

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019 (697/2019)**

**De nuevo acerca del derecho a la propia imagen
cuando ésta se toma del perfil público
de una red social**

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE DICIEMBRE DE 2019

ROJ: STS 4076/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:4076

ID CENDOJ: 28079119912019100035

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: Nueva sentencia plenaria en la que se reconoce que la imagen que uno sube a Facebook o a cualquier red social para utilizarla como perfil tiene como finalidad que los terceros puedan tener acceso al contenido de la cuenta e interactuar con su titular. Pero no queda legitimada la utilización de esa imagen en un medio de comunicación si no se cuenta con el consentimiento. Ni siquiera cuando la imagen se pone al servicio de una información noticiable como es la detención y entrada en prisión del sujeto.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo: 5.1. ¿Era necesaria una nueva sentencia plenaria?**

5.2 Una red social ¿puede considerarse un lugar público a los efectos del artículo 8.2.a L.Hon.? 5.3. La imagen no era meramente accesoria. 5.4. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

El diario digital *El Español* publicó un reportaje en el que se acusaba al actor de mantener relaciones sexuales con menores de edad, con algunos de los cuales había tenido contacto profesional en su condición de psicólogo. El reportaje, titulado «*El lobo con piel de psicólogo: terapeuta de día, pederasta de noche*», se ilustraba con una fotografía del demandante, que sujetaba con sus brazos unos cachorros de perro, ante una vivienda, que fue obtenida en la cuenta de una red social del demandante, a la que se tenía libre acceso por tratarse de un perfil público.

La demanda se interpuso contra el periodista firmante del reportaje y contra la editora del diario, interesando que se declarara que la publicación de su fotografía en el reportaje constituyó una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen, y que se condenara a los demandados a indemnizarle en 20.000 euros, a retirar el artículo en cuestión de la página web y a publicar la sentencia.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La sentencia del Juzgado de Primera entendió que la publicación de la fotografía del demandante, obtenida de su perfil de la red social sin su consentimiento, constituía una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen, y estimó parcialmente la demanda. La condena redujo la indemnización a 10.000 euros.

3. Soluciones dadas en apelación

En la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Victoria-Gasteiz, dictada el 12 de julio de 2018, se confirmó la sentencia de instancia, declarando que el demandante no era un personaje público, por lo que no era aplicable la excepción del art. 8.2.a) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (L.Hon., en lo sucesivo). Se declaró también que la imagen fue captada originariamente en un ámbito privado, como evidenciaba la presencia de los cachorros sujetos en actitud cariñosa y la vivienda que se ve detrás. El demandante la había publicado en la página web de una red social, y la obtención de su imagen se hizo sin su consentimiento.

4. Los motivos de casación alegados

En el desarrollo del motivo, los recurrentes alegan que la sentencia recurrida había ponderado incorrectamente el derecho fundamental a la propia imagen y la libertad de información. La publicación de la fotografía estaría amparada por el art. 8.2.a) L. Hon., pues el demandante es una persona que tenía relevancia y notoriedad pública sobrevenida por haber estado acusado de hechos delictivos muy graves. Se aducía en el recurso que el suceso objeto de la información, la detención y el ingreso en prisión del demandante, presentaban interés informativo, y la fotografía había sido obtenida en el perfil público de la red social, al que tenía acceso cualquier persona.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *¿Era necesaria una nueva sentencia plenaria?*

Como después se dirá, esta sentencia pone su atención en a la STS, también de Pleno, de 15 de febrero de 2017, que había sido invocada por los recurrentes. En esa sentencia fue estimado parcialmente el recurso de casación, al admitir que no hubo intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante, pero sí en el derecho a la propia imagen.

Cuando comenté yo mismo aquella resolución de 2017, mi pregunta fue si resultaba realmente necesario elevar al Pleno de la Sala un asunto como éste, en el que nuevamente se trataba de ponderar si deben prevalecer los derechos a la intimidad y a la propia imagen o la libertad de información. La propia sentencia dijo que *«se trata de una materia en la que es difícil establecer pautas generales que sirvan para todos los casos, porque las circunstancias concurrentes en cada caso pueden inclinar la decisión por la prevalencia de uno u otro derecho»*. A mi juicio, si existe un área temática que se resiste a que la Sala 1ª sienta criterios uniformes, es la de los derechos de la personalidad, en donde el casuismo tiene un carácter tan condicionante de la solución, que seguramente no haya parangón en ningún otro ámbito.

Acaso el dato novedoso se encontraba en que la fotografía controvertida era la que el propio demandante tenía publicada en su cuenta de *Facebook*, y con acceso libre. Pero es que en la STS de 19 de diciembre de 2019 los antecedentes eran prácticamente los mismos.

En la de 2017, sucedía que un periódico local había publicado un reportaje acerca de un episodio violento sufrido en el seno de una conocida familia de Zamora. Un individuo hirió a su hermano con arma de fuego y después se suicidó. El reportaje daba cumplida información, incluso con la publicación de la fotografía del agredido, que había sido tomada de su perfil de *Facebook*. Y el Supremo entendió que debía prevalecer el derecho a la información veraz sobre el derecho a la intimidad, y no consideró que hubiera intromisión ilegítima.

tima en este derecho. Pero, eso sí, también declaró que había existido agresión en el derecho a la propia imagen.

Bien es verdad que en aquel caso, la persona cuya imagen se publicó sin su consentimiento mediante la reproducción de la fotografía obtenida de su perfil de *Facebook* era alguien sin proyección pública, que se había limitado a ser víctima de un delito. En cambio, en la STS de 19 de diciembre de 2019, objeto del presente comentario, la imagen, tomada también del perfil de la misma red, era, no de una víctima, sino de una persona que había sido acusada de mantener relaciones sexuales con menores de edad, abusando de su condición de psicólogo. Con ella se ilustraba su detención e ingreso en prisión, lo que –según los demandados– daba a la información en su conjunto suficiente relevancia pública.

5.2. *Una red social ¿puede considerarse un lugar público a los efectos del artículo 8.2.a L.Hon.?*

Como se ha hecho ya habitual, la sentencia hace la presentación de rigor acerca de la naturaleza del conflicto, que en este caso tiene lugar entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen, que esta vez era el único cuya protección había solicitado el actor. Y recuerda que este derecho atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y que el mismo le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. Ello supone la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin su consentimiento expreso (art. 2.2), sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta.

No obstante, y como es bien sabido, el art. 8.2 establece que «*el derecho a la propia imagen no impedirá: a) su 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*». Hasta cuatro veces aparece el adjetivo, lo cual da una idea de cómo quiso el legislador aquilatar la excepción del precepto.

En esta sentencia queda patente de nuevo que la Ley del Honor, pese a contener un régimen aparentemente genérico de todos los derechos regulados (honor, intimidación personal, intimidación familiar y propia imagen), se 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 casi 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.

De hecho, la STS de 15 de febrero de 2017 ofrecía otro ejemplo a esa misma reflexión: el de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen que en cambio no lo es en el derecho a la intimidad, contrariamente a lo que el actor pretendía, cuando postulaba la declaración de ilegitimidad en la esfera de ambos derechos. Ni la libertad de información justifica la publicación, sin consentimiento expreso del afectado, de una fotografía obtenida de su perfil de Facebook, ni cabe considerar que la cuenta en sí pueda tener la condición de lugar abierto al público.

Y nada cambia porque la imagen trate de ilustrar acerca de la detención e ingreso en prisión de un psicólogo, todo ello bajo la acusación de un delito tan grave como es el de abusos sexuales a menores. Ciertamente es que la persona –admite la sentencia– adquiere una relevancia pública sobrevenida, al menos momentánea, pero tal circunstancia no justifica cualquier difusión de su imagen pública. Una cosa es que en la noticia se incluya información gráfica y otra que pueda utilizarse «cualquier imagen del afectado, y en concreto, imágenes del acusado que carezcan de cualquier conexión con los hechos noticiables y cuya difusión no haya consentido expresamente».

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», pero esa misma sentencia entendió también, no sólo que ese consentimiento 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». Y, desde luego, ofrece todo menos dudas la intención que tiene quien sube su imagen a *Facebook*. 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*». No «a otro efecto», como es «*hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta*».

En la STS de 19 de diciembre de 2019 no pretendieron los demandados hacer uso de la doctrina de los actos propios, como sí hizo sin éxito el Correo de Zamora en el caso de la STS de 15 de febrero de 2017 cuando alegaba, también en casación, que tener una fotografía subida a *Facebook* con acceso libre constituye un acto propio, y ello ha de excluir el carácter ilegítimo de la reproducción de la imagen, ya que es la propia LHon. la que ordena tener en cuenta la anterior conducta del titular para valorar las intromisiones.

Cuando la sentencia dijo que el consentimiento dado para publicar una imagen con una determinada finalidad (perfil de *Facebook*, en este caso) no

significa que la imagen pueda ser legítimamente publicada para otra finalidad diferente (ilustrar un suceso familiar violento), en realidad está haciendo una aplicación directa y sumamente pulcra de la doctrina de los actos propios. Cientos 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 voluntarios, 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 realidad.

Y ése no era el caso, pues *«la finalidad de una cuenta abierta en una red social en Internet es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación»*. Ese consentimiento, con su concreta finalidad, no significa un acto propio que entre en contradicción con la conducta que trata de impedir que esa misma imagen se publique en un medio de comunicación, y menos para ilustrar un reportaje sobre un suceso familiar de extraordinaria violencia.

En la sentencia objeto de este comentario no se adujo en ninguna instancia la doctrina de los actos propios, pero en el fondo también se hace uso de ella.

5.3. *La imagen no era meramente accesorio*

Los demandados alegaban que, conforme al art. 8.2.c LHon., no constituye intromisión ilegítima *«la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio»*.

Se trata de una excepción que cuenta con una doctrina jurisprudencial tan curiosa y abundante como impecable. Existe la posibilidad de publicar las imágenes si éstas tienen carácter accesorio en relación con la noticia que se difunde. Así, la STS de 7 de julio de 1998 considera lícito que las fotografías de la demandante fueran objeto de la divulgación de un reportaje acerca de una secta: *«las fotografías de la demandante, a la que cabe atribuir una cierta notoriedad en el ámbito de la secta de cuya existencia habla el reportaje, pueden ser publicadas sin precisión de un permiso especial de la fotografiada por ser las imágenes difundidas accesorias del artículo periodístico, cuya difusión se halla permitida en aras de la libertad de información»* (téngase en cuenta, eso sí, que esta sentencia fue después anulada por la STC 156/2001, de 2 de julio).

Pero en el conocidísimo *affair* Marta Chávarri v. Interviú, las indiscretas fotografías de la esposa del más famoso empresario español del momento senta-

da 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 póster, cuya leyenda era «*Lo nunca visto de Marta Chávarri*» (STS de 17 de julio de 1993, una sentencia, por lo demás, escasamente argumentada, y en la que algo se dice sobre el art. 8.2.a, pero nada sobre el art. 8.2.c). Estas mismas fotografías han dado mucho trabajo a los Tribunales de Justicia, pues, en la misma línea, dieron lugar a que una publicación de la revista *Época*, que pretendía versar sobre determinadas operaciones financieras del referido empresario, se acompañaran de comentarios como que «*no se debe andar por ahí sin bragas y en adulterio flagrante cuando a una señora le van a reconocer como bisnieta del conde de Romanones, cuya cojera no es heredable*». La STS de 31 de diciembre de 1996 fue condenatoria, y finalmente, la STC 99/2002, de 6 mayo, denegó el amparo solicitado por el periodista, Jaime Campmany. Es destacable que en este pleito se discutía, no sobre derecho a la propia imagen sino sobre derecho al honor y derecho a la intimidad personal.

Tampoco son meramente accesorias del reportaje televisivo, según la STS de 23 de mayo de 2003, 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. Para el ámbito de esta excepción, también entiende esta sentencia que una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del accidentado fallecido puede ser, al tiempo, intromisión también ilegítima en el derecho a la intimidad familiar en relación a su viuda. Diferente fue, no obstante, el tratamiento dado por la STS de 15 de julio de 2005 a unas imágenes ofrecidas en televisión del cuerpo inerte del camionero, cuyo tronco colgaba con la cabeza hacia abajo por la ventanilla del camión. Pero es que el evento «*no era un accidente de circulación más, sino que presentaba un evidente interés público por la trascendencia que significó para la circulación por las vías de comunicación de Madrid al producir un importantísimo colapso en el tráfico de vehículos*». Según la sentencia, si el reportaje narraba la actuación de bomberos y SAMUR, las imágenes concretas sí eran ahora accesorias de la noticia, dado, además, su carácter fugaz. Obsérvese, pues, que el distinto tratamiento tiene su justificación. De lo que se trata es de localizar cuál es el tema central de la información para más allá, considerar accesorio lo que no tenga ese carácter.

Y así, no será accesoría 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. Lo dice la STS de 28 de mayo de 2002: aunque las playas sean bienes de dominio público, «*ha ido surgiendo una aceptación social del hecho de que determinadas zonas de espacios destinados al uso público o común puedan ser utilizadas por los ciudadanos que consideran que conviene al ejercicio de ciertas actividades físicas el máximo contacto con la naturaleza, despojándose de los obstáculos que al efecto puedan significar no sólo las ropas de uso cotidiano, sino incluso aquellas otras más ligeras, que para la práctica de los deportes utiliza un sector realmente mayoritario de la población*». La confianza en que su libertad será

respetada permite al nudista «desarrollar las actividades que consideran oportunas en la forma que creen más adecuada, configurando así un ámbito de privacidad absolutamente legítimo dentro del cual pueden, perfectamente, decidir si autorizan o no la obtención o la reproducción de su imagen».

Como tampoco es accesoria la imagen a toda página de una pareja de desconocidos, cogidos de la mano cruzando la calle, integrada en un reportaje sobre las crisis de las relaciones amorosas en nuestros días: la STS de 9 de mayo de 2003 entiende que no es posible separar la fotografía de la pareja (que resultó identificada por las personas de su círculo de conocimiento) para independizarla del reportaje que narra los desamores de una pareja imaginaria.

Y, por otra parte, no cabe ampararse en que el personaje es de relevancia pública para con ello legitimar la intromisión en la imagen *de su acompañante*. Cuando una persona de proyección pública aparece fotografiada en una playa junto con una menor, y el reportaje les atribuye una relación erótica, la imagen de la menor no es precisamente accesoria, como se lee en la STS de 15 de julio de 2004. En cambio, sí es accesoria la imagen en casos como el de la STS de 22 de febrero de 2007: la imagen del actor había sido captada en vídeo por unos detectives en la vía pública, pero el vídeo, tomado con fines de prueba para un proceso judicial, fue realizado en el seguimiento de la actividad de un tercero. Además, sólo fue visionado por el Tribunal.

En el caso que concluyó con la repetidamente citada STS de 15 de febrero de 2017, el Tribunal Supremo no consideró justificada la publicación de la fotografía del actor, pues, aunque solo incluía su imagen de cintura para arriba, le tenía a él por único protagonista, de modo que identificaba directamente a la víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico: la agresión llevada a cabo por el hermano. Y, por otro lado, se trataba de una imagen por completo ajena al lugar en el que sucedieron los hechos, pues fue tomada de un perfil de Facebook, y no en el lugar de los mismos ni con ocasión de los mismos.

Nuevamente he de sorprenderme por la necesidad de una sentencia plenaria para terminar diciendo exactamente lo mismo que el Tribunal Supremo había dicho –insisto que también en Pleno– dos años y medio antes: subir una fotografía a una red social no legitima la utilización de esa imagen para otros usos. En el caso, que sea lícito reproducir la imagen del acusado de la comisión de un delito entrando en el edificio del tribunal, en el curso de la reconstrucción judicial de los hechos, no significa que también sea lícita la reproducción de una imagen obtenida de Facebook y difundida sin consentimiento, y sin relación con los hechos cuya relevancia pública justifica la emisión de la información.

Tal vez la novedad estaba en que los recurrentes alegaban que en la sentencia de 2017, la fotografía tomada del perfil del actor era de la víctima, mientras que en este nuevo caso la imagen correspondía al acusado. Dice, en efecto, el Alto Tribunal que, en efecto, ha habido ocasiones en que se ha considerado relevante para enjuiciar la legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad

de información el hecho de que la información escrita o gráfica difundida corresponda a la víctima o corresponda al acusado. Y añade: «La razón fundamental de esta distinción ha sido que, en ciertas ocasiones, estaba justificada la afectación del derecho fundamental de la persona del acusado, pero no de la víctima por cuanto que suponía agravar las consecuencias que para ella había tenido haber sufrido un delito especialmente afrentoso o un acontecimiento luctuoso, con lo que se afectaba gravemente a su dignidad».

Pero nada de ello ha de importar: no cualquier información sobre el sujeto ni cualquier difusión pública de su imagen se encuentra amparada por la libertad de información: «*la formación de una opinión pública libre no exige, ni justifica, que se afecte al derecho fundamental a la propia imagen con esa gravedad y de un modo que no guarda la necesaria conexión con los hechos de relevancia pública objeto de la información*». En definitiva, en este caso, lo noticiable no era la comisión de un delito sexual, sino la presunta implicación en el mismo de un psicólogo de niños que tenía nombre y apellidos...

5.4. Conclusión

Se trata de una sentencia plenaria por completo innecesaria, que se limita a reproducir la doctrina que dos años antes había sentado la STS, también dictada por el Pleno de la Sala, de 15 de febrero de 2017. Quien sube su fotografía a una red social para que sirva de perfil a su cuenta no está con ello dando su consentimiento para que la imagen sea utilizada por un medio de comunicación con el objeto de ilustrar un suceso. El perfil no constituye un lugar público que legitime la afectación del derecho a la propia imagen.

6. Bibliografía

Álvarez Olalla, «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)», en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, n.º 104, mayo-agosto 2017, pgs. 445 y ss.

Yzquierdo Tolsada, «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. Reglero Campos y Busto Lago), t. II, 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)*, Volumen 9º (2017), ed. Dykinson, Madrid, 2018, págs. 347 y ss.

