección pública, ilustrara un suceso o acontecimiento público siempre que la imagen de la persona fuera meramente accesoría.

III. STC 27/2020: HECHOS, HISTORIA DEL CASO Y FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. HECHOS DEL CASO Y PRONUNCIAMIENTO DEL TRIBUNAL SUPREMO

En 2013 el diario *La opinión-El correo de Zamora* publicó un reportaje sobre un suceso consistente en que el demandante fue disparado por su hermano, que

²³ Lo que permitiría concebir a una imagen de primer plano de una persona como accesoría de la noticia textual (Gómez Corona, 2014: 98).

se suicidó posteriormente. En el artículo publicado, tanto en su versión digital como impresa, se ofrecían datos que permitían identificar a la víctima, tales como su nombre y el de su fallecido hermano, las iniciales de sus apellidos, el apodo de su hermano, la dirección del domicilio familiar, información sobre que el padre había sido médico en un pueblo de la provincia (identificándolo) y que la madre padecía Alzheimer. En adición, en el reportaje publicado en la versión impresa del diario se incluía una fotografía de medio cuerpo del demandante, víctima del suceso, que había sido obtenida de su cuenta pública de Facebook, donde constituía la foto de su perfil.

En estas circunstancias, el demandante interpuso una demanda contra el diario solicitando que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, interesando que se condenara a la parte demandada a indemnizarle con 30.000 euros en concepto de daños morales padecidos, entre otros pedimentos. De forma resumida, el diario alegaba de contrario que los datos e imagen divulgados se referían a un suceso veraz, de forma que el derecho a la información debía primar sobre el derecho a la intimidad, así como que no se publicaron datos morbosos [art. 8.1.c) LO 1/1982]; que la foto fue obtenida del perfil público de Facebook del demandante, de forma que, por sus actos propios, debía entenderse consentida la utilización de dicha imagen [art. 2.1 LO 1/1982], así como que la imagen era accesoria respecto a la información aportada en el reportaje [art. 8.2.c) LO 1/1982].

La demanda fue estimada íntegramente en primera instancia, así como en segunda tras la apelación de la demandada que, frente a ello, recurrió ante el Tribunal Supremo. Por su parte, el Tribunal Supremo declaró que no existió intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, sino únicamente en el derecho a la propia imagen. En concreto, comprendió que la intromisión en la intimidad no podía considerarse grave puesto que se trataba de un periódico de ámbito provincial, de forma que la información divulgada no aumentaba significativamente el conocimiento de los acontecimientos que ya pudieran tener los convecinos de la víctima.

No obstante, el Tribunal Supremo sí estimó la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del demandante puesto que la publicación de una fotografía por su titular en su perfil de Facebook, siendo accesible por el público de la red social, no comporta autorización para que un tercero la reproduzca en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular. El Tribunal Supremo razonó que la finalidad de la publicación en una red social por su titular es la comunicación con terceros por medio de dicha red, pero no la publicación en un medio de comunicación, de modo que su publicación en abierto en una red social no constituye consentimiento ni acto propio a efectos del art. 2 LO 1/1982. A mayores, la fotografía no aportaba

contenido informativo ni completaba el hecho noticiable, pues no fue tomada en el lugar del suceso, ni podía ser considerada accesoria en el sentido del art. 8.1.c) LO 1/1982. Así las cosas, el Tribunal Supremo declaró vulnerado el derecho a la propia imagen del demandante y redujo el importe de la indemnización a la mitad, habida cuenta de la estimación de vulneración de uno solo de los dos derechos fundamentales cuya vulneración se alegaba.

2. EL FALLO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Frente a la sentencia del Tribunal Supremo, el diario *La opinión-El correo de Zamora* interpuso un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional por comprender que dicho fallo vulneraba su derecho a comunicar libremente información veraz. En este sentido, el demandante de amparo argumentó que la necesidad de consentimiento expreso del titular de la imagen para su utilización (art. 2 de la LO 1/1982) cedía en aquellos supuestos en los que existiera un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considerase constitucionalmente prevalente (art. 8.1 LO 1/1982). De suerte que, si la narración de la noticia quedaba amparada por la libertad de información, la reproducción de la imagen del demandante debía quedar igualmente justificada por la prevalencia de ese mismo derecho a comunicar libremente información por cualquier medio de difusión, incluida la fotografía, aún más cuando su finalidad era meramente complementar la noticia y la imagen era neutral y respetuosa con la víctima [art. 8.2 c) LO 1/1982]. En adición, razonaba que, dado que la víctima publicó su foto en un perfil público que no restringía el acceso a terceros, cuando podría haber configurado su red social como privada, ello debía constituir un acto propio a efectos del art. 2.1 LO 1/1981; además de haber consentido expresamente la utilización de sus imágenes por terceros de conformidad con el apartado 2.4 de la Declaración de derechos y responsabilidades de Facebook.

El Ministerio Fiscal, por su parte, interesó la desestimación del amparo puesto que la publicación de la imagen reconocible de la víctima resultaba intrascendente, superflua e innecesaria a efectos de la información transmitida por el periódico, de modo que «no cumplía con el estándar de proporcionalidad exigible para el ejercicio legítimo de la libertad de información, pues lejos de permitir alcanzar el fin de formación libre de la opinión pública, se limitaba a alentar una cierta morbosidad gráfica en los lectores»²⁴.

²⁴ Con apoyo en las STEDH de 4-12-2012 (PROV 2012, 377344), que declaró que el hecho de que la información periodística publicada goce de interés público no justifica automáticamente la publicación de la fotografía de la persona concernida; STEDH

Por su parte, el Tribunal Constitucional partió recordando que la regla general es que «para poder captar, reproducir y/o publicar la imagen de una persona es indispensable su consentimiento inequívoco, siendo excepcionales los supuestos en los que no se requiere dicha autorización y que aparecen contemplados en la Ley Orgánica 1/1982». Asimismo, reiteró que el derecho a la propia imagen alcanza también a las fotografías neutrales²⁵, esto es, aquellas que no contengan información gráfica sobre la vida privada o familiar del sujeto²⁶. De este modo, el hecho de que la imagen fuera neutra, como la calificaba el diario, no la excluye del ámbito de protección del derecho a la propia imagen. Criterio acertado, pues, como apunta Rovira-Sueiro (2015: 89), «si dejamos al margen las imágenes que lesionan el honor y la intimidad, aquellas otras consentidas y aquellas en las que existe un interés público relevante o aquellas ligadas al ejercicio legítimo de la libertad de información, ¿qué es lo que queda del derecho a la propia imagen? Nada».

Así pues, sentado lo anterior, efectuó un análisis de todas las excepciones que habrían permitido al diario publicar válidamente la imagen de la víctima sin incurrir en una intromisión ilegítima, como pasamos a exponer.

2.1. Inaplicabilidad de la excepción del art. 8.2. a) LO 1/1982: las redes sociales no constituyen un lugar abierto al público

El Tribunal Constitucional comienza rememorando que, como excepción a la regla general, el derecho a la propia imagen de las personas públicas cede cuando exista un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente sobre el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen [art. 8.1.a) LO 1/1982]. Por consiguiente, cuando el derecho a la propia imagen entra en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, como es la libertad de información [art. 20.1 d) CE], deben ponderarse los diferentes

de 25-2-2016 (PROV 2016, 50683), que insistió en que ha de distinguirse entre el contenido del artículo publicado y la fotografía difundida a efectos informativos; así como en la STEDH de 19-10-2017 (PROV 2017, 263970), según la cual las barreras de protección que derivan del derecho a la imagen no deben disminuir en favor de la libertad de información.

²⁵ STC 208/2013 (RTC 2013, 208): «[e]l aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación».

²⁶ SSTC 81/2001 (RTC 2001, 81); 176/2013 (RTC 2013, 176); STC 208/2013 (RTC 2013, 208); STEDH 15-1-2009 (TEDH 2009, 10), etc.

intereses enfrentados²⁷. Para realizar esta ponderación, debe tomarse en consideración la relevancia pública de la información en relación con la persona afectada, de forma que la imagen sea pertinente. De este modo, el derecho a la propia imagen de los personajes públicos ha de sacrificarse en favor del derecho a la información exclusivamente cuando este sacrificio resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática. En consecuencia, el Tribunal Constitucional insistió en que el derecho a la propia imagen de los personajes públicos solo ha de ceder si la publicación de la imagen posee interés público por contribuir a la formación de la opinión pública, pero no cuando no aporte ningún valor añadido a la información publicada, estando dirigida únicamente a suscitar o satisfacer la curiosidad ajena por conocer el aspecto físico de otros²⁸.

Ahora bien, cuando la imagen corresponde a un particular anónimo o desconocido, incluso cuando la imagen fuera captada en lugar público, no podría reproducirse sin su consentimiento expreso, salvo en dos supuestos: i) «que la persona aparezca en la fotografía de manera meramente accesoria e intrascendente, sin protagonismo alguno» o ii) «que la participación en el acontecimiento noticable de la persona inicialmente anónima fuera principal o protagonista, en cuyo caso su derecho fundamental a la imagen deberá ceder frente al derecho a la información, precisamente debido al papel no accesorio que ha asumido el propio sujeto». Siendo así que la víctima del suceso devino protagonista de la noticia, procede evaluar si concurren los requisitos para la publicación de la persona —transitoriamente— pública, a saber, si la imagen se captó (u obtuvo) de un lugar público, y si la imagen era noticable.

El Tribunal Constitucional inició su análisis sobre la particularidad esencial del caso, esto es, las implicaciones de las redes sociales en la configuración tradicional de los límites de los derechos de la personalidad, aclarado algo que debería ser evidente: «[l]os usuarios [de las redes sociales y la *Web*

²⁷ SSTC 105/1990 (RTC 1990, 105); 72/2007 (RTC 2007, 72); 156/2001 (RTC 2001, 156).

²⁸ SSTC 232/1993, de 12 de julio (RTC 1993, 232), y 19/2014 (RTC 2014, 19), respecto a la excepción de publicación de imágenes de personajes públicos tomadas también en lugares públicos [art. 8.2. a) LO 1/1982], reiteran que solo debe aplicarse cuando la información transmitida posea relevancia por contribuir a la formación de la opinión pública o a un debate de interés general, como sucede cuando la imagen versa sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere, o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada, pero no cuando tan solo está dirigida a suscitar o satisfacer la curiosidad ajena por conocer el aspecto físico de otros o con lo que a juicio de ciertos medios pueda resultar noticioso en un momento determinado.

2.0] continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica». A pesar de ello, es obvio que la publicación de datos, opiniones e imágenes en las redes sociales comporta un cierto grado de pérdida del poder de decisión del usuario acerca de su destino. No en balde, el Tribunal Constitucional niega rotundamente que las redes sociales constituyan lugares abiertos al público:

[...] el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa de manera más absoluta —como parece defender la demandante de amparo— que lo privado se haya tornado público, puesto que *el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público»* del que habla la Ley Orgánica 1/1982, ni puede afirmarse que los ciudadanos de la sociedad digital hayan perdido o renunciado a los derechos protegidos en el art. 18 CE.

Como apunta Messía de la Cerda Ballesteros (2020: 5) «[s]e trata de una conclusión de enorme trascendencia jurídica, por cuanto la misma da al traste con las ideas preconcebidas que la mayoría de los usuarios de redes e interesados en general tenían al respecto». Es más, de conformidad con los criterios expuestos por Rovira-Sueiro (2015: 55), citados *ut supra*, la consideración de Facebook como lugar no abierto al público habría de comportar la existencia de una intromisión ilegítima, no solo en el derecho a la propia imagen, sino también en el derecho a la intimidad (art. 7.5 LO 1/1982 en relación con su supuesto de hecho «4») —captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de una persona en lugares privados y momentos no privados—.

Así pues, la tácita pérdida de control de datos o imágenes no puede justificar la absoluta conculcación de los derechos fundamentales en el entorno digital, de modo que, al entorno digital le resultan de aplicación los mismos principios que al entorno analógico. Específicamente, como puntualiza el Tribunal Constitucional, «salvo que concurra una autorización inequívoca para la captación, reproducción o publicación de la imagen por parte de su titular, la injerencia en el derecho fundamental a la propia imagen debe necesariamente estar justificada por el interés público preponderante en tener acceso a ella y en divulgarla», por lo que pasará a evaluar si existió o no consentimiento de la víctima.

2.2. Inaplicabilidad de la excepción del art. 2 LO 1/1982: subir una foto a una red social en abierto no constituye consentimiento tácito para su uso por terceros

Tras ello, el Tribunal Constitucional rechazó que la publicación de fotos en las redes sociales, incluso en cuentas configuradas como públicas o con

el mínimo grado de privacidad, constituyera una suerte de consentimiento tácito para ser utilizadas por terceros con posterioridad. Esto es así porque, habida cuenta que el derecho fundamental a la propia imagen es irrenunciable, no cabe un consentimiento tácito previo y genérico para cualquier tipo de uso y con cualquier finalidad u objeto. El consentimiento del titular debe autorizar un acto concreto y vincularse a las finalidades para las que se otorga dicha autorización, igual que sucede en el entorno analógico: la autorización para la captación de una imagen no se extiende a actos distintos, como su difusión; el consentimiento prestado para publicar una imagen no alcanza a la autorización para publicar otras imágenes ni para publicar la imagen en otros medios, reportajes ni con otras finalidades, etc. Por el contrario, el consentimiento que presta el usuario de una red social al subir una foto a su perfil o cuenta no es para que pueda ser reproducida por terceros, sino que «tan solo *consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido* (perfil, muro, etc.)».

Tampoco acepta el Tribunal Constitucional que la publicación de imágenes en las redes sociales pueda comportar un acto propio que autorice a los terceros para utilizar las imágenes ajenas. Recuerda el Tribunal de Garantías que la doctrina de los actos propios trata de proteger la confianza generada por una determinada conducta en el tercero al que se le han creado expectativas razonables de actuar de un determinado modo. Sin embargo, con buen criterio, concluyó que la publicación de una fotografía en una red social no podía comportar un acto propio que creara la confianza de estar autorizado para utilizarla en una crónica de sucesos.

De conformidad con el comportamiento usual de los usuarios en las RSI, y especialmente en aquellas como Facebook, no puede afirmarse que [la víctima] con la publicación de una fotografía suya en su perfil estuviera creando en la editora demandante de amparo (o cualquier otro medio de prensa) la confianza de que autorizaba su reproducción en el periódico como víctima de un suceso, como tampoco puede afirmarse que haya sido el comportamiento voluntario de [la víctima] el factor que haya podido inducir a la demandante de amparo a obrar en tal sentido, pues ningún tipo de relación personal existía entre ambos a raíz de la utilización de la red social.

Igualmente lo razonaba con acierto la STS 91/2017 (RJ 2017, 302), que ya hubo alcanzado la misma conclusión que el Tribunal Constitucional.

Que el titular de una cuenta en una red social en Internet permita el libre acceso a la misma, y, de este modo, que cualquier internauta pueda ver las fotografías que se incluyen en esa cuenta, no constituye, a efectos del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, un «acto propio» del titular del derecho a la propia imagen que excluya del ámbito protegido por tal derecho la publicación de la fotografía en un medio de comunicación. Tener una cuenta o perfil en una red social en Internet, en la que

cualquier persona puede acceder a la fotografía del titular de esa cuenta, supone que el acceso a esa fotografía por parte de terceros es lícito, pues está autorizada por el titular de la imagen. Supone incluso que el titular de la cuenta no puede formular reclamación contra la empresa que presta los servicios de la plataforma electrónica donde opera la red social porque un tercero haya accedido a esa fotografía cuyo acceso, valga la redundancia, era público. Pero no supone que quede excluida del ámbito protegido por el derecho a la propia imagen la facultad de impedir la publicación de su imagen por parte de terceros, que siguen necesitando del consentimiento expreso del titular para poder publicar su imagen.

No es óbice para ello que el perfil de la víctima fuera público, esto es, accesible para cualquier usuario de Internet, como tampoco lo es la adhesión a la alegada cláusula 2.4 de la Declaración de derechos y responsabilidades de Facebook, según la cual «cuando publicas contenido o información con la configuración ‘Público’, significa que permites que todos, incluidas las personas que son ajenas a Facebook, accedan y *usen* dicha información y la asocien a ti (por ejemplo, tu nombre y foto del perfil)». La razón de ello, argumenta el Tribunal Constitucional, reside en que los usuarios aceptan las condiciones generales de la red social sin ni siquiera leerlas y careciendo de toda capacidad negociadora, por lo que la adhesión a estas condiciones no puede constituir «una manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta indiscriminadamente el tratamiento de su imagen por cualquier tercero que pueda tener acceso a ella». A mayor abundamiento, el perfil público es el que se activa por defecto, de suerte que un usuario poco avezado podría estar operando bajo esta modalidad de publicidad máxima sin ser consciente de ello, deviniendo completamente vulnerable a intromisiones (de lo que ya advertía Subires Mancera, 2011: 1097)²⁹. Todo lo anterior se suma a que las condiciones generales son oscuras y de difícil acceso —«la información ofrecida en la red social está inmersa en una maraña de cláusulas contractuales [...] en lugares del sitio *web* de difícil acceso»—, que dichas condiciones pueden ser modificadas por la plataforma en cualquier momento sin preaviso y que existen cláusulas contradictorias

²⁹ En contra de todo ello se posicionaba Gil Vallilengua (2016: 179): «desde el momento en el que los PSRS permiten que el usuario configure su propia privacidad a través de las medidas de gestión de la red social, no se les puede achacar otra cosa que la configuración inicial predeterminada sea la más pública posible por defecto y no al revés. Por tanto, debe ser el usuario el que establezca el nivel de acceso a su perfil personal, a sus amigos, a los amigos de sus amigos, en toda la red social o fuera de ella. Reside en el propio usuario, por tanto, la posibilidad de limitar y regular el grado de exposición de las informaciones y datos personales que incorporan el resto de usuarios respecto a él».

—en criterio del TC—, como la citada de contrario por el Tribunal, a saber, la cláusula 5.7 que advierte a los terceros que «[s]i recopilas información de usuarios: deberás obtener su consentimiento previo, dejar claro que eres tú (y no Facebook) quien recopila la información y publicar una política de privacidad que explique qué datos recopilas y cómo los usarás». Así pues, el Tribunal Constitucional comprendió que:

[...] el ciudadano desconoce la mayor parte de las veces el contenido real y las consecuencias del otorgamiento de la autorización exigida para su registro y utilización, pues resultan de no fácil comprensión para cualquier usuario medio que no disponga de conocimientos jurídicos y tecnológicos, por lo que difícilmente en este caso puede hablarse de un consentimiento basado en información fiable o confiable³⁰.

Debe ser destacado que, en el trámite ante el Tribunal Supremo, el diario no alegó nada sobre estas cláusulas, que fueron traídas por Álvarez Olalla (2017: 459) a su comentario a dicha sentencia ensayando que «cabría preguntarse cuál habría sido el argumento del Tribunal Supremo en caso de que tales cláusulas hubieran sido alegadas por el periódico que utilizó las fotografías. Quizá el argumento a esgrimir sería la ausencia real de consentimiento dado que normalmente los usuarios aceptan las condiciones de uso del servicio sin ni siquiera leerlas».

En conclusión, el Tribunal Constitucional rechazó el argumento del diario «acerca de la existencia de autorización por el titular del derecho a la imagen para su uso por terceros por el solo hecho de haber publicado o ‘subido’ una fotografía suya en su perfil de la red social Facebook, cuya finalidad es la interrelación social con otros usuarios».

2.3. Inaplicabilidad de la excepción del art. 8.2. c) LO 1/1982: la imagen no tenía contenido informativo ni era accesoria

Habiendo sido rechazado por el Tribunal Constitucional que existiera consentimiento de la víctima para la utilización de su foto de perfil de Facebook por el diario (art. 2 LO 1/1982), así como que Facebook fuera

³⁰ Véase, al respecto, Salvador y Gutiérrez (2010: 670-671), quienes aportan una tabla sobre la frecuencia con que los usuarios leen la política de privacidad de las redes sociales («siempre: 4,1%; casi siempre: 7,7%; algunas veces: 21,7%; raramente: 26,2%; nunca: 35,6%; y no sé cómo hacerlo: 4%»), concluyendo que «una gran mayoría de los internautas desconocen las políticas de privacidad de los sitios que visita y que afectan no solo al tratamiento de sus datos personales, de su intimidad y vida privada sino, por extensión, a los derechos a la propia imagen e incluso al honor».

equiparable a un lugar abierto al público [art. 8.2.a) LO 1/1982], el Tribunal Constitucional pasó a analizar si la intromisión podía considerarse legítima de conformidad con la excepción restante [art. 8.2.c) LO 1/1982], a saber, que la imagen aportara información gráfica sobre un suceso de forma meramente accesorio.

A este respecto, el Tribunal de Garantías comenzó reiterando que no existe duda respecto a la conveniencia de informar a la comunidad sobre el acaecimiento de sucesos de relevancia penal³¹, independientemente de que las personas afectadas sean privadas, siempre y cuando la información no trate de individualizar a la víctima de forma directa o indirecta, pues la individualización de la víctima es trivial e indiferente para el interés público³². Por tanto, los sucesos criminales son acontecimientos noticiables con el límite de «la individualización, directa o indirecta, de la víctima, pues este dato no es de interés público porque carece de relevancia para la información que se permite transmitir»³³. A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional incidió que la propia Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito advierte que los poderes públicos han de ofrecer protección a la víctima, no solo reparadora, sino también minimizadora de los daños morales que pueda padecer³⁴.

En consecuencia, el Tribunal comprendió que la publicación de la imagen transgredía dicho límite puesto que «la información gráfica devenía ociosa o superflua por carecer la fotografía de la víctima de interés real para la transmisión de la información, en este caso la realización aparente de un homicidio y posterior suicidio». Hasta la publicación, la víctima era una persona anónima que se transformó momentáneamente en personaje público plenamente identificado a causa, precisamente, de la publicación y difusión de su imagen. Así pues, el Tribunal Constitucional compartió criterio con el Ministerio Fiscal en el sentido de rechazar que el carácter noticiable de una información no convierte, por sí misma, en noticiable la imagen de la persona concernida³⁵. Además, insistió en que la publicación de una fotografía

³¹ SSTC 127/2003 (RTC 2003, 127) y 587/2016 (RJ 2016, 4729).

³² SSTC 178/1993 (RTC 1993, 178); 320/1994 (RTC 1994, 320); 154/1999 (RTC 1999, 154); 185/2002 (RTC 2002, 185); así como STEDH de 11-1-2005 (TEDH 2005, 1).

³³ SSTC 20/1992 (RTC 1992, 20); 219/1992 (RTC 1992, 219); 232/1993 (RTC 1993, 232); 52/2002 (RTC 2002, 52); 121/2002 (RTC 2002, 121); 127/2003 (RTC 2003, 127).

³⁴ Argumento esgrimido también por Álvarez Olalla (2017: 450), quien criticaba que el Tribunal Supremo no hubiera apreciado vulneración del derecho a la intimidad.

³⁵ Igualmente, STEDH 4-12-2012 (JUR 2012, 377344).

comporta una intromisión mayor en la privacidad de la persona pues la hace identificable, a diferencia de la transmisión de la información textual.

Por otra parte, en relación con la excepción de accesoriedad de la imagen, el Tribunal explicó que:

Rectamente entendida, [...] está prevista para aquellos sujetos particulares cuya imagen aparece secundariamente en una fotografía o grabación cuyo objeto principal es otro [SSTC 72/2007 (RTC 2007, 72), FJ 5, y 158/2009 (RTC 2009, 158)]. Así, puede afirmarse que las imágenes de los simples particulares solo pueden aparecer accesoriamente en la información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, salvo que su participación en el acontecimiento noticiable hubiera sido principal y no meramente accesoría y cuando además dicha participación hubiera sido voluntaria. De este modo, quien libremente se proyecta en un espacio y lugar públicos como partícipe principal de un hecho noticiable ha de estar, como expresamente establece la Ley Orgánica 1/1982 (RCL 1982, 1197), a sus propios actos (art. 2), pues debe entenderse que está prestando, en tal sentido, su consentimiento a la confrontación de tales actos por la opinión pública³⁶.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional valoró el contexto en el que se insertó la imagen de la víctima para evaluar si la imagen podía considerarse o no accesoría. En concreto, se publicó la imagen de cintura hacia arriba de la víctima junto a su nombre e iniciales de sus apellidos, acompañados del siguiente texto «[a] la izquierda, imagen del fallecido (A.I.L.) que hirió a su hermano (I.I.L.) y se pegó un tiro a continuación en una imagen colgada por él en un portal de Internet. A la derecha, el hermano herido en una foto de su perfil en Facebook». En atención a ello, el Tribunal Constitucional comprendió que la imagen hacía identificable a la víctima, lo que aún era más facilitado por los datos personales aportados en el texto, de suerte que la imagen no era accesoría, sino que fue convertida en componente principal y nuclear del contenido de la información publicada por el periódico, por lo que no podía ser caracterizada como secundaria o intrascendente.

Más aún, la imagen no era noticiable, no tenía interés informativo alguno, ya que no guardaba relación con el suceso sobre el que se estaba informando, «lo que hacía totalmente innecesaria la reproducción de la imagen identificable del rostro de la víctima, como tampoco contribuía realmente a la satisfacción de la función institucional propia de dicha libertad, esto es,

³⁶ Como podría suceder al participar en una manifestación.

a la formación de una opinión pública libre y plural propia de un Estado democrático»³⁷.

Como consecuencia de todo lo anterior, el Tribunal Constitucional concluyó que, incluso cuando la finalidad fuera informar sobre el suceso, no concurría la debida proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a la información y el respeto a la propia imagen de la persona privada afectada. Por consiguiente, el Tribunal Constitucional rechazó la pretensión de amparo del diario, puesto que se produjo un sacrificio desproporcionado del derecho a la propia imagen de la víctima, de suerte que la publicación de la fotografía constituyó una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la víctima que no podía encontrar protección en el derecho a comunicar libremente información veraz.

IV. COMENTARIO: DERECHOS DE LA PERSONALIDAD EN EL ENTORNO DIGITAL

1. CONSENTIMIENTO, ACTOS PROPIOS Y REDES SOCIALES

Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, que coincide con el criterio sostenido por el Tribunal Supremo en la STS 91/2017, queda por fin aclarado que la publicación de una foto en el perfil de una red social de una persona anónima, configurado con carácter público o sin restricciones de privacidad, comporta —exclusivamente— el consentimiento expreso del titular a que dicha imagen sea accedida por los usuarios de Internet (Valdecantos, 2017: 6-7). Nada más.

Dicha actuación no constituye consentimiento expreso para que sea utilizada por cualquier tercero, para cualquier acto y con cualquier finalidad, como, por ejemplo, la futura publicación en una crónica de sucesos en la que, en principio, nadie espera verse envuelto. Tampoco constituye, en modo alguno, un acto propio que pudiera generar en el periódico la confianza de que contaba con la aquiescencia de la víctima para que publicara su foto de perfil de Facebook tras el trágico suceso. De hecho, la argumentación del demandante de amparo solo podría tener sentido si se refiriera, con carácter general, a todos los usuarios de las redes sociales con perfiles no restringidos, y no a este usuario en particular, con quien no tenía ningún contacto, por lo que difícilmente sus actos propios pudieron generarle ninguna confianza. En este sentido, tal razonamiento comportaría que todas las imágenes de perfiles

³⁷ Como explicaron las SSTC 107/1988 (RTC 1988, 107); 171/1990 (RTC 1990, 171); 214/1991 (RTC 1991, 214); 40/1992 (RTC 1992, 40); y 85/1992 (RTC 1992, 85).

públicos de las redes sociales podrían ser utilizados por cualquier tercero con cualquier finalidad, como si ello comportara una renuncia tácita general al derecho a la propia imagen (ello sin abordar los eventuales problemas de propiedad intelectual), lo que nos parece descabellado y contrario al carácter irrenunciable, previamente, de los derechos. Como explica Messía de la Cerda Ballesteros (2020):

En otros términos, la imagen de un sujeto incluida por el mismo en redes sociales no puede ser utilizada en cualquier contexto o medio porque, como ha señalado el Tribunal Supremo, su salida de la propia red puede suponer una opción contraria a los usos sociales. He aquí un nuevo límite a la libertad de información por razón del origen de la información. A la misma conclusión ha llegado el Tribunal Constitucional en la reciente Sentencia 27/2020, de 24 de febrero, en relación con el derecho a la propia imagen. En definitiva, parece que los órganos judiciales y constitucionales abogan por una limitación de los posibles usos de las redes sociales que se ciñan o remitan, exclusivamente, a aquellos que son propios de su naturaleza, funcionalidad y objetivo: la conexión e interacción entre personas en el propio medio de la red, sin que pueda entenderse que la publicación de una información en ella permita una expansión sin límites a través de otros medios ajenos a esta. [...]. De lo contrario, se estaría consagrando una especie de consentimiento indefinido, que estiraría de forma desmesurada el alcance de la voluntad y, con ello, vaciaría de contenido el derecho fundamental a la propia imagen y le privaría de la adecuada protección.

Consecuentemente, la publicación por personas anónimas de fotografías en sus redes sociales, configuradas como públicas, no comporta conceder un carácter público a dichas imágenes que restrinja la posibilidad del titular de oponerse al tratamiento por terceros, en ejercicio de la faceta negativa de su derecho a la propia imagen (Salas Carceller, 2017: 86). Por lo tanto, la publicación de imágenes de personas anónimas obtenidas de sus redes sociales exige el previo consentimiento expreso, específico e informado del titular, por muy público que sea su perfil en la red social que se trate. Asimismo, aunque exceda al objeto de este comentario a la STC 27/2020, debe recordarse que las imágenes que permitan la identificación de una persona constituyen datos personales (art. 4.1 RGPD), por lo que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen habría de comportar, al tiempo, la vulneración del derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE)³⁸.

³⁸ Para más información al respecto, véanse Martínez Martínez (2010), Rico y López (2012), Gómez Corona (2014), Gil Vallilengua (2016), Martínez Otero (2016), etc.

2. LAS REDES SOCIALES COMO LUGARES NO PÚBLICOS Y SUPUESTOS DE HECHO ALTERNATIVOS

Recordemos que, respecto a la realidad analógica, un lugar abierto al público es aquel que resulte de uso normal por una generalidad de personas que accedan a él fuera del ámbito estricto de la vida privada, y no todo lugar al que pueda acceder cualquier persona³⁹. A la luz de esta definición cabría concebir que el perfil de un usuario anónimo de Facebook no resulta de uso (acceso) normal por una generalidad de personas, por más que pueda ser, *de facto*, accedido por cualquiera. Parece, en este sentido, que es equiparable a la playa recóndita de la que se hablaba en la STS 1144/2008 (RJ 2009/1352). Evidentemente, el «lugar» o perfil es accesible por cualquiera, pero quien accederá a él o visualizará su contenido normalmente serán sus propios contactos, así como quien, activamente, busque el perfil y acceda a él, lo que tampoco será «general», sino realizado por quien, al menos, conozca al titular de la cuenta. Con todo, también son ciertas las reservas manifestadas por Messía de la Cerda Ballesteros (2020: 5) al rechazar hablar de que, tras el fallo, las redes sociales puedan ser calificadas de lugares «privados», pues «la realidad de las cosas no indica que las redes sociales, por su propia configuración, no permitan una difusión incalculable de las informaciones que circulan por ellas».

Así las cosas, cabría preguntarse qué habría sucedido si la publicación de la imagen se hubiera producido dentro de la propia red social. En este sentido, Messía de la Cerda Ballesteros (2020: 8-9) pone el acento en el hecho de que el uso de la imagen se realizara extramuros de la red social:

[...] se trata de una ampliación injustificada y excesiva de los fines o posibilidades de empleo de la información, dado que no se solicitó de manera precisa y expresa la voluntad acorde para la divulgación en medios extramuros de la red social. Es decir, más que ante un supuesto de consentimiento tácito, estaríamos ante otro de «oferta o solicitud tácita», por emplear una expresión gráfica, lo cual resulta inadmisibles a todas luces [...] En conclusión, la subida de la imagen a la cuenta no es equiparable a un consentimiento para el uso de la misma *fuera del ámbito de la propia red social*.

No obstante, nosotros no consideramos que lo relevante sea que la imagen hubiera sido divulgada fuera de la red social, pues, de serlo, cabría

³⁹ SSTS, Civil, 499/2014 (RJ 2014, 5045); 405/2014 (RJ 2014, 4412); 42/2014 (RJ 2014, 845); 518/2012 (RJ 2012, 8371); 435/2011 (RJ 2011, 5831); 166/2011 (RJ 2011, 2770); 332/2010 (RJ 2010, 3715); 400/2009 (RJ 2009, 3392); 388/2009 (RJ 2009, 3385); 1144/2008 (RJ 2009, 1352).

sostener que sí habría sido válido que el diario publicara o compartiera la imagen de la víctima en su propio muro de Facebook al dar cuenta de la noticia publicada, como parece admitir Messía de la Cerda Ballesteros⁴⁰. En este caso, consideramos que la finalidad del consentimiento prestado para mantener comunicaciones y contactos sociales, permitir el acceso por usuarios, etc., queda diluido y transmutado a un consentimiento para, de nuevo, ilustrar una crónica de sucesos en otro de los medios de divulgación del medio de comunicación.

Por otro lado, sentado que las redes sociales no son lugares abiertos al público, cabe preguntar qué habría sucedido si la imagen compartida en el diario hubiera sido obtenida del perfil de una red social de un personaje público. Todo parece indicar que, dado que las redes sociales no son propiamente lugares abiertos al público, debería obtenerse su consentimiento para la publicación con finalidades distintas a las propias de la red social (Martínez Otero, 2016: 124)⁴¹. Ahora bien, si la imagen integrara un acto público desarrollado en la propia red social del que se trate de dar cuenta, sí podría concebirse que cabe acompañar al hecho noticiable con una imagen obtenida de la red social en cuestión, como explica Flores Anarte (2020: 373-374):

[...] no podemos descartar que el Tribunal Constitucional pudiera considerar constitucionalmente válida una interpretación del artículo aplicada a las RSI que considerara lícita la utilización por terceros de la información gráfica de una persona conocida públicamente que esta misma ha compartido en sus redes sociales por entender que tal acto podría identificarse con la noción de acto público contenida en el art. 8.2.a) LO 1/1982. ¿De qué otra forma sino como acto público se podría cali-

⁴⁰ Para Messía de la Cerda Ballesteros (2020: 9) tal publicación sí podría ser legítima: «la divulgación por tales usuarios podría encajar dentro de lo que el TS, apoyándose en la legislación de protección al honor, la intimidad y la propia imagen, denominó ‘los usos sociales de Internet’». Nótese que la cuestión es distinta a que alguien con autorización para hacerlo capte la imagen de una persona y, después, sin autorización para ello, la publique en su red social: véanse, al respecto, Escribano Tortajada (2015: 81-84), Atienza Navarro (2011: 148 y ss.). Así como, por ejemplo, la STS 131/2006 (RJ 2006, 830), según la cual consentir la captación de una fotografía de grupo no comporta consentir la difusión de la imagen, ni constituye acto propio a estos efectos.

⁴¹ En contra, De Verda y Beamonte (2017: 309): «si la persona es conocida y se informa de un suceso de relevancia social, no debieran existir inconvenientes para poder ilustrar la información relativa a dicha persona pública con una imagen tomada de su perfil de Facebook, como no existe ningún obstáculo para que, en aras de la libertad de información, pueda publicarse una fotografía suya, captada en un lugar abierto al público».

ficar, por ejemplo, la reproducción en directo de un vídeo que un personaje público comparta a través de sus redes sociales mientras simultáneamente miles de personas siguen su reproducción en línea? En este sentido, no encontramos inconveniente alguno en entender este tipo de situaciones como actos públicos a los efectos del art. 8.2 a) LO 1/1982, independientemente de su naturaleza virtual.

Con todo, la SAP de Zaragoza 327/2020 (JUR 2020\223798) ha comprendido que, incluso cuando las redes sociales no constituyan un lugar abierto al público, especialmente en el caso enjuiciado en que la cuenta no era pública y la foto se obtuvo del muro de un «amigo» del afectado que compartió la imagen, el hecho de que el titular de la imagen ostente la condición de personaje público, sí justifica la publicación de la misma en prensa si ostenta relevancia informativa. Pese a que la SAP de Zaragoza cite la STC 27/2020, acaba primado el derecho a la información frente al derecho a la propia imagen por el interés de la imagen para la opinión pública, con independencia del lugar —no público— del que fue obtenida [cfr. art. 8.2 a) LO 1/1982]:

[...] según hemos visto y la referida STC 27/2020 sostiene, la existencia de una foto en las redes sociales no es *per se* una autorización a publicarla en otro escenario o contexto distinto, tampoco que con la incorporación a la red social concreta se haya aceptado un condicionamiento general de la empresa que soporta la información que permita el acceso y difusión a terceros de la información subida o incorporada por el afectado. Sin embargo, el carácter de cargo público que el actor tiene le da un interés social a la publicación de la fotografía del que no gozarían otros supuestos. [...] [L]a justificación de la publicación de la misma tiene su origen en el cargo público que desempeñaba el actor y en el interés que la opinión pública tiene en conocer la existencia de conductas contrarias de sus representantes electos al sentir generalizado de los ciudadanos.

Otro interrogante consiste en determinar si existiría vulneración del derecho a la propia imagen por obtener una foto de un perfil público de una red social para acompañar de forma accesoria al hecho noticiable cuando la imagen obtenida, verdaderamente, fuese noticiable y accesoria respecto a la noticia y a la propia imagen del titular del perfil en relación con la fotografía en su conjunto. Imaginemos, por ejemplo, que la fotografía en cuestión fuera una imagen de una manifestación que ofreciera una panorámica de los asistentes de suerte que la imagen del titular de la red social no apareciera en posición prioritaria ni resaltada. En este caso, parece que no existiría vulneración del derecho a la propia imagen, por ser una imagen noticiable y

accesoria, sin perjuicio del derecho a la propiedad intelectual del autor de la instantánea⁴².

3. EXCURSO SOBRE EL DERECHO A LA INTIMIDAD

No podemos omitir en este comentario nuestra opinión respecto a la desestimación, por parte de la STS 91/2017, de la existencia de vulneración del derecho a la intimidad de la víctima como consecuencia de la publicación de su imagen, nombre e iniciales de sus apellidos, dirección de la vivienda familiar, datos laborales del padre y municipio en el que desarrolló su profesión, así como sobre la enfermedad de su madre. Todo lo anterior no solo hacía perfectamente identificable a la víctima y sus familiares, sino que era de todo punto irrelevante para informar sobre el suceso de relevancia penal, de forma que solo podía tener como finalidad, precisamente, facilitar la identificación de los involucrados para satisfacer la obscena curiosidad ajena.

En este sentido, el Tribunal Supremo tomó en consideración que la noticia se acomodaba a los cánones de la crónica de sucesos y que no se expusieron los hechos con extralimitación morbosa, ni se desvelaron *hechos íntimos sin relación con lo sucedido*, sin que se hiciera siquiera referencia a la causa de la desavenencia familiar. Con todo, nos parece patente que informar sobre que el padre de la víctima y agresor había sido el médico de un determinado municipio carecía de relación absoluta con el suceso y comportaba una extralimitación morbosa destinada a facilitar la identificación de los afectados, y lo mismo cabe concluir sobre el hecho de que la madre de ambos padeciera Alzheimer, ni tiene relación con la noticia ni aporta información sobre el hecho noticiable. En cualquier caso, tras ello concluyó que la intromisión no podía ser grave, puesto que, en síntesis, sus convecinos —de toda la provincia, y no de su municipio, pues el diario era provincial— ya estarían al tanto de lo ocurrido, de suerte que no había intromisión ilegítima por el mero hecho de considerar que no fue grave:

La intromisión en la intimidad personal y familiar del demandante que supone la información del artículo periodístico *no puede considerarse grave*. En un ámbito geográfico reducido, como Zamora, pues se trataba de un periódico de ámbito provincial, la información que se contiene en el artículo periodístico no aumenta significativamente el conocimiento que de un hecho de esas características, ocurrido en una vivienda de la ciudad y en el seno de una familia conocida, podían tener sus convecinos. [...] En este caso, *dado que la gravedad de la intro-*

⁴² Igualmente, Flores Anarte (2020: 371-372).

misión en la intimidad no es intensa, que el interés de la noticia (y, por tanto, la relevancia pública momentánea de los implicados en ella) es importante en el contexto de una ciudad como Zamora, y que la información se acomodó a los cánones de la crónica de sucesos, la sala considera que debe prevalecer el derecho a la información ejercitado a través del medio de prensa.

Naturalmente, la decisión ha sido unánime criticada por los comentaristas de la resolución⁴³. Así, De Verda y Beamonte (2017: 306) rechazaba que el criterio de gravedad fuera acertado para determinar si la intromisión fue o no legítima:

[...] principalmente, había que preguntarse si la intromisión, consistente en revelar la identidad de la víctima, era o no necesaria para transmitir una noticia que, sin duda, era relevante. Yo creo que no, pero es que, además, la valoración sobre la baja intensidad de la intromisión es discutible: ciertamente, el demandante no había sido objeto de un delito que objetivamente fuera especialmente ofensivo para su dignidad (como puede serlo un delito de violación o de violencia de género), pero, a mi entender, no tenía por qué soportar ser señalado ante sus vecinos como víctima de un asesinato frustrado, cometido por su propio hermano, posteriormente muerto por suicidio. Me parece que estamos ante un delito particularmente morboso, susceptible de alimentar la curiosidad ajena, especialmente, la de los habitantes de un ámbito geográfico reducido; por ello, estimo que, por muy justificada que estuviera la crónica del suceso, la revelación de la identidad del demandante supuso una injerencia desproporcionada en su derecho a la intimidad.

Asimismo, resaltaba el autor que resulta contradictorio afirmar, por un lado, «que la libertad de información autoriza a desvelar la identidad de la víctima; y, por otro, que no es lícito ilustrar una noticia de interés general usando una foto de la persona afectada» (De Verda y Beamonte, 2017: 310).

Por su parte, Álvarez Olalla (2017: 450) destaca que la propia Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito ordena a los poderes públicos, en su art. 34, que fomenten la autorregulación de los medios de comunicación social de titularidad pública y privada en orden a preservar la intimidad, la dignidad y los demás derechos de las víctimas, con la finalidad, natural, de proteger a las víctimas y reducir al máximo los efectos traumáticos del delito y la revictimización. De este modo, concluye la autora que «[n]o puede decirse, en este sentido, que la sentencia que comentamos haya ido por la senda de minimizar los efectos traumáticos ni la victimización secundaria de nuestro demandante». Asimismo, insiste

⁴³ Álvarez Olalla (2017); De Verda y Beamonte (2017); Yzquierdo Tolsada (2017).

en que la gravedad de la intromisión no puede constituir un criterio para decidir si la intromisión fue legítima o no, sino solo para decidir el *quantum* indemnizatorio:

Aduce el Tribunal Supremo, además, que la intromisión no fue grave. La gravedad no es un criterio que sirva para cualificar la intromisión como legítima o ilegítima, sino para cuantificar el daño (art. 9.3 LO 1/1982). La falta de gravedad se relaciona también con el hecho de que, según se recoge en la sentencia, lo acaecido era notorio en la sociedad zamorana y la noticia no contribuyó a aumentar el conocimiento que del hecho se tenía. Este argumento no puede justificar una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad. Como mucho, sirve para minimizar el daño de cara al abono de la indemnización solicitada por el demandante (Álvarez Olalla, 2017: 452).

A mayor abundamiento, debe resaltarse que existen precedentes al respecto en los que la comunicación del nombre de la víctima, iniciales de los apellidos y dirección, fue considerada identificación de la víctima y causante de una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad [SSTS 127/2000 (RJ 2000,751); 661/2016 (RJ 2016/5242)]⁴⁴, sin que parezca apropiado conferir una protección discriminatoria a las víctimas en virtud de su género o tipo de delito grave padecido.

En conclusión, la STC 27/2020 aplica al milímetro su doctrina tradicional al nuevo supuesto de hecho impuesto por la era digital, a saber, la obtención de imágenes de los mayores repositorios de imágenes privadas de la actualidad: de las redes sociales. En este sentido, la novedad que reviste esta sentencia consiste en haber aplicado por vez primera dicha doctrina a las redes sociales y, esencialmente, en haber aclarado que no constituyen lugares abiertos al público, así como que la adhesión a sus condiciones generales no puede comportar una renuncia genérica a los derechos fundamentales de los usuarios. No obstante, debe reconocerse que el fallo contribuye ineludiblemente a aportar seguridad a los usuarios de las redes sociales que pueden contar con que, incluso cuando no sean usuarios avezados con capacidad para configurar el nivel de privacidad como desearían, sus imágenes no podrán ser utilizadas legítimamente por cualquier tercero para cualquier finalidad.

⁴⁴ En relación, ambas, a mujeres víctimas de delitos sexuales o violencia de género, sin que nos parezca que la evitación de la victimización secundaria y protección de la víctima deba quedar reducido a estos supuestos.

Bibliografía

- Agut García, M^a. T. (2020). El uso de fotografías obtenidas de las redes sociales: nueva doctrina constitucional sobre la colisión del derecho fundamental a la propia imagen con el derecho a la información. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 27/2020, de 24 de febrero. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 448, 182-190.
- Álvarez Olalla, M^a. P. (2017). Intromisión legítima en el derecho a la intimidad de víctima de delito, e ilegítima en el derecho a la propia imagen. Fotografía tomada de Facebook para su utilización en un medio de información. Comentario a la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 302). *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 104, 445-460.
- AtiENZA Navarro, M. L. (2011). Algunas cuestiones acerca de la responsabilidad civil por intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen. En J. R. De Verda (coord.). *El Derecho a la Imagen desde todos los puntos de vista* (pp. 141-166). Cizur Menor: Aranzadi; Thomson Reuters.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (2014). La protección del honor y de la imagen de los discapacitados. *Aranzadi civil-mercantil*, 11, 45-49.
- Blasco Gascó, F. P. (2008). Algunas cuestiones del derecho a la propia imagen. En *Bienes de la personalidad* (pp. 13-92). Murcia: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia.
- De Verda y Beamonte, J. R. (2017). Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 6, 302-312.
- Díez Ballesteros, J. A. (2020). Responsabilidad por vulneración del derecho a la propia imagen de un detenido por abusos sexuales a menores por la publicación de un reportaje de una fotografía suya obtenida de su perfil privado de una red social: Sentencia del Tribunal Supremo 697/2019, de 19.12.19. *Revista de responsabilidad civil, circulación y seguro*, 2, 43-46.
- Escribano Tortajada, P. (2015). Algunas cuestiones sobre la problemática jurídica del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen en Internet y en las redes sociales. En A. Favos y P. Conde (coords.). *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI* (pp. 61-85). Madrid: Dykinson.
- Flores Anarte, L. (2020). Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero. *Estudios de Deusto*, 68 (1), 335-376. Disponible en: [https://doi.org/10.18543/ed-68\(1\)-2020pp335-376](https://doi.org/10.18543/ed-68(1)-2020pp335-376).
- Gil Vallilengua, L. (2016). Los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales: la difusión no consentida de imágenes. *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, 14, 161-190. Disponible en: <https://doi.org/10.18172/redur.4153>.
- Gómez Corona, E. (2011). Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e Internet. En L. Cotino (ed.). *Libertades de expresión e información en Internet y las*

- redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías* (pp. 444-466). Valencia: Servei de Publicacions de la Universitat de València.
- (2014). *La propia imagen como categoría constitucional*. Cizur Menor: Aranzadi.
- Martínez Martínez, R. (2010). Protección de datos personales y redes sociales: un cambio de paradigma. En A. Rallo y R. Martínez (coords.). *Derecho y redes sociales* (pp. 83-116). Madrid: Civitas.
- Martínez Otero, J. M^a. (2016). Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 106, 119-148. Disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.106.03>.
- Méndez Tojo, R. (2017). La protección jurisdiccional civil frente a las intromisiones ilegítimas en el derecho a la intimidad y a la propia imagen en Internet y redes sociales. *Actualidad Civil*, 10, 3.
- Messía de la Cerda Ballesteros, J. A. (2020). Derecho a la propia imagen versus libertad de información en redes sociales: la STC 27/2020, de 24 de febrero. *Actualidad Civil*, 4, 6.
- Paños Pérez, A. (2014). Sentencia del 18 de febrero de 2013. La ponderación entre la libertad de expresión e información y el derecho a la intimidad personal y a la propia imagen. *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, 95, 13-34.
- Pina Barrajón, M^a. N. (2017). Interpretación de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen en relación con el derecho de información. *Documentos de Trabajo. Seminario Permanente de Ciencias Sociales*, 12, 1-11.
- Rico Carrillo, M. y López Jiménez, D. (2012). El derecho al honor, intimidad e imagen y la protección de datos personales en las redes sociales. *Anuario iberoamericano de Derecho notarial*, 1, 433-472.
- Rovira-Sueiro, M^a. E. (2015). Más de treinta años de vigencia de la LO 1/1982, de 5 de mayo, ¿sigue siendo la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen una asignatura pendiente? *Aranzadi civil-mercantil*, 8, 51-96.
- Rubio Torrano, E. (2017). Hechos noticiables, interés general de la información y atentados a la intimidad y a la propia imagen. *Aranzadi civil-mercantil*, 1, 23-25.
- Salas Carceller, A. (2017). Derecho fundamental a la propia imagen: Comentario a la sentencia del TS, Sala Primera, núm. 91/2017, de 15 febrero. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 81-86.
- Salvador Benítez, A. y Gutiérrez David, M^a. E. (2010). Redes sociales y medios de comunicación: desafíos legales. *El profesional de la información*, 19 (6), 667-674. Disponible en: <https://doi.org/10.3145/epi.2010.nov.14>.
- Salvador Coderch, P.; Rubí Puig, A. y Ramírez Silva, P. (2011). Imágenes veladas: Libertad de información, derecho a la propia imagen y autocensura de los medios. *Indret*, 1, 1-51.
- Subires Mancera, M^a. P. (2011). Libertad de expresión frente a privacidad en la red. El riesgo de la vulneración de los derechos a la intimidad y a la propia imagen en las redes sociales y otras aplicaciones de la Web 2.0. En J. C. Suárez-Villegas

- (coord.). *La ética de la comunicación a comienzos del siglo XXI: Libro de actas del I Congreso Internacional de Ética de la Comunicación* (pp. 1093-1103). Sevilla: Editorial Eduforma.
- Tello Díaz, L. (2013). Intimidad y «extimidad» en las redes sociales. Las demarcaciones éticas de Facebook. *Revista Científica de Educomunicación*, 41, 205-213. Disponible en: <https://doi.org/10.3916/C41-2013-20>.
- Valdecantos, M. (2017). Derecho a la propia imagen y derecho a la información: Las redes sociales como fuente para los medios tradicionales de comunicación y la STS 91/2017, de 15 de febrero. *Actualidad Civil*, 3, 98-104.
- Velasco Núñez, E. (2015). Derecho a la imagen: tratamiento procesal penal. *Diario La Ley*, 8596, 1-48.
- Yzquierdo Tolsada, M. (2014). Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen). En F. Reglero y J. M. Busto (coords.). *Tratado de Responsabilidad Civil* (pp. 1366-1498). Cizur Menor: Arazandi.
- (2017). Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de Febrero de 2017 (91/2017). En M. Yzquierdo (coord.). *Comentarios a Las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil* (pp. 347-358). Madrid: Dykinson. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/j.ctt22nmdgb>.