

PUBLICAR LA FOTOGRAFÍA DE UNA PERSONA SACADA DE SU CUENTA DE FACEBOOK EXIGE SU CONSENTIMIENTO EXPRESO

Comentario a la STS de 15 de febrero de 2017¹

Casto Páramo de Santiago

Fiscal. Fiscalía Provincial de Madrid

EXTRACTO

Conflicto entre los derechos fundamentales de la intimidad personal y familiar y la libertad de información. 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 se iba a tener en los momentos inmediatamente posteriores en la comunidad concernida, que no ha incurrido en ninguna extralimitación 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. El derecho a la propia imagen pretende salvaguardar un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, en tanto que el aspecto físico es un instrumento básico de identificación y proyección exterior y un factor imprescindible para el propio reconocimiento como individuo, y constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo. 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 (en este caso de su perfil de Facebook) 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 artículo 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 no requiere que sea un consentimiento formal (por ejemplo, dado por escrito), sí exige que se trate de un consentimiento inequívoco.

Palabras clave: derecho a la intimidad y a la propia imagen, derecho a la información, intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen e indemnización.

Fecha de entrada: 10-03-2017 / Fecha de aceptación: 22-03-2017

¹ Véase el texto de esta sentencia en www.civil-mercantil.com (selección de jurisprudencia de Derecho Civil del 16 al 28 de febrero de 2017).

La sentencia que se comenta tiene interés en la medida en que es dictada por el Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, referida a la vulneración de derechos fundamentales, la intimidad y la propia imagen.

Brevemente haré una referencia a los hechos que determinaron la interposición de la demanda, así como una referencia a las sentencias dictadas en primera instancia y en apelación. Los hechos son los siguientes: en el año 2013, en un diario de Zamora (en papel y digital) se publica un reportaje sobre un suceso, consistente en que el demandante fue herido por su hermano, quien le disparó con un arma de fuego y luego se suicidó.

El artículo periodístico contenía datos que permitían identificar al demandante y a su hermano, con iniciales del apellido y apodo de su hermano, la dirección del domicilio familiar, profesión de su padre que había sido médico en un determinado pueblo de la provincia, y determinadas referencias a la familia en la localidad, etc. Asimismo, al informarse se indicaba que la madre del demandante padecía la enfermedad de Alzheimer. En el reportaje publicado en la edición en papel se incluyó una fotografía del demandante, que había sido obtenida de su perfil de Facebook.

El demandante interpuso la demanda, solicitó que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, que le habría causado un daño moral por el que solicitaba que se condenase a la editora del diario a pagarle una indemnización, entre otras peticiones.

El Juzgado de 1.ª Instancia estimó la demanda, que fue recurrida en apelación por el demandado condenado; la Audiencia Provincial desestimó confirmando la sentencia recurrida.

Es de reseñar que la Audiencia consideró que el artículo publicado es veraz y que tiene relevancia o interés público, pero que no se justificaba la prevalencia de la libertad de información sobre la intimidad personal en la publicación de determinados datos íntimos y personales y familiares. Se trataba de datos innecesarios, de los que se podía prescindir sin limitar la información como derecho fundamental.

En cuanto a la intromisión ilegítima por vulneración del derecho a la propia imagen frente al derecho a la información, la Audiencia consideró que la fotografía del demandante se publicó sin su consentimiento, sin que quedara justificada la publicación por la trascendencia de los hechos sobre los que se informaba.

Normalmente en este tipo de procedimientos se pone de relieve la colisión que puede existir entre los derechos a la intimidad y propia imagen y el derecho a la información, debiendo decidirse sobre la prevalencia entre uno y otro.

En primer lugar, entre el derecho a la intimidad y el derecho a la libertad de información debe mencionarse lo siguiente:

El derecho fundamental a la intimidad reconocido por el artículo 18.1 de la Constitución «tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares. De suerte que el derecho a la intimidad atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y una publicidad no querida. No garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del conocimiento público. Lo que el artículo 18.1 de la CE garantiza es, pues, el secreto sobre nuestra propia esfera de vida personal y, por tanto, veda que sean los terceros particulares o poderes públicos, quienes decidan cuáles son los contornos de nuestra vida privada» (SSTC de 5 de mayo de 2000 y 22 de abril de 2002).

Los usos sociales no justifican indagar en los asuntos que pertenecen a la esfera exclusiva de otros y divulgar su resultado con el fin de satisfacer la curiosidad o el chismorreo de los consumidores de este tipo de revelaciones o comentario.

La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 2008 recuerda que el derecho a la intimidad implica la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás, referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado. Además, el derecho a la libertad de información legitima la actuación del medio de comunicación que proporciona una información veraz sobre hechos de relevancia pública. Por veracidad puede entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, pueda más adelante ser desmentida o no resultar confirmada. Así se ha dicho que el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad cuando la noticia que se divulga pueda suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere.

De igual modo deberá valorarse la trascendencia de la información, que puede exigir un mayor cuidado en su contraste; la condición pública o privada de la persona. Los personajes públicos o dedicados a actividades que persiguen notoriedad pública aceptan voluntariamente el riesgo de que sus derechos subjetivos de personalidad resulten afectados por críticas, opiniones o revelaciones adversas con una mayor intensidad que la de aquellas personas privadas que, sin vocación ni proyección pública, se ven circunstancialmente involucradas en asuntos de trascendencia pública, a las cuales hay que, por consiguiente, reconocer un ámbito superior de privacidad, que impide conceder trascendencia general a hechos o conductas, que la tendría de ser referidas a personajes públicos. También debe valorarse, a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible, cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia que la transmisión neutra de manifestaciones de otro.

Se pueden mencionar otros criterios otros, como son el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia o las posibilidades efectivas de contrastarla.

Se exige al profesional de la información una actuación razonable en la comprobación de la veracidad de los hechos que expone para no defraudar el derecho de todos a recibir una información veraz.

La regla constitucional de la veracidad, dice el Tribunal Supremo, constituye una garantía frente al informador que transmite como verdaderos simples rumores sin contrastar o meras invenciones, pero, por el contrario, no llega al extremo de imponer un deber de exactitud, sino el deber de contrastar previamente la noticia mediante fuentes objetivas, fiables, identificables y susceptibles de contraste que aporten datos conducentes a que el informador alcance conclusiones semejantes a las que podría alcanzar cualquier lector o espectador medio a partir de los mismos datos, y todo ello sin perjuicio de que su total exactitud pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado.

En ocasiones la veracidad de una información puede quedar comprometida por la falta de proporcionalidad de los titulares, por ejemplo, cuando en ellos se formulan conclusiones taxativas sobre la realidad de los hechos y sobre la participación del afectado que no guarden una relación lógica con los datos resultantes de dichas fuentes. Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2014, se admite la existencia de intromisión ilegítima en el honor cuando los titulares significan ya el desmerecimiento de la persona afectada.

La Sentencia de 11 de febrero de 2013 dice que el requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en este se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas.

Debe tenerse en consideración también la naturaleza de la noticia, hechos graves y noticiables enmarcados en un ámbito reducido, que no realiza de manera exagerada ni morbosa un desarrollo de la noticia y que introduce datos que si bien pudieran afectar al derecho a la intimidad, y pudieran tenerse en consideración como accesorios y prescindibles, tampoco son tan relevantes en relación con la noticia como para entender que se ha vulnerado el derecho a la intimidad, pues se trata de precisiones aisladas para enmarcar la noticia pero sin exageraciones o introducción de datos inexactos y desproporcionados con la comunicación de un hecho noticiable objetivamente considerado, sin ir más allá en las revelaciones que las que tenían que ver con los hechos.

Parece que el canon exigible al informador y el medio periodístico no excede del límite del derecho a la información en relación con el derecho a la intimidad, que en todo caso no tiene pautas tasadas que sirvan para todos los casos, sino que serán las circunstancias concurrentes en cada uno las que deban tenerse en consideración para determinar si prevalece un derecho u otro, pues no toda información veraz legitima una vulneración del derecho a la intimidad.

Sin embargo, en relación con la vulneración del derecho a la propia imagen por la publicación de una fotografía del demandante sin su consentimiento, y que había sido obtenida de Facebook, merece mencionarse que es esencial el consentimiento de la persona afectada y que ese consentimiento no se presume.

En efecto, partiendo del artículo 7 de la Ley 1/1982, que protege los mencionados derechos fundamentales, y en relación con la protección del derecho a la propia imagen, dispone en su punto 5 que tendrá la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 que «la captación, reproducción o divulgación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2». Por otro lado, el artículo 8 dispone que: «1. No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. 2. En particular, 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. b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social. c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza».

El derecho a la propia imagen tiene una dimensión legal que no puede confundirse con la constitucional, ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas. La protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen afectan a bienes jurídicos distintos de los que son propios de un derecho de la personalidad y, por ello, aunque dignos de protección y efectivamente protegidos, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18.1 de la CE. Dicho en otras palabras, a pesar de la creciente patrimonialización de la imagen y de «la necesaria protección del derecho a la propia imagen frente al creciente desarrollo de los medios y procedimientos de captación, divulgación y difusión de la misma», el derecho protegido por el mencionado precepto, por su carácter personalísimo, limita su protección a la imagen como elemento de la esfera personal del sujeto, en cuanto es un factor esencial e imprescindible para su propio reconocimiento como individuo.

En consecuencia, la facultad otorgada por este derecho consiste, en esencia, en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad –informativa, comercial, científica, cultural, etc.– perseguida por quien la capta o difunde (SSTC 81/2001, de 26 de marzo y 83/2002, de 22 de abril). Y lo específico del derecho a la imagen, frente al derecho a la intimidad y el derecho al honor, 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 aspecto físico de la persona ha de quedar protegido incluso cuando, en función de las circunstancias, no tiene nada de íntimo o no afecta a su reputación.

Así la Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de febrero de 2015 afirma: «En cuanto a su contenido, este Tribunal ha tenido ocasión de precisar que 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. Ese bien jurídico se salvaguarda reconociendo la facultad de evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su reconocimiento como sujeto individual. En definitiva, lo que se pretende, en su dimensión constitucional, es que los individuos puedan decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública a fin de garantizar un ámbito privativo para el desarrollo de la propia personalidad ajeno a las injerencias externas».

En el supuesto de la sentencia, la persona recurrente y afectada por la publicación de la fotografía obtenida de Facebook no ejercía ningún cargo público, ni tenía notoriedad o proyección pública, solo estaba implicada en un hecho, que fue difundido como hecho de cierta relevancia o interés en la localidad pequeña donde tuvo lugar. Y en ese contexto la publicación de la fotografía mencionada solo podría quedar legitimada por la situación de prevalencia del derecho a la información. No obstante, la publicación de la fotografía no aportaba nada a la noticia en sí, por lo que su carácter meramente accesorio y su carencia de relevancia era tan evidente que, eliminada de la publicación, en ningún caso padecía la noticia difundida, y por tanto no se producía un cambio en la traslación de la noticia a la opinión pública que pudiera verse afectada por esa eliminación. No es tampoco relevante el hecho de que la noticia no afectara a la intimidad de la persona, pues lo trascendente es que la difusión de la imagen sin consentimiento es divulgación, que no queda amparada por el derecho a la información, aunque no tenga consecuencia en relación con otros derechos, en su ponderación con el derecho a la libertad de información, como el derecho a la intimidad.

No ha existido consentimiento para la publicación de la fotografía, y no puede presumirse su existencia por el hecho de que aparezca en un portal del internet, y desde allí se obtenga para su publicación posterior. Es decir, en todo caso debe mediar el consentimiento, esté donde esté la imagen que se publica, pues solo el consentimiento expreso legitima la publicación, y ese consentimiento no puede en ningún caso entenderse concurrente por las circunstancias del lugar de donde se obtiene. Esto tiene gran importancia ante la proliferación de páginas o portales de internet que se nutren de fotografías como elementos identificativos de las personas que se abren una cuenta, y de la cantidad de fotografías y publicaciones que abundan por en la red, cuyo uso no puede quedar autorizado por su sola existencia, sin obtener el necesario consentimiento. La sentencia del Tribunal Supremo no hace sino extender su doctrina a los nuevos supuestos que surgen con la aplicación de las nuevas tecnologías.