

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA  
DEL TRIBUNAL SUPREMO  
DE 28 DE JULIO DE 2022 (593/2022)**

**El derecho a la propia imagen  
no presenta singularidad  
en la plataforma Youtube respecto a otras plataformas  
(Facebook, Twitter o Instagram)**

Comentario a cargo de:  
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad Complutense de Madrid  
Consejero Académico de Cuatrecasas

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE JULIO DE 2022**

**RoJ:** STS 3212/2022 - **ECLI:** ES:TS: 2022: 3212

**ID CENDOJ:** 28079119912022100008

**PONENTE:** EXCMO. SR. DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

**Asunto:** Nueva sentencia acerca de la prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la propia imagen. Las soluciones dadas en anteriores sentencias por el Tribunal Supremo para otras plataformas no han de ser distintas para el caso de Youtube.

**Sumario:** 1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo. 5.1. *¿Hacia falta una nueva sentencia plenaria?* 5.2 *De nuevo sobre el juicio de ponderación en los casos de colisión de derechos fundamentales.* 5.2.1. El derecho a la propia

imagen. 5.2.2. El derecho a comunicar y recibir información veraz 5.3. *El nuevo marco: la sociedad digital.* 5.3.1. Facebook, Twitter, Instagram, Tuenti. 5.3.2. ¿Presenta Youtube alguna singularidad? 5.4. *Prevalencia en el caso de la libertad de información. Valoración del ámbito de reserva que, según sus propios actos, cada persona mantiene para sí y su familia.* 5.5. *Conclusión.* 6. *Bibliografía.*

## 1. Resumen de los hechos

Unas fotografías del actor que habían sido obtenidas de la plataforma Youtube habían sido utilizadas para ilustrar tres reportajes emitidos en el magazín «El Programa de Ana Rosa», y que informaban sobre una operación contra el narcotráfico en Mallorca. De hecho, el demandante se encontraba implicado y había sido detenido por ello. En la demanda contra Mediaset España Comunicación, S.A. (en adelante, Mediaset) se reclamaba la declaración de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, así como la condena al pago de 220.000 euros, a la retirada de todas las imágenes relativas a su persona en los reportajes aludidos, y también a la retirada de todas las plataformas en las que pudieran encontrarse los mismos. La demanda relataba que en los programas se hacía mención a un clan de los que controlan la droga en Mallorca, señalándose al demandado y a su familia como los directos herederos del negocio regentado por la mayor narcotraficante de toda la isla.

La demandada interesaba la desestimación de la demanda en todas y cada una de las pretensiones deducidas. La representación de Mediaset alegó que las fotografías ilustraban acerca de una investigación de la Guardia Civil –de hecho, provenían de una fuente tan fiable como es el propio instituto armado– y que se emitieron en el marco de una información de interés público. Se alegaba también que la crónica mantenía un tono neutral, pues incluso se le había permitido al afectado que se grabara su imagen para dar su versión de los hechos.

## 2. Solución dada en primera instancia

El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Palma de Mallorca dictó sentencia en la que se declaraba la vulneración pretendida, pues se trató de una difusión de imágenes obtenidas sin consentimiento de unos vídeos subidos al canal YouTube por el hijo del actor. Se condenaba a la demandada al pago de 30.000 euros y se ordenaba la retirada de todas y cada una de las imágenes contenidas en los reportajes y de todas las plataformas en las que pudieran estar.

### 3. Solución dada en apelación

La Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca dictó sentencia de fecha 2 de noviembre de 2020. Efectuando una ponderación de los derechos en conflicto, confirmó la sentencia recurrida, al entender que el derecho a la propia imagen había de prevalecer con respecto a la libertad de información. Las diferencias entre las formas de funcionamiento de Facebook y YouTube no habían de tener repercusión ante unas fotos obtenidas (y, desde luego, difundidas) sin el consentimiento de su titular, con escenas del ámbito personal y familiar del actor, desvinculadas de la comisión de cualquier infracción penal y carentes, por ello, de interés informativo Nada importaba que tiempo después, al salir del juzgado, el actor hubiera contestado a unas preguntas efectuadas por un periodista de la entidad demandada, permitiendo la grabación de su imagen. Por último, se reputó que la indemnización establecida, al producirse la intromisión a través de veintidós fotografías y en tres programas diferentes de un medio de comunicación social, era proporcional a la entidad de la intromisión sufrida.

### 4. Los motivos alegados ante el Tribunal Supremo

El recurso de Mediaset se interpuso por infracción del art. 20.1. a) y d) CE en relación con el art. 18.1, y por incorrecta aplicación de los art. 2.1, 7.5 y 8.2. c) de la LO 1/1982, con interpretación indebida de la doctrina jurisprudencial correspondiente. En lo que toca a la libertad de información, se argumentaba que en los reportajes concurría interés informativo indudable, que el actor tenía una también inequívoca proyección pública por su implicación en los hechos delictivos, que no se le mostraba en circunstancias vergonzantes o vejatorias y que la información era veraz al haber sido obtenida de fuentes fiables como la propia Guardia Civil.

Y en cuanto al derecho a la propia imagen, la recurrente aducía que las imágenes eran accesorias de la información, y además, al continuar alojadas y colgadas en la plataforma Youtube, seguían siendo susceptibles de ser compartidas libre e ilimitadamente.

En un segundo motivo, se insistía en que, de existir intromisión ilegítima, la indemnización concedida en la sentencia recurrida era desproporcionada.

El Ministerio Fiscal se opuso al recurso, si bien entendió que la indemnización fijada era desproporcionada, postulando que se fijara en la suma de 6000 euros.

### 5. Doctrina del Tribunal Supremo

#### 5.1. *¿Hacía falta una nueva sentencia plenaria?*

Nuevamente vuelvo a hacerme la misma pregunta que vengo haciendo desde hace años en buen número de los capítulos dedicados a las sentencias

plenarias de la Sala Primera en materia de derechos de la personalidad. Y vuelvo a reproducir alguna reflexión contenida en el Prólogo del primer volumen de esta colección y en algunos de los comentarios (2017, pg. 268, 2018, pgs. 351, 361 y 383, 2019, pg. 219 y 2020, pg. 290). Cuando esta obra comenzó, la idea que latía en el ambiente era la de que la colección iba a tener una vida relativamente efímera, pues la intención de quienes componían la Sala Primera –y señaladamente, de su entonces Presidente, el Excmo. Sr. Don Juan A. Xiol– consistía en poner orden a las conocidas contradicciones preexistentes en la jurisprudencia civil. Pensábamos editor y director que llegaría un día, más pronto que tarde, en el que se unificarían criterios y en el que los juristas tendríamos, gracias a ello, mucho que celebrar.

Con las comentadas en este volumen, ya son 418 las sentencias plenarias. Desde luego que unas cuantas se deben, en efecto, a la existencia de previas contradicciones en la jurisprudencia. Y como dije en el Prólogo (2008, pg. 19), «en la jurisprudencia civil no ha sido difícil encontrar a lo largo del último cuarto de siglo sentencias diametralmente opuestas ante supuestos de hecho que son, en esencia, completamente idénticos. Tampoco tendencias jurisprudenciales que se presentan como verdaderas máximas cuando lo cierto es que responden a una manera de entender las cosas o de interpretar las normas propia y peculiar de uno o varios Magistrados, de espaldas a lo que la ley y la recta razón dicen de verdad».

Pero entenderá cualquier lector avisado que no había ni de lejos 418 asuntos en los que existieran criterios contradictorios. Hay otras razones. Por ejemplo, ha habido sentencias plenarias que parecen situar la necesidad de ser plenarias porque existía contradicción, sí, pero no dentro de la Sala, sino entre distintas Audiencias Provinciales. Y que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales es, desde luego, razón suficiente para que exista interés casacional (artículo 477.3 LEC), pero no se entiende muy bien que ello justifique una deliberación plenaria.

Otras veces se trata de aspectos que se abocaron al Pleno de la Sala por meras razones de visibilidad del asunto en sí o de las personas de los litigantes. También las hay abordan «temas nuevos» que, precisamente por ser nuevos, no pudieron nunca dar lugar a contradicciones, pero convenía sentar una doctrina uniforme.

Y por último, las hay que repiten lo dicho en otra anterior (la que es objeto de este comentario pertenece a este grupo), acaso para que nadie pueda traer a colación que una sentencia, por muy plenaria que sea, no sienta jurisprudencia si no es reiterada.

Desde luego que la Ley Orgánica 1/1982, sin duda la ley de desarrollo de los derechos fundamentales que más jurisprudencia ha generado en nuestro país, vio la luz cuando aún nuestra sociedad pertenecía a lo que Lacruz Berdejo llamaba «galaxia Gutenberg». Internet primero, y después las redes sociales han dado lugar a nuevos problemas que eran inimaginables en 1982, relacionados con el derecho al honor o a la intimidad, y también –como es el caso

de esta nueva sentencia—, con el derecho a la propia imagen. De problemas relacionados con Facebook ya se habían ocupado las SSTS de 15 de febrero de 2017 y 19 de diciembre de 2019. De Twitter se ocupó la de 20 de julio de 2018. Tal vez la novedad es que en la STS de 28 de julio de 2022 las imágenes estaban en Youtube.

Pero la sentencia reproduce buena parte de las tres últimas citadas y establece una doctrina que tiene poco o nada de novedoso. Y es que en un ámbito tan extraordinariamente casuístico como es el de los derechos gobernados por la Ley Orgánica 1/1982, se antoja prácticamente imposible unificar criterios. Por lo demás, no tiene Youtube unas especificidades que, a los efectos que interesan, precisen una argumentación nueva y distinta a la que el Tribunal Supremo había mantenido ya en relación con otras plataformas.

### 5.2. *De nuevo sobre el juicio de ponderación en los casos de colisión de derechos fundamentales*

Con precisión puntualiza el Alto Tribunal que el asunto litigioso no era propio del terreno de la libertad de expresión, sino de la libertad de información, pese a la cita incorrecta que se hacía en el recurso del art. 20.1 a) CE. Es llamativo que el demandante ejercitara solamente una acción en defensa de su derecho a la propia imagen, cuando resultaba que ésta había servido para ilustrar en tres programas de televisión de notable audiencia que daban información acerca de un clan importante de narcotráfico en el cual se decía que el afectado estaba involucrado. Por la misma razón, el consabido juicio de ponderación era el propio de un conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen.

«Determinar el peso de algo» es la primera acepción de la palabra «ponderar» en el DRAE, lo que en términos más eruditos significa *«la operación racional y motivada de examinar el grado de intensidad y trascendencia con el que cada uno de los derechos fundamentales en colisión resulta afectado, con la finalidad de elaborar una regla resolutoria que permita solventar el conflicto objeto del proceso, y, de esta manera, determinar cuál ha de prevalecer, en tanto en cuanto no existen derechos absolutos, que deban gozar de una incondicionada prioridad en cualquier contexto de enfrentamiento entre sus respectivos núcleos de protección jurídica. En dicho juicio de ponderación, debemos determinar cuál de los derechos en conflicto tiene mayor peso para reputarlo prevalente, en tanto en cuanto no puedan convivir, de forma armónica, en la balanza del derecho»*. Con claridad meridiana, ya dijo esto el Tribunal Supremo en las SSTS de 31 de enero y 20 de abril de 2022, sentencias muy próximas en el tiempo a la que es objeto del presente comentario, y el texto es reproducido nuevamente en ésta.

En principio, y desde un punto de vista axiológico abstracto, la libertad de información ha de gozar de una protección reforzada, dada la función constitucional que le corresponde para formar opinión pública en un estado democrático. Pero eso no significa que se trate de un derecho absoluto y sin límites.

Repetidamente ha dicho el Tribunal Supremo que las libertades reconocidas en el art. 20 CE encuentran sus límites más señalados precisamente en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen del art. 18. Ahora bien, esto último tampoco significa que entonces el derecho a la propia imagen necesariamente haya de prevalecer. Y en eso consiste precisamente la ponderación, que siempre habrá de llevarse a cabo caso por caso.

A partir de ahí, la sentencia establece el marco conceptual propio de cada derecho, nuevamente con cita de abundante jurisprudencia, aunque con reflexión que no presenta novedad alguna.

### 5.2.1. EL DERECHO A LA PROPIA IMAGEN

Por lo pronto, el derecho a la propia imagen consiste, como ya pudo leerse en la STS de 21 de diciembre de 2021, en el «*derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos personales de su titular que puede tener difusión pública y, por lo tanto, abarca la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental*». Ello comporta una faceta positiva, que consiste, por un lado, en la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, y por otro, le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. Y también comporta una faceta negativa, a saber, la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de la imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, y sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta. Todo ello ya lo había señalado, también en Pleno de la Sala, la STS de 19 de diciembre de 2019.

Es importante resaltar que se trata de un derecho autónomo respecto de los derechos al honor y a la intimidad. En esta sentencia queda patente de nuevo que la LO 1/1982, pese a contener un régimen aparentemente genérico de todos los derechos regulados (honor, intimidad personal, intimidad familiar y propia imagen), trata de derechos de diferentes contornos. Ya el Tribunal Constitucional, en STC 139/2001, de 18 de junio, sentó que el derecho a la propia imagen es autónomo de los demás. De hecho, únicamente el art. 8.2 se ocupa de uno solo de los derechos (el de la propia imagen en particular), mientras que en el resto de los artículos, o se llama a los cuatro por su nombre, o las normas se refieren a los cuatro derechos de modo más o menos explícito, pero siempre juntos y revueltos. Es a la jurisprudencia de cuarenta años a la que debemos la elemental precisión que no hizo el legislador: puede haber una intromisión que sea legítima en el derecho a la propia imagen pero ilegítima en el derecho al honor (vgr., una buena caricatura, hecha según los cánones al uso, pero que denigre al caricaturizado), u otra que sea legítima en el derecho al honor pero no lo sea en el derecho a la intimidad (pues la información dada sobre el sujeto era veraz pero invadía el terreno de lo íntimo), por sólo poner dos ejemplos.

Y, en definitiva, la regla ha de ser que para poder captar, reproducir o publicar la imagen de una persona, es indispensable su consentimiento inequívoco, más allá de los casos muy excepcionales previstos en el art. 8.2 LO 1/1982: a) captación, reproducción o publicación de imágenes 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; b) utilización de la caricatura de acuerdo con el uso social; c) imagen meramente accesoria de una información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público. Si no se trata de estos casos, el consentimiento ha de ser absolutamente inequívoco. Y además, ha de ser un consentimiento otorgado «al efecto» (art. 2.2º), como después veremos al trasladar la reflexión al marco de la sociedad digital.

### 5.2.2. EL DERECHO A COMUNICAR Y RECIBIR INFORMACIÓN VERAZ

Nada nuevo tampoco en la descripción del otro derecho en conflicto, y que da lugar al ejercicio de ponderación. Se trata de la libertad de información, que comprende «el derecho a informar libremente» (dimensión activa) y el «derecho a ser informado» (dimensión pasiva), cuyo objeto son «hechos susceptibles de contraste con datos objetivos», cuyos titulares son «los miembros de la colectividad y los profesionales del periodismo» y cuyo contenido es el de comunicar y en recibir información veraz. La STS de 28 de julio de 2022 cita numerosas sentencias anteriores en este sentido, aunque no considera necesario –acaso porque ello es bien sabido ya– recordar que la veracidad no significa verdad objetiva sino diligencia profesional. Una información puede ser objetivamente falsa, pero si los datos de los que se nutrió fueron obtenidos con diligencia, rigor y contraste de las fuentes, no existirá intromisión ilegítima.

### 5.3. *El nuevo marco: la sociedad digital*

#### 5.3.1. FACEBOOK, TWITTER, INSTAGRAM, TUENTI

Pero es que el juicio de ponderación tiene en la actualidad un contexto bien distinto al que tenía ante sí el legislador en 1982. Dice la sentencia que *«el uso masivo de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, así como el papel que desempeñan las redes sociales en internet, suponen la aparición de nuevos escenarios en los que entran en colisión los derechos fundamentales de las personas, y en los que los usuarios, inicialmente simples receptores o consumidores de contenidos, se convierten ahora en sujetos que incorporan a las redes información propia que, con mayores o menores limitaciones, comparten con los demás en procesos de interacción»*.

Y, con apoyo en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la sentencia reclama que, ante los nuevos métodos de obtención de la información, se precisa una vigilancia reforzada.

También se cita al respecto una interesante jurisprudencia constitucional: *«los usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores*

*de contenidos creados por terceros, a otra (...) en la que los contenidos son producidos por ellos mismos. Con plataformas como Facebook, Twitter, Instagram o Tuenti, por citar solo algunas, los usuarios (porque jurídicamente ostentan tal condición) se han convertido en sujetos colaborativos, ciudadanos que interactúan y que ponen en común en redes de confianza lo que tienen, lo que saben o lo que hacen, y que comparten con un grupo más o menos numeroso de destinatarios –usuarios igualmente de la redes sociales en Internet– todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos ( ) de modo que en pocas décadas ha pasado de ser un sujeto pasivo receptor de información a un sujeto activo que elabora, modifica, almacena y comparte información» (STC 27/2020, de 24 de febrero).*

Es cierto, en fin, que el art. 2.2 establece que no existe intromisión ilegítima cuando el titular del derecho «hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso», aunque éste no tiene por qué ser formal, sino que basta con que sea «un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas». Así, no ofrece dudas la intención que tiene quien sube su imagen a Facebook. El Supremo cita aquí la STS de Pleno de 15 de febrero de 2017, que yo mismo comenté en el volumen correspondiente de esta colección (2018, pgs. 347 y ss.). A mi juicio, el adjetivo «expreso» se debe combinar, para quedar claro lo que el legislador quiso decir, con la locución «al efecto». El consentimiento del sujeto para que una ilegítima posterior no tenga carácter ilegítimo ha de ser un consentimiento dado «al efecto». A «ese» efecto, «para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social», con la consiguiente posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de la cuenta e interactuar con su titular. No «a otro efecto», como es «hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta». En el caso, la imagen del sujeto, tomada de su perfil de Facebook, había servido para ilustrar un reportaje acerca de un episodio violento sufrido en el seno de una conocida familia de Zamora. Un individuo había herido a su hermano con arma de fuego y después se había suicidado. La sentencia entendió que debía prevalecer el derecho a la información veraz sobre el derecho a la intimidad, y no consideró que hubiera intromisión ilegítima en este derecho, aunque sí la hubiera en el derecho a la propia imagen. Recurrída en amparo, fue éste desestimado por la STC 27/2020, de 24 de febrero.

Ese alcance limitado del consentimiento también se encuentra en la STS de Pleno de 19 de diciembre de 2019 (Yzquierdo, 2020, pgs. 199 y ss.), según la cual no queda legitimada la utilización inconsentida de la imagen en un medio de comunicación, y ni siquiera cuando la imagen se pone al servicio de una información noticiable como es la detención y entrada en prisión del acusado de la comisión de un delito. Una cosa es la reproducción de la imagen sujeto en el acto del juicio, entrando en el edificio del tribunal, en el curso de la reconstrucción judicial de los hechos, lo cual es algo que puede considerarse como imagen accesoria de la información gráfica sobre un suceso o acaeci-

miento público (art. 8.2.c), acomodada a los cánones de la crónica de sucesos y, por tanto, acorde con los usos sociales (art. 2.1), y otra bien distinta si se trata de una imagen obtenida de una cuenta de una red social y difundida sin su consentimiento y sin que, obviamente, haya relación de ninguna clase con los hechos cuya relevancia pública justifica la emisión de la información.

Por lo mismo, tuvo respuesta distinta el caso de la STS plenaria de 20 de julio de 2018 (Yzquierdo, 2019, pgs. 217 y ss.), de la que también la sentencia que aquí se comenta contenía una breve alusión, que merece aquí un relativo mayor desarrollo. En el caso, era Twitter la plataforma en cuestión. La fotografía se había tomado de un determinado sitio web de acceso general, y la doctrina establecida descartó la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, aunque sí la hubiera en el derecho a la intimidad, pues la información revelaba cuestiones acerca de la salud del actor. La utilización privada en cuentas de Twitter de particulares de las imágenes que se hallan disponibles al público en Internet sí puede considerarse como una «consecuencia natural» de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. *La inclusión de una imagen en un twit equivale en buena medida a la inclusión en el propio twit del enlace a la web en que tal imagen se halla. Conforme a lo previsto en el art. 2.1, los «usos sociales» legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, twits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien «retuiteando» el twit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro twit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un link o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, excluyen el carácter ilegítimo de la pretendida intromisión en el derecho a la propia imagen».*

En definitiva, cabe decir que, sin necesidad de que haya habido modificaciones de la LO 1/1982 al respecto, se puede concluir que los usuarios de las redes sociales continúan siendo titulares de sus derechos, y el contenido de los mismos sigue siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, la persona sigue pudiendo controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen. El entorno digital no es el «lugar abierto al público» al que se refiere el art. 8.2.a para precluir la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Si la captación, reproducción o publicación de la imagen no se encuentra justificada por el interés público y la libertad de información, tendrá que existir autorización inequívoca al efecto pretendido y sólo a éste. Se trata de un consentimiento concreto y bien definido, que ni se extiende a otros usos ni tampoco a actos posteriores (STC 27/2020, de 24 de febrero).

### 5.3.2. ¿PRESENTA YOUTUBE ALGUNA SINGULARIDAD?

Después de relatar la STS de 28 de julio de 2022 que las imágenes habían sido incorporadas a Youtube por el hijo del actor, y que éste en ningún momento cuestionó esa circunstancia, entiende la sentencia que ello implica

un consentimiento a tal incorporación. Pero resulta algo sorprendente que se planteen, en epígrafe propio, las consecuencias jurídicas que ha de tener la subida de las imágenes a la plataforma Youtube. De hecho, la sentencia dice, como si ello fuera una singularidad propia de esta plataforma, que *«YouTube es un sitio web, que permite a sus usuarios subir vídeos para que otros puedan visionarlos en cualquier momento y de manera online»*. Pero dice más: *Youtube «permite configurar la privacidad de los vídeos incorporados para controlar quién puede acceder a su contenido y dónde aparecerá, bajo tres niveles u opciones: público, oculto o privado. En la primera de ellas, cualquier usuario de Youtube puede ver los vídeos de tal forma anexados. Además, se pueden compartir con cualquier persona que use la plataforma»*.

Sin embargo, no hay tal singularidad. Tanto Facebook como Twitter permiten a los usuarios subir vídeos para que otros puedan verlos en línea en cualquier momento, y lo pueden hacer también desde su teléfono móvil o computadora. En ambas plataformas los usuarios pueden ajustar la privacidad de sus vídeos y eliminarlos por completo. En Facebook, los usuarios pueden anexas vídeos a su perfil o página, y también pueden transmitir vídeos en vivo a través de Facebook Live. Además, Facebook también tiene una suerte de videoteca donde los usuarios pueden descubrir y visualizar vídeos populares de todo el mundo.

Y en el caso de Twitter, los vídeos se pueden subir directamente a Twitter o a través de servicios de alojamiento de vídeo externos como YouTube o Vimeo. Además, Twitter también tiene una función de transmisión en vivo llamada Periscope, que permite a los usuarios transmitir en vivo y compartir vídeos en tiempo real con su audiencia.

En Facebook, cuando un usuario comparte un vídeo en su perfil o en una página, puede seleccionar la audiencia específica que tendrá acceso al vídeo. Las opciones de audiencia incluyen „Público“, „Amigos“, „Amigos excepto...“ y „Personalizado“, entre otras. Y en cuanto a Twitter, los vídeos pueden ser públicos (visibles para cualquier persona), privados (visibles solo para los seguidores aprobados) o no listados (solo accesibles a través de un enlace directo). Además, los usuarios también pueden seleccionar quién puede responder a sus vídeos, limitando la respuesta solo a personas que siguen la cuenta o mencionándolas específicamente.

En una palabra, no es una cualidad específica de Youtube el que el usuario pueda seguir teniendo el control sobre los vídeos incorporados a la plataforma. Naturalmente que el titular de la imagen no se desprende de su derecho, porque no existe *«una supuesta presunción de autorización de uso indiscriminado que derivase del simple y único dato de la incorporación del vídeo a esta plataforma»*. Y por la misma razón, el consentimiento que un usuario pueda haber otorgado para publicar una imagen no legitima para que ésta pueda ser utilizada con una finalidad distinta.

Todo lo anterior es también predicable de Instagram. No se olvide además que Instagram fue comprada por Facebook en 2020. En cuanto a Tuenti, plataforma que es también mencionada en la STC 27/2020, dejó de existir en 2022.

5.4. *Prevalencia en el caso de la libertad de información. Valoración del ámbito de reserva que, según sus propios actos, cada persona mantiene para sí y su familia*

Pues bien, cuando la sentencia va llegando al final y parecía de su lectura que el Alto Tribunal iba a desestimar el recurso de Mediaset tras una argumentación clara y decidida acerca de la prevalencia del derecho a la propia imagen, el apartado 3.6 del Fundamento tercero da un giro inesperado al discurso. La prevalencia en el caso la tiene el derecho a la información. Y debo decir que a mi juicio, el resultado (aunque parecía inesperado), resulta impecable, aunque hay alguna matización que hacer.

Eso sí, a base de hacer acopio de argumentos, a mi juicio hay dos que no eran necesarios, y que acaso no fuera correcto hacer:

(v) *«(...) las fotos difundidas no están dirigidas a suscitar o satisfacer la curiosidad ajena por conocer el aspecto físico del actor (...) tampoco se corresponden con momentos íntimos o especialmente privados de la vida del demandante».*

(vii) *«El tratamiento de la información es respetuoso con la persona del actor, sin insultos o descalificaciones injuriosas o despectivas, sin perjuicio de la atribución de los presuntos hechos delictivos, que no son objeto de la demanda por supuesta afectación del derecho al honor».*

En efecto, el epígrafe (v) habría sido oportuno para un caso de colisión entre libertad de información y derecho a la intimidad, y el epígrafe (vii) lo habría sido si el conflicto se hubiese suscitado entre libertad de información y derecho al honor. El objeto de la demanda era exclusivamente la intromisión en el derecho a la propia imagen. Y entonces, la sentencia valora lo siguiente:

(i) *«No se cuestiona el contenido del reportaje emitido por la entidad demandada, referente al narcotráfico en la isla de Mallorca, en el que aparece el demandante como investigado, sino la proyección incontestada de su imagen, obtenida de la plataforma Youtube, a través de veintidós fotografías, proyectadas en tres sucesivos programas de televisión».*

(ii) *«(...) la información difundida está contrastada. El actor estuvo privado de libertad por estos hechos, al menos durante diez meses, hasta que obtuvo su libertad provisional con una fianza de 50.000 euros. La información recoge la imagen oscurecida del capitán de la Guardia Civil que explica la presunta implicación del demandante en los hechos noticiosos, manifestaciones de testigos protegidos, así como otras imágenes oficiales de las investigaciones llevadas a efecto por agentes de dicho cuerpo en funciones de policía judicial».*

Estos dos primeros cardinales encajan a la perfección en el requisito de la veracidad de la información.

(iii) «No ofrece duda, tampoco, que dicha información alberga interés público, en tanto en cuanto se refiere a la investigación de un hecho delictivo, de indiscutible transcendencia e impacto social, como son los delitos de narcotráfico cometidos por una supuesta banda criminal».

(iv) «El demandante es una persona que goza de proyección pública, como consecuencia de su presunta implicación en los delitos de narcotráfico en la isla balear, a quien se le atribuye la condición de jefe de un clan, que se dedica a dicha actividad y consiguiente blanqueo de dinero».

Estos cardinales (iii) y (iv) ponen de manifiesto que, a juicio de la Sala y aunque no se diga de manera explícita, se trataba de imágenes a las que resultaba de aplicación el art. 8.2.a: la imagen pertenecía a un personaje público en la misma medida en la que se le relacionaba con la información que el medio de comunicación ofrecía en sus documentales. Esta circunstancia resultaba suficiente para que la respuesta a consistiera en la prevalencia del derecho a la información.

(vi) «las fotos no se encuentran desconectadas de la información difundida, en tanto en cuanto se proyectan para ilustrar el elevado nivel de vida del que disfruta el demandante y su familia, supuestamente derivado de los ingresos provenientes del narcotráfico, en el marco de un periodismo de investigación. Y así se proyectan fotos en las que se ve al actor comiendo ostras y langostas, exhibiendo unas deportivas de marca, haciendo ostentación de billetes en la mano, con vehículos de alta gama, así como en diversas fiestas en las que aparece elegantemente vestido».

(viii) «las fotografías difundidas fueron subidas, con la anuencia del actor, a Youtube, de manera tal que cualquier persona puede tener acceso a ellas, aunque no consta que el Sr. Cornelio hubiera dado su consentimiento para su difusión en los programas de la demandada.

No obstante, en el tercero de ellos, en que se informa que, tras diez meses en prisión, el actor fue puesto en libertad con fianza de 50.000 euros, el Sr. Cornelio no cuestiona la grabación de su nueva imagen, mucho más delgado y sin barba, al tiempo que da su versión sobre los hechos, que es expresamente difundida, incluso con referencia crítica al programa de Ana Rosa. De nuevo hace ostentación de sus bienes, con exhibición de un reloj que lleva en la muñeca, del que afirma tratarse de un Rolex; mientras se escucha una voz de mujer, que dice que el dinero de la familia proviene de la construcción a la que se dedican su suegro, marido y cuñado».

(ix) «(...) el art. 2.1 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, señala que la protección civil del derecho a 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. Y, en este caso, existe una ostentación pública de una elevada capacidad económica. Es precisamente, en el contexto de los reportajes difundidos, en el que debe ser valorada dicha información gráfica y no de forma aislada o descontextualizada».

Finalmente, en estos epígrafes (vii), (viii) y (ix) se viene a decir, siquiera de una manera indirecta y creo que no muy bien conseguida, que se trataba de imágenes amparadas por la excepción establecida en el art. 8.2.c., en cuanto que resultaban accesorias de la información. Esto no resulta convincente, a mi juicio. Este caso no es comparable, por poner solamente algún ejemplo, al de la STS de 17 de julio de 1993, dictada para un conocidísimo asunto contra la editora de la ya extinta revista *Interviú*, y en la que se consideró que las indiscretas fotografías de la esposa del más famoso empresario español del momento sentada con falda corta sin ropa interior en las que se apreciaba la más íntima parte de su anatomía, no eran precisamente accesorias de la información sobre la entrega de premios que estaba teniendo lugar en aquella discoteca. Y menos cuando había una fotografía a doble página, tipo poster, cuya leyenda era “Lo nunca visto de Marta Chávarri”. Tampoco son meramente accesorias del reportaje televisivo las imágenes de los primeros planos del rostro de un accidentado, aprisionado entre el asfalto de la carretera y el vehículo destrozado, ocupando todo el espacio de la pantalla (STS 23 mayo 2003). Ni es accesoria la imagen del que practica el nudismo, cuando es tomada de cuerpo entero y en posición frontal, perfectamente identificable, para ilustrar un reportaje sobre playas nudistas (STS 28 mayo 2002). En estos tres últimos casos, no es accesoria la imagen, sino principal, y por ello es ilegítima la intromisión. Pero en el caso cuya sentencia se comenta, las imágenes sí se consideran accesorias de lo que se considera puro periodismo de investigación. El argumento es discutible. Con la misma autoridad se puede decir que los reportajes tenían a esa imagen como núcleo mismo de una información acerca del *recochineo* gráfico que hacía el sujeto en cuestión.

Sin embargo, la sentencia insiste repetidamente en estos mismos cardinales en algo que, aunque conduce al mismo resultado, constituye a mi juicio la clave de la decisión tomada. Y es que del art. 2.1 se deduce algo tan sensato como que, a diferencia de lo que sucede con cualquier otro derecho subjetivo, los derechos gobernados por la LO 1/1982 tienen una fuerte dosis de relativismo, y su protección ha de depender, entre otras cosas, «*atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia*». Es ésta una delimitación que, en mi opinión, tiene muy poco juego en el derecho al honor: el *ius retorquendi* tiene poca cabida en las difamaciones hechas en forma de insultos o expresiones vejatorias, y su ámbito principal debe buscarse en el derecho a la intimidad (sobre todo) y también en el derecho a la propia imagen.

Me explico relatando el caso de una conocida sentencia sobre difamación y derecho al honor: la STS 31 enero 1997. En el caso, el conocido periodista deportivo José María García era, por una vez, demandante. El entonces Presidente del Real Madrid, Ramón Mendoza, había dicho en una Asamblea del Club que el padre del periodista había estado procesado por estafa, ocultando el dato de que fue absuelto posteriormente, y que padre e hijo eran «chorizos» y «personas sin moral». Pero, como previamente, el informador había llamado al señor Mendoza «embustero», «mentiroso», «tonto», «descarado», «perju-

ro», «cobarde» y «cantamañanas», dice la sentencia que «no puede reclamar la protección de su derecho al honor el que con sus actos haya evidenciado la escasa trascendencia que para él comporta el referido derecho, al que no considera un valor digno de ser tenido en cuenta. (...) [E]l demandante no puede invocar la protección de su derecho al honor, dado que con sus propios actos reduce el ámbito de protección de su derecho a la mínima expresión». La sentencia se cuida mucho de poner en evidencia el contexto de la agria polémica existente previamente, lo que lleva a decidir que la mención que hace el art. 2.1 a «sus propios actos» permite pensar que cuando esos actos habían sido justo aquéllos, no puede pretender su autor que sea «protegida su honorabilidad más allá de lo que él mismo respeta la de los demás».

La idea no es despreciable, pero debe administrarse con exquisita precaución. Y es que, llevada al extremo, permitiría confundir sin pudor el relativismo del derecho al honor con una inexistente legítima defensa. Ante las agresiones al honor, la respuesta del agredido no puede consistir en el pueril «y tú más». Como regla general, hay que partir justo de lo contrario: cuando una persona está siendo objeto de insultos por parte de un informador, lo que tiene que hacer es demandarle, y no insultar él. No me convence mucho la STS 13 junio 2003 cuando dice que las expresiones «sectario, servil y perito en traiciones», aparte de que hay que entenderlas cuando se incorporan como subtítulo de la noticia como «licencias toleradas por los usos sociales a los profesionales del periodismo, no han de tener reproche jurídico si el propio demandante fue quien había comenzado la contienda.

Por ello, considero que cuando el legislador se refirió en el art. 2.1 al ámbito que cada persona mantiene para sí y para su familia, estableciendo que, en definitiva, debe tenerse en cuenta el grado de intimidad, discreción, compostura y reserva que cada uno guarda en su vida para valorar si, en cada caso concreto, su pretendido perjuicio debe ser reprimido por el Derecho, se estaba pensando sobre todo en el derecho a la intimidad, y acaso también en el derecho a la propia imagen.

Y, en el caso de la STS de 28 de julio de 2022, objeto de este comentario, existía ostentación pública de una elevada capacidad económica por parte de un individuo que estaba implicado en una importante trama de narcotráfico. Ése era el objeto de los reportajes, en los que, gracias a las fotos subidas a Youtube con su anuencia, aparecía exhibiendo puñados de billetes, vehículos de alta gama y comiendo ostras y langostas. Imágenes, en fin, que, fueran accesorias de la información o fueran su propio núcleo, no superan el umbral de la ponderación exigida conforme la manera que tenía el actor de guardar discreción y compostura. En problema no se soluciona con lo dispuesto en el art. 8.2.c LO 1/1982, sino con art. 2.1.

### 5.5. Conclusión

La STS de 27 de julio de 2022 se viene a añadir a las que había dictado ya el Pleno de la Sala en relación con otras plataformas como Facebook y Twitter,

sin que en el caso de Youtube exista ninguna nota diferenciadora. Básicamente, se viene a insistir en que, si no existe interés público, la captación y reproducción de la imagen de una persona debe contar con su consentimiento. Un consentimiento que debe darse «al efecto», y que no puede presumirse otorgado para otros usos, otras finalidades u otros hechos posteriores.

Pero en el caso, prevalece la libertad de información acerca de un asunto grave y de interés público cuyo protagonista era un personaje de proyección pública que además hacía en esas imágenes una ostentación de su alto nivel de vida. La ponderación tiene en cuenta el elemento del mayor o menor grado de reserva y discreción que cada persona mantiene para sí y su familia.

## 6. Bibliografía

- YZQUIERDO TOLSADA, «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. Reglero Campos), t. III, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pgs. 1366 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (91/2017). «Si una fotografía es accesible al público por haberse subido a *Facebook*, ello no legitima a un tercero para publicarla en un medio de comunicación sin consentimiento», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 9 (2017), Madrid, ed. Dykinson, 2018, pgs. 347 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018). «Twitter y las intromisiones legítimas en el derecho a la propia imagen que resultan ilegítimas en el derecho a la intimidad», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 10 (2018), Madrid, ed. Dykinson, 2019, pgs. 217 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2019 (202/2019). «De nuevo acerca del derecho a la propia imagen cuando ésta se toma del perfil público de una red social», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, vol. 11 (2019), Madrid, ed. Dykinson, 2020, pgs. 199 y ss.

