

La responsabilidad civil (daño moral) por vulneración del derecho a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, derivada de la publicación por un periódico de una fotografía de la víctima de un delito sacada de su perfil de Facebook sin consentimiento de su titular.

Sergio Amadeo Gadea

Abogado del Ilustre Colegio de Madrid

Recientemente se ha dictado por nuestro Tribunal Constitucional una importantísima sentencia que ha pasado desapercibida a consecuencia de la grave pandemia que estamos sufriendo. Nos referimos a la STC núm. 27/2020, de 24 de febrero (ECLI:ES:TC:2020:27) dictada en el recurso de amparo núm. 1369/2017.

La mencionada resolución resuelve un recurso de amparo interpuesto por un periódico contra la sentencia núm. 91/2017, de 15 de febrero, dictada por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo, alegándose, en síntesis, la vulneración del derecho a la información (art. 20.1 CE).

La importante doctrina constitucional que sienta la sentencia que vamos a exponer, la especialidad en responsabilidad civil de los Miembros de la Hermandad Jurídica, y el uso masivo en la actualidad de las redes sociales creo que es motivo suficiente para dar a conocer esta resolución.

En la actualidad se utilizan redes sociales por millones de usuarios en todo el planeta, incluso se hace propaganda de políticas de Estado en las mismas, se crean opiniones, se informa o desinforma, se crean hábitos y costumbres, etc. y podemos afirmar sin temor a equivocarnos, que muy pocos ciudadanos del mundo carecen de un perfil de Facebook, Instagram, Twitter, Tuenti, LinkedIn o Tinder, donde suben o cuelgan su vida, sus fotos, sus comentarios, su perfil profesional, sus hábitos de viajes, sus ligues, etc.

Existen redes sociales genéricas como Facebook o Twitter, redes profesionales como LinkedIn, redes sociales temáticas, donde se relacionan personas con intereses específicos o comunes como viajes, música, fotografía, etc.

Todo el mundo sabe que es muy fácil ingresar a una red social. Sólo hay que bajarse e instalar en un dispositivo móvil (Tablet o smartphone) la aplicación, rellenar un cuestionario con sus datos personales básicos y así obtener un perfil, perfil que se irá completando a voluntad del usuario, ya sea con su curriculum, sus fotos de familia, de amigos, sus publicaciones, sus viajes, su edad, sexo, sus comentarios más personales o críticas a determinada ideología o temática. Cada día, minuto o segundo, la gente cuelga o sube su vida privada en la red y comparte esa información, sin tener miedo -o desconocer-, las consecuencias o el mal uso que se le pueda dar a la información que facilita. Hoy día es ya común que sea materia de investigación (por ejemplo, del fraude o de cualquier otro delito), ya sea por detectives, compañías aseguradoras o incluso la policía, del perfil del usuario de una red social, incluso en la investigación periodística se realizan análisis de los perfiles de sus usuarios de las redes sociales.

Es innegable, por tanto, que estos cambios tecnológicos en la sociedad actual, nos expone (aunque la mayoría de la gente lo desconoce), a intromisiones ilegítimas derivadas de su uso.

En la sentencia que ahora ponemos a vuestra disposición, el Tribunal Constitucional analiza esta circunstancia, reconociendo que estos cambios tecnológicos que se producen en la sociedad afectan al conjunto global de los ciudadanos y afectando en algunos casos los derechos fundamentales al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal (art. 18 CE) por el uso masivo de las tecnologías de la información y de la comunicación y de los servicios de redes sociales en Internet.

I.- Antecedentes del caso.

Los hechos relevantes de los que trae causa la demanda de amparo son los siguientes:

Un periódico en su edición en papel y digital, bajo el título “*Un hombre muere en Zamora al dispararse después de herir a su hermano de otro tiro*”, publicó un reportaje sobre lo sucedido. El herido interpuso demanda de juicio ordinario contra el periódico en la que solicitaba que se dictara sentencia declarando que la publicación del reportaje había supuesto una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a su propia imagen y a su intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). Alegaba que el artículo periodístico contenía datos personales y familiares que permitían identificarle, tales como su nombre, el de su hermano, las iniciales de sus apellidos, el apodo del fallecido, la dirección del domicilio familiar, la profesión del padre y el lugar donde la ejerció, referencias a la notoriedad de la familia en la localidad o incluso la enfermedad neurodegenerativa padecida por la madre.

En el reportaje publicado en la edición en papel del diario se incluyeron sendas fotografías del demandante y de su hermano, **que habían sido obtenidas de sus respectivos perfiles de la red social Facebook sin la preceptiva autorización**¹. Se denunciaba que la información escrita y gráfica expuesta por el periódico resultaba desproporcionada e irrelevante a los efectos de informar sobre el suceso acaecido, y solo servía para facilitar la identificación detallada del agresor, de la víctima y del resto de su familia. Añadía que se había divulgado en un momento especialmente delicado para el actor, lo que había contribuido negativamente a la situación psicológica que padecía. Por todo ello suplicaba que se declarara la existencia de una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar (art. 18 CE), así como la causación de un daño moral valorado en la suma de 30.000 €, o en la que el tribunal estimara haciendo uso de su facultad moderadora. Además, solicitaba que se condenara a la entidad demandada a difundir en la misma sección del periódico donde su publicó la noticia, la parte dispositiva de la sentencia que pusiera fin al proceso, que se condenara a la editorial a retirar las fotografías y sus datos personales de cuantos ejemplares de la publicación se hallaran en los archivos del periódico; a no volver a publicarlos en soporte alguno y, por último, al pago de las costas procesales.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia estimatoria de la demanda, al considerar que la información publicada, cuya veracidad se reconocía, suponía una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante (art. 18.1 CE), puesto que se revelaban numerosos datos personales del actor y de su familia que permitían su identificación. También estimó que se había producido una vulneración del derecho a la propia imagen del demandante (art. 18.1 CE) al no haber contado con su consentimiento para la publicación de la fotografía, cuando por lo demás esta no aportaba elemento informativo alguno de interés público.

En lo que respecta a la indemnización solicitada, el órgano judicial tuvo en consideración la gravedad de la intromisión, la alta difusión del periódico en la provincia, la vinculación del demandante con dicho entorno y la influencia del reportaje en el estrés postraumático que este había sufrido.

El periódico condenado recurrió en apelación, dictándose por la Audiencia Provincial sentencia desestimatoria. La Audiencia consideró que aun cuando la noticia era veraz y tenía relevancia o interés público, ello no justificaba la difusión de determinados datos íntimos, personales y familiares del demandante, por lo que no debía prevalecer la libertad de información sobre la intimidad personal. Se trataba —a juicio del Tribunal— de datos innecesarios, de los que el medio pudo prescindir sin limitar por ello la información como derecho fundamental.

En cuanto a la concurrencia de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen, el órgano judicial confirmó los argumentos de la sentencia recurrida, entendiendo que la fotografía del demandante se había reproducido y divulgado sin su consentimiento y sin que la trascendencia de los hechos sobre los que se informaba justificara su inclusión en el reportaje.

El periódico interpuso recurso de casación alegando la indebida aplicación de los arts. 18.1 y 20.1.d) CE y del art. 7.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Con fecha de 15 de febrero de 2017, la Sala Primera del Tribunal Supremo en Pleno, dictó sentencia por la que estimó en parte el recurso. Para alcanzar este fallo el Supremo razona lo siguiente:

(i) Dado que la gravedad de la intromisión 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 la ciudad, y que la información se acomodó a los cánones de la crónica de sucesos, debe prevalecer el derecho a la información ejercitado a través del medio de prensa. Para la Sala Primera *“una condena a un medio de comunicación que, con carácter inmediato a que sucedieran, ha informado de forma veraz sobre unos hechos graves, de trascendencia penal y relevancia pública, en especial en el reducido ámbito geográfico al que extiende su influencia, que ciertamente ha identificado a las personas que resultaron implicadas en tales hechos pero no ha revelado otros hechos de su intimidad que estuvieran desconectados con los hechos noticiables ni ha aumentado significativamente el conocimiento que de los hechos se tenía o que iba a tener en los momentos inmediatamente posteriores en la comunidad concernida, que no ha incurrido en ninguna exralimitación morbosa y ha respetado los cánones tradicionales de la crónica de sucesos, no ampararía adecuadamente el ejercicio del derecho a la libertad de información conforme a cánones constitucionales”*.

(ii) Sobre la **necesidad de autorización del titular del derecho a la imagen en la red social Facebook** advierte que *“el periódico no publicó una fotografía del demandante, en tanto que víctima del hecho delictivo objeto del reportaje, obtenida en el lugar de los hechos, sino que el diario la obtuvo de la cuenta de Facebook del demandante, pues se trataba de una fotografía accesible a los internautas”*. Y subraya que el hecho de que *“en la cuenta abierta en una red social en Internet, el titular del perfil haya ‘subido’ una fotografía suya que sea accesible al público en general, no autoriza a un tercero a reproducirla en un medio de comunicación sin el consentimiento del titular, porque tal actuación no puede considerarse una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes en un perfil público de una red social en Internet. 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”*. Continúa el argumento razonando que *“el consentimiento del titular de la imagen 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 conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el ‘consentimiento expreso’ que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona. Aunque este precepto legal, en la interpretación dada por la jurisprudencia, no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas”*.

(iii) Sobre el **acceso libre a las imágenes “subidas” a una red social y la posibilidad de interpretar el comportamiento del usuario como consentimiento tácito o por actos concluyentes**, entiende la Sala Primera del Tribunal Supremo que *“el 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 de 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”*.

(iv) Subraya, por lo demás, que **la publicación en una red social no es equiparable a la captación de una imagen en lugar público** y que *“el ejercicio del derecho a la libertad de información no legitima la publicación no consentida de la imagen de la persona, en un ámbito ajeno a aquel en el que sucedieron los hechos, pues no fue tomada en el lugar de los hechos con ocasión del suceso (lo que, de alguna forma, entroncaría con la narración, en este caso gráfica, de los hechos en el ejercicio de la libertad de información), sino que fue obtenida de su perfil de Facebook”*.

(v) Por último, hay que destacar que, dado que la sentencia declara que la afectación de la intimidad del demandante no fue ilícita, y que solo lo fue la intromisión en su derecho a la propia imagen, se reduce a la mitad la indemnización fijada en la sentencia recurrida.

II.- Fundamentos esgrimidos por el periódico en su demanda de amparo.

El periódico en su demanda de amparo alegó que la Sala Primera del Tribunal Supremo había vulnerado el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1.d) CE], al otorgar prevalencia al derecho a la imagen (art. 18.1 CE), cuando además se obtuvo la fotografía de la víctima de una fuente accesible como lo es su perfil de Facebook.

Consideraba la recurrente que el art. 20.1 d) CE garantiza el derecho a comunicar libremente información veraz “por cualquier medio de difusión”, sin distinción entre sus diferentes modalidades. Por consiguiente, alegaba que forma parte del derecho tanto la utilización de los cauces técnicos para la obtención y difusión de la noticia en la fuente informativa de acceso general, como la instalación, instrumentalmente necesaria, de los aparatos técnicos precisos allí donde la noticia se produce, argumentando que la necesidad de consentimiento expreso del titular de la imagen para su utilización (art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982), cede en aquellos supuestos en los que existe un interés público en la captación o difusión de la imagen y este interés público se considere constitucionalmente prevalente al de la persona en evitarlas.

Se afirmaba, además, que restringir el uso de información gráfica de la víctima (fotos) sin su consentimiento, entrañaría una grave restricción del derecho a la libre comunicación de información gráfica en las informaciones sobre sucesos. También se afirmaba que el canon de relevancia aplicable al derecho a la imagen ha de ser más tenue que para el derecho a la intimidad por ser menor la consecuencia lesiva sobre la dignidad que tiene la mera reproducción gráfica de la representación de una persona. Para el periódico demandado, era razonable entender que, si la narración de la noticia queda amparada por la libertad de información, a mayor razón, la reproducción de la imagen del demandante debe 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 utilización solo persigue el fin de complementar la noticia y la imagen difundida es neutral y respetuosa con la víctima [art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982].

También sostenía el recurrente en amparo que la fotografía de la víctima del delito fue obtenida de una fuente accesible al público (su propio perfil de Facebook), en el sentido establecido por el art. 3.2 j) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, LOPD), cuyas condiciones de uso fueron libre y voluntariamente aceptadas por el actor y, por consiguiente, había manifestado su voluntad de no impedir el conocimiento de su imagen que estaba al alcance de cualquier persona que tuviera interés por conocerla (foto colgada en su perfil público en una red social)ⁱⁱ.

III.- Los fundamentos del Ministerio Fiscal para oponerse a la estimación del amparo.

El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del amparo, al entender que el interés público en la difusión y publicación de la imagen debe ceder frente al interés de su titular en que sus rasgos físicos no se difundan sin su consentimiento expreso. Para el Fiscal, la publicación de la imagen reconocible de la víctima resultaba intrascendente, superflua e innecesaria a efectos de la información transmitida por el periódico. Añade que desde la perspectiva victimológica la intromisión en el derecho a la imagen 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. Es más, la difusión de la imagen de la víctima amplificaba su eventual identificación por terceros y, por consiguiente, podía actuar como un factor de revictimización, sin contribuir tan siquiera a alcanzar los fines propios de la libertad de información o añadir algún aspecto relevante o trascendente a la noticia. También el Fiscal alegaba que **el carácter noticiable de la información publicada no hacía también noticiable la imagen publicada**, porque la relevancia pública o social de la información escrita no se traspasa automáticamente a la imagen

publicada [en esta línea el Fiscal cita la STEDH de 4 de diciembre de 2012, en el caso *Verlagsgruppe news GMBH and Bobi c. Austria*, § 81-82, donde se declara 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. Hay que diferenciar el texto de la fotografía. La foto supone una mayor injerencia en su derecho a la privacidad, pues revela datos de la vida privada desconocidos hasta el momento para el gran público. Con el texto, por el contrario, simplemente se relatan los hechos, pero no permite la identificación física del demandante. Ello permite diferenciar, por un lado, el contenido del artículo publicado y, por otro lado, la fotografía difundida (STEDH de 25 de febrero de 2016, § 41, en el caso *Société de Conception de Presse et d'Édition c. Francia*)].

Pues bien, para la fiscalía, en el presente caso, la ausencia de todo interés general informativo de la fotografía, incluso como complemento gráfico del texto escrito, hace que la misma pierda cualquier condición de “acceso” a la que se refiere el art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982 a los efectos de justificar constitucionalmente su publicación inconstitucional. Sobre este particular subraya que la imagen publicada en el periódico no era de persona que ejerciera un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, ni se había captado durante un acto público o en un lugar abierto al público. La proyección pública sobrevenida que el titular de la imagen adquirió a raíz del trágico suceso publicado por el periódico no puede considerarse equivalente a la exigida en el referido art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982 y, en cualquier caso, debe concurrir con carácter previo a la publicación de la imagen y no ser precisamente una consecuencia de tal divulgación, al margen de que la fotografía no fue obtenida en un acontecimiento conectado con el ejercicio de su cargo o profesión pública, ni en un lugar público.

En estas circunstancias, para el fiscal debe entenderse que las barreras de protección que derivan del derecho a la imagen no deben disminuir en favor de la libertad de información (STEDH de 19 de octubre de 2017, § 40, en el caso *Fuchsmann c. Alemania*). Señala por lo demás que la captación y uso por terceros de las imágenes expuestas en Facebook es inherente a la existencia de la propia cuenta en la red social, cuya última finalidad es interactuar con su titular y compartir información. Por ello, **cuando se pretenda utilizar una fotografía ajena con una finalidad cualitativamente distinta de la perseguida por su titular al incluirla en su perfil, debe recabarse su expreso consentimiento. En tal sentido, defiende que la acción de “subir” una foto al perfil público de Facebook no puede calificarse de “acto propio” a los efectos de excluir la exigencia de “consentimiento expreso”, porque si bien es totalmente previsible que los terceros puedan acceder a la foto e incluso puedan darle difusión en el ámbito de las redes sociales, no sucede lo mismo cuando la captación, difusión y publicación se lleva a cabo por los medios de comunicación para asociarla a una determinada noticia.** Aparte de ello, mantiene la Fiscalía que el hecho de que cualquier lector de una noticia publicada en un medio de comunicación social en caso de estar interesado, pudiera realizar una búsqueda propia en internet para identificar al protagonista de una determinada noticia, y lo lograra accediendo a su perfil público en una red social, no autoriza a que pueda divulgarse en otros medios, pues es una imagen que solo es accesible a través de la red social, único lugar para cuya exhibición el titular ha consentido.

IV.- La resolución del Tribunal Constitucional.

La Sala Segunda (Sección Tercera) del Tribunal Constitucional acordó la admisión a trámite del recurso de amparo, al apreciar que concurría una especial trascendencia constitucional, porque el asunto planteaba un problema o afectaba a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no había doctrina. Debemos adelantar que en esta novedosa sentencia el Tribunal Constitucional sienta una importantísima doctrina constitucional que pasaremos a exponer.

El Tribunal Constitucional analiza la [aparente] colisión de los derechos fundamentales como son el derecho a comunicar libremente información veraz del medio periodístico (art. 20.1 CE) y el derecho a la propia imagen del demandante (art. 18.1 CE). También expresa el Tribunal que podrían estar implicados otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y el derecho a la protección de datos de carácter personal, pero no entra a valorar éstos porque su posible vulneración no ha sido invocada por las partes, ni por el Ministerio Fiscal.

En su sentencia, el Tribunal Constitucional analiza los siguientes aspectos fundamentales:

(i) La doctrina constitucional sobre el derecho a la propia imagen en su colisión con el derecho a la información.

(ii) La sociedad digital y la utilización no autorizada de la imagen ajena.

(iii) La necesidad de autorización expresa para la utilización por terceros de la imagen ajena en el entorno digital.

(iii) La utilización no consentida de la imagen ajena.

Vamos a reproducir por su indudable interés los fundamentos jurídicos utilizados por nuestro Tribunal Constitucional en cada uno de los aspectos analizados en la sentencia.

(i) *La doctrina constitucional sobre el derecho a la propia imagen en su colisión con el derecho a la información.*

El Tribunal recuerda su doctrina del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), como concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona, manifestando que el mismo está dirigido a proteger la vida privada y familiar, lo que engloba su dimensión moral y también social, atribuyéndole dos facultades primordialmente: la de decidir qué información gráfica formada por sus rasgos físicos puede tener difusión pública y, la segunda, la de impedir la captación, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de cualquier persona no autorizada fuera cual fuese la finalidad perseguida por estaⁱⁱⁱ.

En este sentido, reitera el Tribunal que el aspecto físico, en tanto que instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para el propio reconocimiento como persona, constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo (SSTC núm. 156/2001 y núm. 99/1994). Esto significa que **la regla primera para lograr la protección de este derecho fundamental consiste en 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, de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La defensa que constitucionalmente se dispensa a la imagen de la persona también comprende las llamadas **fotografías neutrales**, es decir, todas aquellas que, aunque no contengan información gráfica sobre la vida privada o familiar del retratado, muestran sin embargo su aspecto físico de modo que lo haga reconocible. La esencia última del derecho fundamental en cuestión -dice nuestro Tribunal Constitucional-, es otorgar al sujeto la facultad de decidir si hace públicos o no sus rasgos físicos como concreción del más amplio derecho a la dignidad de la persona. “[L]o específico del derecho a la propia imagen es la protección frente a las reproducciones de la misma que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás; un ámbito necesario para poder decidir libremente el desarrollo de la propia personalidad y, en definitiva, un ámbito necesario según las pautas de nuestra cultura para mantener una calidad mínima de vida humana” (STC núm. 81/2001 y la STEDH de 15 de enero de 2009, caso *Reklos y Davourlis contra Grecia*, § 40).

También señala el garante de los derechos fundamentales, que el derecho fundamental a la propia imagen no es un derecho absoluto e incondicionado. Existen circunstancias que pueden determinar que la regla general, conforme a la cual es al titular de este derecho a quien en principio corresponde decidir si permite o no la captación por un tercero, ceda a favor de otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos. Esto ocurrirá -dice textualmente el Tribunal-, en los casos en los que 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. Esto quiere decir que “cuando el derecho a la propia imagen entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, particularmente las libertades de expresión e información [art. 20.1 a) y d) CE] deberán ponderarse los diferentes intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección” (con cita en las SSTC núm. 105/1990, de 6 de junio; núm. 72/2007 y núm. 156/2001). Dicho de otra manera, “para indagar si en un caso concreto el derecho

de información debe prevalecer será preciso y necesario constatar, con carácter previo, la relevancia pública de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada, y la veracidad de los hechos y afirmaciones contenidos en esa información. Sin haber constatado previamente la concurrencia o no de estas circunstancias no resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático. Sólo tras indagar si la información publicada está especialmente protegida sería procedente entrar en el análisis de otros derechos —como el derecho a la intimidad o al honor—, cuya lesión, de existir, sólo deberá ser objeto de protección en la medida en que no esté justificada por la prevalencia de la libertad de información, de acuerdo a la posición preferente que por su valor institucional ha de concederse a esa libertad”. Por consiguiente, “el valor preferente del derecho de información no significa dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que ha de sacrificarse sólo en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática, como establece el artículo 20.2 del Convenio europeo de derechos humanos. Cuando el ejercicio del derecho de información no exija necesariamente el sacrificio de los derechos de otro, pueden constituir un ilícito las informaciones lesivas de esos derechos” (STC núm. 171/1990, de 12 de noviembre). Como es fácilmente deducible, esto ocurre no solo en su confrontación con los derechos al honor y a la intimidad, sino también con el derecho fundamental a la propia imagen, por ejemplo, en aquellos casos en los que en la información se difundan fotografías o videoclips que solo puedan entenderse como meros instrumentos de satisfacción de la curiosidad ajena y hayan sido incluidos no con una función informativa, sino con la finalidad de saciar la expectación que, en aquellos términos, puede levantar una determinada noticia.

La protección del derecho a la imagen cede en aquellos casos en los que la publicación de la imagen, por sí misma o en relación con la información escrita a la que acompaña, posea interés público, es decir, contribuya a la formación de la opinión pública. En las SSTC núm. 176/2013, núm. 19/2014 y núm. 18/2015, se declara que, más allá de la condición de personaje público de la persona fotografiada y del lugar también público en el que puedan ser tomadas las imágenes, cuando estas se refieren a la vida privada del titular del derecho fundamental y, por tanto, carentes del relevancia pública, el derecho a la propia imagen debe seguir gozando de la protección preponderante que le dispensa la Constitución (SSTEDH caso *Couderc Hachette Filipacchi Associés contra Francia*, de 10 de noviembre de 2015; *Axel Springer AG contra Alemania*, y caso *von Hannover contra Alemania*, ambas de 7 de febrero de 2012).

Por el contrario, el derecho a la imagen deberá sacrificarse en aquellos casos en los que, aun sin su consentimiento, se capta, reproduce o publica un documento gráfico en el que la persona aparezca —de manera no accesoria— en relación con un acontecimiento público que posea el rasgo de noticiable, especialmente si es en el ámbito por el que es conocida para el público, es decir, relacionado con su cargo o profesión de notoriedad.

En consecuencia, que “[e]l carácter noticiable de la información se erige, por tanto, en el ‘criterio fundamental’ [...] y ‘decisivo’ [...] que hará ceder un derecho público subjetivo como el derecho a la imagen que se funda en valores como la dignidad humana” (STC núm. 19/2014).

El Tribunal Constitucional ha interpretado que “[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”. “Por ello recibe una especial protección constitucional la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública, requisito éste que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el art. 20.1 d) CE, de manera que el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección” (STC núm. 185/2002, de 14 de octubre). En este sentido, los criterios de exclusión de la ilicitud en la intromisión contenidos en el art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982 relativos a la publicación de las imágenes de personajes públicos tomadas en lugares públicos solo deben aplicarse cuando la información transmitida posea relevancia por contribuir a la formación de la opinión pública o a un debate de interés general, lo que 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 concurre 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 (SSTC núm. 232/1993, de 12 de julio, y núm. 19/2014). Por ello, debe concluirse que “[u]na vez descartado el interés público del reportaje, es irrelevante la proyección pública del personaje o la circunstancia de que las imágenes se capten incluso en un lugar abierto al uso público. Dichas circunstancias, por sí solas, no justifican la difusión de cualquier imagen” (STC núm. 19/2014).

Es obvio que el interés público informativo que puede tener un suceso o acontecimiento público protagonizado por una persona con notoriedad o proyección pública justifica que el derecho a la propia imagen deba ceder frente al ejercicio del derecho a la información. En tal supuesto, la imagen del personaje público está ligada estrechamente a la noticia que protagoniza. Puede incluso suceder que la noticia sea gráfica, es decir, que sea la imagen captada en ese lugar o acto público la que tenga la naturaleza de noticiable, no siendo un mero acompañamiento de la noticia escrita. Al contrario, **la imagen de un particular anónimo o desconocido, o lo que es lo mismo, que no ejerce cargo público o una profesión de notoriedad, por más que sea captada en un lugar público, no puede utilizarse sin su expreso consentimiento**, salvo en dos supuestos. En primer lugar, aquel en el que la persona aparezca en la fotografía de manera meramente accesorio e intrascendente, sin protagonismo alguno. En segundo término, en el caso de que la participación en el acontecimiento noticiable 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.

(ii) *La sociedad digital y la utilización no autorizada de la imagen ajena.*

Dicho lo anterior ¿qué pasa cuando las intromisiones vienen dadas por la utilización de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación vinculadas al uso de Internet y de las redes sociales?

El Tribunal Constitucional analiza esta circunstancia, reconociendo que es innegable que los cambios tecnológicos cada vez más acelerados que se producen en la sociedad actual afectan al conjunto global de los ciudadanos repercutiendo directamente en sus hábitos y costumbres. También lo es la afectación de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos de carácter personal (art. 18 CE) por el uso masivo de las tecnologías de la información y de la comunicación y de los servicios de redes sociales en Internet.

El aumento de popularidad de las redes sociales ha transcurrido en paralelo al incremento de los niveles de intercambio de contenidos a través de la red. De este modo, los usuarios han pasado de una etapa en la que eran considerados meros consumidores de contenidos creados por terceros, a otra —la actual— 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 las redes sociales en Internet — todo tipo de imágenes, información, datos y opiniones, ya sean propios o ajenos.

La amplitud de actividades que pueden desplegarse a través de unas redes sociales en Internet, facilitan la actividad colaborativa del usuario en la gestión, elaboración y publicación de contenidos, 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.

En este contexto es innegable que algunos contornos de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen (art. 18 CE), garantes todos ellos de la vida privada de los ciudadanos, pueden quedar desdibujados y que la utilización masificada de estas tecnologías de la información y de la comunicación, unida a los cambios en los usos sociales que ellas mismas han suscitado, añaden nuevos problemas jurídicos a los ya tradicionales. Si bien es un hecho que el funcionamiento de las redes sociales en Internet permite la difusión de información personal, también lo es que puede significar una pérdida de control de la información suministrada por el propio usuario.

Un ejemplo de ello lo encontramos en las fotografías que se divulgan y en las etiquetas que permiten individualizar a una persona, en los comentarios y opiniones, y en la información que sobre un determinado sujeto se coloca en los perfiles y en los distintos espacios de acceso público. Es usual encontrarse que, en numerosos casos, los usuarios publican en la red social en Internet no solo información sobre sí mismos, sino también de otras personas (usuarios o no) y que lo más habitual es que no hayan recabado su autorización, antes o después de hacerlo. Igualmente hay que reparar en que cuando se toma una fotografía o se graba un videoclip, no solo se está creando una imagen, sino que esta incluye datos (metadatos) sobre quién ha hecho, dónde se ha hecho o incluso qué dispositivo se ha utilizado, los cuales pueden ser conocidos por cualquiera que tenga acceso a ella.

Contemplado de esta manera el panorama tecnológico actual y aceptando que la aparición de las redes sociales ha cambiado el modo en el que las personas se socializan, el Tribunal Constitucional advierte que los usuarios continúan siendo titulares de derechos fundamentales y que su contenido continúa siendo el mismo que en la era analógica. Por consiguiente, salvo excepciones tasadas, **por más que los ciudadanos compartan voluntariamente en la red datos de carácter personal, continúan poseyendo su esfera privada que debe permanecer al margen de los millones de usuarios de las redes sociales en Internet, siempre que no hayan prestado su consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen.**

Ahora bien, todo este análisis sería vano sino comprendemos cómo funciona internamente la red social y la forma en la que se recopila la información de los millones de usuarios, pues proviene de diversas fuentes. Básicamente, la ofrecida por el propio usuario, la publicada por otros usuarios de esa misma red social, la misma red social que registra y procesa la información y los motores de búsqueda que indexan los perfiles y los ponen a disposición de cualquier usuario de Internet.

En el caso que estamos analizando, la fotografía fue sacada por el periódico de la red social Facebook. Y ¿cómo funciona Facebook?. La persona, al registrarse como usuario no solo informa de su nombre y apellidos, sino en ocasiones también de su edad, dirección electrónica, estado civil, domicilio, intereses y preferencias, incluyendo en la mayoría de los casos fotografías y vídeos de carácter personal o familiar, comentarios, estados de ánimo e incluso ideologías. A ello hay que añadir que la utilización de esta red social no solo da acceso a la información ofrecida por cada usuario, sino también a la de sus contactos. Es obvio entonces que el usuario de la red social, solo por el hecho de serlo, puede verse abocado a perder el poder de decisión acerca de qué, cómo, dónde y cuándo desea que se difundan sus datos de carácter personal (entre los que debemos incluir la imagen).

En la era digital, el almacenamiento en la nube, los perfiles en diferentes redes sociales y las numerosas y variadas aplicaciones de mensajería instantánea instaladas en los dispositivos o distintas cuentas de correo electrónico son instrumentos personales y profesionales utilizados por la mayor parte de los ciudadanos en su día a día. Pero **el hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa de manera más absoluta 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**. Los particulares que se comunican a través de un entorno digital y que se benefician de las posibilidades que ofrece no pueden ver sacrificados por este solo hecho los derechos fundamentales cuya razón de ser última es la protección de la dignidad de la persona. Aunque los riesgos de intromisión hayan aumentado exponencialmente con el uso masivo de las redes sociales, para ahuyentarlos **debemos seguir partiendo del mismo principio básico que rige el entorno analógico y afirmar que el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales comprendidos en el art. 18 CE conlleva la potestad de la persona de controlar los datos que circulan en la red social y que le conciernen**. Por ello, 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.

- (iii) *La necesidad de autorización expresa para la utilización por terceros de la imagen ajena en el entorno digital.*

Sostenía en su recurso de amparo el periódico condenado que la publicación de su imagen por el propio usuario en una red social en Internet y su consiguiente divulgación constituye una suerte de consentimiento tácito para su posterior utilización por terceros.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional rechaza asumir esta tesis porque **el consentimiento solo ampara aquello que constituye el objeto de la declaración de voluntad. El titular del derecho fundamental debe autorizar el concreto acto de utilización de su imagen y los fines para los que la otorga. El consentimiento prestado, por ejemplo, para la captación de la imagen no se extiende a otros actos posteriores, como por ejemplo su publicación o difusión.** De la misma manera debe entenderse que la autorización de una concreta publicación no se extiende a otras, ya tengan la misma o diversa finalidad que la primigenia.

Tampoco el permiso de uso otorgado a una persona determinada se extiende a otros posibles destinatarios. En definitiva, hay que entender **que no puede reputarse como consentimiento indefinido y vinculante aquel que se prestó inicialmente para una ocasión o con una finalidad determinada.** Por ello, **el usuario de Facebook que “sube”, “cuelga” o, en suma, exhibe una imagen para que puedan observarla otros, tan solo consiente en ser observado en el lugar que él ha elegido (perfil, muro, etc.).**

Es cierto que, con carácter general, el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1982 establece que la protección civil de la propia imagen queda delimitada por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia. Como apunta la exposición de motivos de la ley *“se estima razonable admitir que en lo no previsto por ellas ‘en las leyes’ 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”.* Y es aquí donde el Tribunal Constitucional no acepta la tesis del periódico demandante en amparo, porque afirma que la red social Facebook se caracteriza porque su objetivo principal radica en facilitar y potenciar las relaciones personales entre los usuarios que la componen. Y afirma el Tribunal que no puede aplicarse la doctrina de los actos propios, que tiene su fundamento en la protección de la confianza y en el principio de la buena fe que impone un deber de coherencia y autolimita la libertad de actuación cuando se han creado expectativas razonables en el comportamiento ajeno.

De conformidad con el comportamiento usual de los usuarios en las redes sociales en Internet, y especialmente en aquellas como Facebook, **no puede afirmarse que el usuario con la publicación de una fotografía suya en su perfil estuviera creando (a un 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 del usuario el factor que haya podido inducir al periódico a obrar en tal sentido, pues ningún tipo de relación personal existe entre ambos a raíz de la utilización de la red social.**

También se alegaba por la recurrente en amparo que existía una **autorización tácita para el uso de la imagen** porque en el momento de su inscripción y registro en la red social Facebook, las denominadas “condiciones de servicio” incluidas en la “Declaración de derechos y responsabilidades” que necesariamente deben aceptar los usuarios de Facebook para poder utilizar la red revelan que el contrato suscrito por ambas partes es típicamente de los llamados de “adhesión”, con la particularidad de que se formaliza mediante un clic en el botón de la aplicación digital previsto al efecto. Es decir, estamos en presencia de un *contrato electrónico puro*.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional afirmó que el uso de condiciones generales empleado en este procedimiento de contratación *online*, sus características, y la falta de capacidad de los usuarios/consumidores para negociar el clausulado, arroja dudas relevantes sobre la existencia de una adecuada 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.

Los avisos legales, las condiciones de uso y las políticas de privacidad están redactadas en un lenguaje generalista, de difícil comprensión para el usuario medio, de tal suerte que, a pesar de encontrarse recogidas en el sitio web, no alcanzan su finalidad última, que no es otra que la comprensión por el usuario del objeto, la finalidad y el plazo para el que otorga dicha autorización. A ello se debe añadir que en dicha red social aparece activado por defecto el mayor grado de publicidad, en contraste con el hecho de que el perfil de acceso completamente público supone un grave riesgo para la seguridad de los datos personales de los usuarios, en la medida en que estos serán accesibles por parte de cualquier usuario de la plataforma.

El periódico demandado alegaba de forma muy fundamentada que en la cláusula 2.4 del contrato de adhesión de Facebook se advertía que “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)”.

Sin embargo, se rechaza esta tesis por el Tribunal Constitucional porque también en su apartado 5.7, de dicho contrato electrónico, bajo la rúbrica “Protección de los derechos de otras personas”, se advierte a los terceros que *“si obtienes información de los usuarios deberás obtener su consentimiento previo”*.

El Tribunal Constitucional manifiesta que no puede obviarse que la información ofrecida en la red social está inmersa en una maraña de cláusulas contractuales contenidas en un prolijo y extenso documento alojadas en lugares del sitio web de difícil acceso para el usuario, reservándose, por otro lado, la plataforma la posibilidad de modificar las condiciones de uso y privacidad en cualquier momento, sin necesidad de preaviso a los usuarios registrados que con anterioridad las hubieran aceptado. Por tanto, hay que concluir 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 confiable.

Por ello, el Tribunal Constitucional decide que **el consentimiento dado para la utilización por terceros de la información suministrada por el usuario se desvanece no solo por las distorsiones del comportamiento de los usuarios en el momento del registro inicial sino también durante su participación en la red**. En el primer caso, el riesgo se actualizará cuando no se ha configurado un perfil con un nivel adecuado de privacidad. En el segundo, sucederá en la medida en que no se informe al usuario con la debida claridad que la información voluntariamente facilitada queda sometida a las potentes herramientas de intercambio, procesamiento y análisis de que disponen estas plataformas. Es obvio, por tanto, que respecto a los efectos que conlleva cada una de las acciones que los usuarios realizan a través de la plataforma ha de prevalecer el deber de garantizarles el control de la información publicada en la red, poniendo a su disposición el mayor número de herramientas tecnológicas encaminadas a hacer efectivos sus derechos de forma automática, sencilla y rápida, entre los que se encuentran la posibilidad de impedir su uso no autorizado.

En definitiva, **el Tribunal Constitucional rechaza categóricamente el argumento de la demandante de amparo 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 Facebook, cuya finalidad es la interrelación social con otros usuarios**.

No existiendo consentimiento expreso, tampoco cabe afirmar que nos encontremos ante la existencia de un posible consentimiento tácito por el sólo hecho de que el usuario de la red social haya subido o colgado una foto suya en el perfil de la red social, porque la utilización de la imagen de un usuario por terceros indeterminados por el hecho de haber publicado una fotografía suya en la red social, es sólo una autorización otorgada para su mera contemplación en un ámbito de interacción social (en las propias redes sociales) y no de forma genérica para cualquier ámbito.

Tampoco puede considerarse que las redes sociales deban ser consideradas lugares abiertos al público en el sentido del art. 8.2 a) de la Ley Orgánica 1/1982.

- (iv) *La utilización no consentida de la imagen ajena.*

La última cuestión y no por ello menos importante, es el análisis sobre si la reproducción no consentida de la imagen de una persona anónima, es decir, de alguien que no es personaje público, pero que adquiere repentinamente e involuntariamente un papel en el hecho noticiable (en nuestro caso como víctima de un delito), supone una intromisión ilegítima del derecho fundamental a la propia imagen (art. 18.1 CE).

El periódico demandante de amparo alegaba que, aunque la víctima del delito no era una persona pública, sino un simple particular, su persona se había proyectado puntualmente en la esfera de la opinión pública por haber protagonizado involuntariamente un suceso noticiable y por ello era de relevancia pública dar a conocer su imagen.

El Tribunal Constitucional rechaza frontalmente este alegato, manifestando que *“ninguna duda hay en orden a la conveniencia de que la comunidad sea informada sobre sucesos de relevancia penal, y ello con independencia de la condición de sujeto privado de la persona o personas afectadas por la noticia (SSTC núm. 178/1993, de 31 de mayo; núm. 320/1994, de 28 de noviembre; y la núm. 154/1999, de 14 de septiembre), pero no cabe decir lo mismo en cuanto a la individualización, directa o indirecta, de quienes son víctimas de los mismos, salvo que hayan permitido o facilitado tal conocimiento general”*. *“En modo alguno puede exigirse a nadie que soporte pasivamente la difusión periodística de datos tan relevantes sobre su vida privada cuyo conocimiento es trivial e indiferente para el interés público. Porque es notorio que la identificación de la víctima de la agresión fue, en el sentido más propio de las palabras, irrelevante a efectos de la información que se quiso transmitir”*. En parecidos términos se ha expresado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al afirmar que *“la noción de vida privada comprende elementos que se refieren a su derecho a la imagen y que la publicación de una foto afecta a la vida privada”*, constatando que *“existe una zona de interacción entre el individuo y terceras personas que, incluso en un contexto público, puede depender de la vida privada. El carácter de “persona ordinaria” restringe en este caso esta zona de interacción que, por otro lado, no podría ampliarse por el hecho de que la demandante fuera objeto de diligencias penales”* (STEDH de 11 de enero de 2005, caso *Sciacca contra Italia*, § 29).

Por ello, si bien los sucesos criminales son acontecimientos noticiables, incluso con independencia del carácter de sujeto privado de la persona afectada por la noticia, sin embargo, el límite está en 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 (SSTC núm. 20/1992, de 20 de febrero; núm. 219/1992, de 3 de diciembre; núm. 232/1993, de 12 de julio; núm. 52/2002, de 25 de febrero; núm. 121/2002, de 20 de mayo, y la núm. 127/2003, de 30 de junio).

Así, actualmente lo reconoce la Ley 4/2015, de 27 de abril, del estatuto de la víctima del delito, cuando advierte de la necesidad *“desde los poderes públicos [de ofrecer] una respuesta lo más amplia posible, no solo jurídica sino también social, a las víctimas, no solo reparadora del daño en el marco de un proceso penal, sino también minimizadora de otros efectos traumáticos en lo moral que su condición puede generar, todo ello con independencia de su situación procesal. Por ello, el presente Estatuto, en línea con la normativa europea en la materia y con las demandas que plantea nuestra sociedad, pretende, partiendo del reconocimiento de la dignidad de las víctimas, la defensa de sus bienes materiales y morales y, con ello, los del conjunto de la sociedad”*.

Por ello, el Tribunal Constitucional afirma que debe otorgar relevancia a la prevalencia del derecho a la imagen de la víctima del delito frente a las libertades informativas, máxime cuando la información gráfica deviene ociosa o superflua por carecer la fotografía de la víctima de interés real para la transmisión de la información.

El Tribunal garante de nuestros derechos fundamentales se remite a su sentencia núm. 139/2001, de 19 de junio, afirmando que *“no puede deducirse del art. 18 CE que el derecho a la propia imagen, en cuanto límite del obrar ajeno, comprenda el derecho incondicionado y sin reservas a permanecer en el anonimato. Pero tampoco el anonimato, como expresión de un ámbito de reserva especialmente amplio, es un valor absolutamente irrelevante, de modo que quede desprotegido el interés de una persona a salvaguardarlo impidiendo que su imagen se capte y se difunda (STC núm. 99/1994)”*. **El carácter noticiable de una información no convierte solo por ello en noticiable la imagen de la persona concernida** (como así también lo ha declarado la STEDH de 4 de diciembre de 2012, en el caso *Verlagsgruppe news GMBH and Bobi contra Austria* § 81-82).

La publicación de una fotografía supone una mayor intromisión en el derecho a la privacidad de la persona, pues muestra al público sus rasgos haciéndola identificable. Con el texto, por el contrario, simplemente se relatan los hechos, pero no se permite la identificación física de la misma. Por ello, aun cuando un suceso penal tenga relevancia general, si la víctima era una persona anónima y a consecuencia de la difusión de su imagen la transformó momentáneamente en personaje público plenamente identificado, aunque su imagen carecía de todo interés general informativo, no puede tampoco apreciarse su condición de accesoria a la que se refiere el art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982 a los efectos de justificar constitucionalmente su publicación no autorizada (en este mismo sentido, STEDH de 25 de febrero de 2016, en el caso *Société de Conception de Presse et d'Édition contra Francia*, § 41).

Existe a ello una excepción legal, pero la misma debe ser bien entendida, porque dicha excepción legal está prevista para aquellos sujetos particulares cuya imagen aparece secundariamente en una fotografía o grabación cuyo objeto principal es otro (SSTC núm. 72/2007, y núm. 158/2009). 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 accesoria 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, 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 pública, que conserva su derecho a recibir información veraz sobre ellos, información que resultaría cuando menos distorsionada si se ofreciera sin uno de sus elementos significativos. Ahora bien, cuando la fotografía permite la perfecta identificación de su titular al reflejar su rostro con total nitidez y claridad y dicha identificación es facilitada, además, por la publicación de diferentes datos personales de las personas implicadas en el suceso, la ciudad en la que ocurrió, etc., convierte su imagen en un componente principal y nuclear del contenido de la información publicada por el periódico. La imagen publicada adquirió así un singular protagonismo y relevancia en relación con el texto escrito, excluyendo su caracterización como imagen secundaria o intrascendente. La fotografía no guardaba una especial relación con las circunstancias del suceso trágico sobre el cual 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, a la formación de una opinión pública libre y plural propia de un Estado democrático (SSTC núm. 107/1988; núm. 171/1990; núm. 214/1991; núm. 40/1991 y la núm. 85/1992).

En definitiva, el Tribunal Constitucional estima que, aun cuando la finalidad general de la información fuera la de dar cuenta del suceso, no concurre la debida proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a la información, atendido su contenido y finalidad, y el respeto a la propia imagen de la persona privada a la que se refiere la noticia publicada y en consecuencia, se ha producido un sacrificio desproporcionado en detrimento del segundo; y la publicación por parte de dicho periódico de la fotografía de la víctima del delito al que la noticia hace referencia, sin su consentimiento, constituyó una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE), el cual, en este caso, no puede encontrar protección en el derecho a comunicar libremente información veraz [art. 20.1 d) CE], constitucionalmente limitado de forma expresa por aquel derecho.

No quiero despedirme sin dar la enhorabuena a los Abogados que han logrado que nuestro Tribunal Constitucional sienta tan importante doctrina. No nos olvidemos queridos amigos que la jurisprudencia la crea el Abogado y la escribe el Juez.

ⁱ El demandante y víctima de la vulneración de su derecho, tras repasar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre los criterios de ponderación en la colisión entre los derechos fundamentales a la propia imagen y a la libertad de información [arts. 18.1 y 20.1 d) CE], alegó que la finalidad del primero de ellos es la de salvaguardar un ámbito propio y reservado de la persona, frente a las reproducciones y a la difusión incondicionada de su aspecto físico que constituye el primer elemento configurador de la intimidad y de la esfera personal, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como individuo. Alegaba además que lo que se pretende con este derecho, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública, a fin de garantizar un ámbito privado en el desarrollo de la propia personalidad, ajeno a injerencias externas y, por consiguiente, impedir que un tercero pueda captar, reproducir o publicar su imagen sin autorización (con cita en la STC núm. 81/2001, de 26 de marzo). Entendía que la ponderación de los derechos fundamentales en conflicto llevada a cabo por el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo fue constitucionalmente correcta, pues **el hecho de que el titular de la imagen la haya exhibido voluntariamente en**

una red social no significa que cualquier tercero esté legitimado para hacer uso de ella sin su preceptiva autorización. En apoyo de su argumento citó la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 7 de febrero de 2012, asunto *Von Hannover*, § 108 y ss.; de 4 de julio de 2017, asunto *Halldórsson*; de 10 de noviembre de 2015, asunto *Couderc et Hachette Filipacchi Associés*; de 7 de febrero de 2012, asunto *Axel Springer AG* y de 18 de mayo de 2004, asunto *Éditions Plon*), subrayando los criterios que a juicio de la Corte europea deben seguirse a la hora de ponderar los derechos en conflicto. Así, en primer lugar, debe valorarse la contribución de la información a un debate de interés general. Por otro lado, hay que analizar la notoriedad de la persona aludida, el objeto del reportaje y el comportamiento anterior de la persona en cuestión. En este sentido, alegaba que es una persona desconocida para el público, que tan solo fue la víctima de un delito y no autorizó la publicación en el medio de su imagen, que fue tomada de una red social, siendo por lo demás innecesaria a efectos del reportaje, satisfaciendo con su inclusión tan solo la curiosidad humana (citando las STC núm. 176/2013, de 21 de octubre y STEDH de 21 de febrero de 2017, asunto *Rubio Dosamantes*, § 34). Se insistió en la falta de autorización expresa o inequívoca para la divulgación de su imagen (art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982), puesto que, de conformidad con la propia jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, el consentimiento prestado para publicar la imagen propia con una finalidad determinada (en este caso, como imagen del perfil de Facebook) no legitima a los terceros a su publicación con un fin diferente, como lo es la ilustración gráfica de un reportaje sobre el suceso violento en que se vio envuelto. En definitiva, se decía por el demandante -de forma brillantemente expuesta-, que la autorización del usuario de una red social para que un determinado número de personas o el público en general pueda ver su fotografía no conlleva su consentimiento para hacer uso de tal imagen y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el “consentimiento expreso” que prevé el art. 2.2 de la Ley Orgánica 1/1982 como excluyente de la ilicitud de la captación, reproducción o publicación de la imagen de una persona; y finaliza invocando la dignidad de la persona (art. 10 CE) como claro límite al ejercicio del derecho a la información e insistiendo en que la víctima de un delito tiene derecho a que se respete su imagen y su dignidad, y a que no se haga un “circo mediático” de un suceso trágico divulgando una fotografía captada en una red social a la que pertenece la víctima con fines bien diversos.

ⁱⁱ Se consideraba por el recurrente en amparo que la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo que consideró que se lesionó el derecho a la propia imagen del demandante, en realidad, es un acto lícito de ejercicio de la libertad fundamental de información, pues la editorial accedió a la imagen a través de su perfil de Facebook y la usó para comunicar una información gráfica veraz y complementaria de otra escrita sobre un suceso que era noticiable y de relevancia pública en la ciudad y provincia donde se difunde el periódico. De este modo, entendía el recurrente en amparo que simplemente actuó como mero mediador informativo entre una imagen divulgada en la red social y sus lectores, lo que resultó especialmente útil para satisfacer el derecho a recibir información veraz de aquellos lectores que carecen de los dispositivos o la habilidad personal necesaria para acceder a los datos publicados en Facebook. Para la demandante de amparo, aquel que abre una cuenta con perfil en una red social puede optar por diversos grados de difusión de sus datos personales, imágenes incluidas. En este caso, el actor había incluido su imagen entre los datos personales publicados con carácter general y sin restricciones de modo que pudiera conocerlos cualquier usuario de la red social, lo que debe ser entendido como “acto propio” a los efectos del art. 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, al margen de haber autorizado expresamente su uso por cualquier tercero (también por consiguiente de personas ajenas a su red de contactos) en la plataforma digital (apartado 2.4 de la Declaración de derechos y responsabilidades de Facebook). En consecuencia, la empresa editora como tercero podía hacer uso de lo publicado por el usuario de la red social, dado el interés informativo y relevancia social que tenía el suceso (en apoyo de sus argumentos citó en su recurso de amparo las SSTC núm. 121/2002, de 20 de mayo y la núm. 139/2007, de 4 de junio). También consideraba el recurrente en amparo que la fotografía publicada por el rotativo tenía un carácter accesorio, invocando la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 10 de noviembre de 2015, asunto *Couderc & Hachette Filipacchi Associés*) que justifica la difusión de fotografías que sean publicadas con intención puramente informativa para complementar el texto y sin que las imágenes tengan carácter difamatorio, peyorativo o degradante. En este caso -según el demandante de amparo-, la fotografía publicada cumplía sin discusión las características del respeto y la neutralidad, pues no en vano es la elegida por el propio sujeto para ilustrar su perfil abierto y accesible al público en la red social. Por lo tanto, entendía el demandante de amparo que el art. 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982 debe ser reinterpretado favoreciendo la libertad de comunicar información gráfica, de manera que el derecho a la propia imagen no solo no impide la información gráfica relativa a imágenes accesorias de otra imagen principal, sino que tampoco impide la publicación de información gráfica que se limita a ser un mero complemento de la información escrita de relevancia pública.

ⁱⁱⁱ El Tribunal Constitucional cita su doctrina emanada de las SSTC núm. 231/1988, de 23 de diciembre; núm. 99/1994, de 11 de abril; núm. 117/1994, de 25 de abril; núm. 81/2001, de 26 de marzo; núm. 139/2001, de 18 de junio; núm. 156/2001, de 2 de julio; núm. 83/2002, de 22 de abril; núm. 14/2003, de 28 de enero; núm. 72/2007, de 16 de abril; núm. 77/2009, de 23 de marzo; núm. 23/2010, de 27 de abril; núm. 12/2012, de 30 de enero; núm. 176/2013, de 21 de octubre y la núm. 19/2014, de 10 de febrero.