



Roj: **STS 363/2017 - ECLI:ES:TS:2017:363**

Id Cendoj: **28079119912017100003**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **15/02/2017**

Nº de Recurso: **3361/2015**

Nº de Resolución: **91/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 1643/2015,**
STS 363/2017

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil

PLENO

Sentencia núm. 91/2017

Fecha de sentencia: 15/02/2017

Tipo de procedimiento: CASACIÓN Número del procedimiento: 3361/2015

Fallo/Acuerdo: Sentencia Estimando

Fecha de Votación y Fallo: 25/01/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Procedencia: Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección Tercera Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa Rodríguez Valls

Transcrito por: ACS Nota:

Resumen

Conflicto entre libertad de información y derechos a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. Reportaje en periódico local que incluye datos que permiten identificar a la víctima de un suceso y publica una fotografía de la víctima. Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad: crónica de sucesos amparada por la libertad de información. Existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Trascendencia de que la fotografía publicada fuera obtenida fuera accesible en las redes sociales (Facebook): inexistencia de consentimiento expreso a la publicación de la imagen en un medio de información. Carácter no accesorio de la reproducción de la imagen. Indemnización.

CASACIÓN núm.: 3361/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. M^a Teresa

Rodríguez Valls

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Civil PLENO

Sentencia núm. 91/2017

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente



D. José Antonio Seijas Quintana
D. Antonio Salas Carceller
D. Francisco Javier Arroyo Fiestas
D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Francisco Javier Orduña Moreno
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Eduardo Baena Ruiz
D. Pedro José Vela Torres

En Madrid, a 15 de febrero de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia núm. 270/2015 de 22 de septiembre, dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 562/2014 del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Bilbao, sobre derecho a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar.

El recurso fue interpuesto por La Opinión de Zamora S.A., representada por la procuradora D.ª María del Carmen Ortiz Cornago y asistida por el letrado D. Javier Lozano Carbayo.

Es parte recurrida D. Millán, representado por la procuradora D.ª Imelda Marco López de Zubiria y asistido por el letrado D. Marcos Picornell Rowe.

Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Sarazá Jimena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- El procurador D. Fermán Ors Simón, en nombre y representación de D. Millán, interpuso demanda de juicio ordinario contra La Opinión de Zamora S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] en la que, estimando íntegramente la demanda:

- » 1) Declare que ha existido intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar del demandante Don Millán por parte de la demandada La Opinión de Zamora, S.L. consistente en la publicación de los datos personales y fotografías a que se refiere el hecho Cuarto de este escrito de demanda.
- » 2) Declarar que, como consecuencia de la anterior intromisión ilegítima del derecho a propia la imagen (sic) y la intimidad personal y familiar, se ha causado daño moral al demandante, que se valora en la suma de treinta mil euros (30.000,00.- ?), o en la que estime el Tribunal haciendo uso de la facultad moderadora.
- » 3) Condene a la parte demandada a estar y pasar por las anteriores declaraciones y, en su consecuencia:
- » 4) Condene a la demandada a abonar a la parte actora la suma de treinta mil euros (30.000,00 ?), o la suma que estime el Tribunal haciendo uso de la facultad moderadora, así como los intereses legales de esa cantidad.
- » 5) Condenar a la parte demandada La Opinión de Zamora, S.L. a publicar a su costa la parte dispositiva de la Sentencia que ponga fin a este procedimiento, en la misma sección del periódico "La Opinión-El Correo de Zamora" donde fueron publicados los datos y fotografías causantes del daño.
- » 6) Condenar a la parte demandada "La Opinión-El Correo de Zamora" a retirar las referidas fotografías (primer plano de mi mandante y de su fallecido hermano) y datos personales familiares (nombre y dirección del domicilio materno) de la noticia a que se refiere esta demanda, de cuantos ejemplares de la publicación se hallaran en los archivos del periódico y a no volver a publicarlos en cualquier soporte.
- » 5) Condenar en todas las costas de este juicio a la parte demandante».

2.- La demanda fue presentada el 20 de mayo de 2014 y repartida al Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Bilbao y fue registrada con el núm. 562/2014. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.



3.- La Opinión de Zamora S.A., contestó a la demanda y solicitó su desestimación, con imposición de costas a la parte actora.

El Ministerio Fiscal emitió informe de contestación a la demanda.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Bilbao, dictó sentencia

55/2015, de 11 de marzo, con la siguiente parte dispositiva:

«Que estimando sustancialmente la demanda interpuesta por el Procurador D. Germán Ors Simón, en nombre y representación de D. Millán , contra "La Opinión de Zamora, S.A.", acuerdo:

» Primero.- Declarar que ha existido intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar del demandante por parte de la demandada.

» Segundo.- Declarar que, como consecuencia de la anterior intromisión ilegítima del derecho a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar, se ha causado daño moral al actor, que se valora en la suma de 30.000 euros.

» Tercero.- Condenar a la demandada a abonar a la parte actora la suma de 30.000 euros. Dicha cantidad devengará los intereses del artículo 576 de la LEC .

» Cuarto.- Condenar a la demandada a publicar a su costa la parte dispositiva de la Sentencia que ponga fin a este procedimiento, en la misma sección del periódico "La Opinión-El Correo de Zamora" donde fueron publicados los datos y fotografía causantes del daño.

» Quinto.- Condenar a la parte demandada a retirar la fotografía del primer plano del actor y los datos personales familiares (nombre y dirección del domicilio materno) de la noticia a que se refiere esta demanda, de cuantos ejemplares de la publicación se hallarán en los archivos del periódico y a no volver a publicarlos en cualquier soporte.

» Sexto.- Condenar a la parte demandada al pago de las costas causadas en esta instancia».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por La Opinión de Zamora S.A. D. Millán se opuso al recurso interpuesto de contrario. El Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, que lo tramitó con el número de rollo 182/2015 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia núm. 270/2015 en fecha 22 de septiembre , que desestimó el recurso, con imposición de costas a la parte apelante.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1.- La Opinión de Zamora S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

«Primero.- Indebida aplicación del art. 18.1 de la Constitución Española y del art. 7.3 de la L.O. 1/1982 , e infracción del art. 20.1.d) Constitución Española , y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta».

«Segundo.- Indebida aplicación del art. 18.1 de la Constitución Española y del art. 7.5 de la L.O. 1/1982 , e infracción del art. 20.1.d) Constitución Española , de los artículos 8.1 y 8.2.c) LO 1/1982, y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta».

«Tercero.- Infracción del art. 9.3 LO 1/1982, y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta»

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 11 de mayo de 2016, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición .

3.- D. Millán presentó escrito de oposición al recurso.

El Ministerio Fiscal solicitó la desestimación del recurso de casación.



4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de noviembre de 2016. Por Providencia de 23 de noviembre de 2016 se acordó suspender el señalamiento, pasando a conocimiento del Pleno de la Sala, que ha tenido lugar el 25 de enero de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- El 8 de julio de 2013, en la edición en papel y digital del diario «La opinión-El correo de Zamora» se publicó un reportaje sobre un suceso ocurrido el día anterior, 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: su nombre (Millán), el de su hermano, y las iniciales de sus apellidos, el apodo de su hermano, la dirección exacta del domicilio familiar, que su padre había sido médico en un determinado pueblo de la provincia, referencias a la notoriedad de la familia en la localidad, etc. Asimismo, al informar sobre quienes habían presenciado los hechos, se indicaba que la madre del demandante padecía la enfermedad de Alzheimer.

En el reportaje publicado en la edición en papel del diario se incluyó una fotografía del demandante, que había sido obtenida de su perfil de *Facebook* .

2.- El demandante interpuso la demanda origen de este recurso, en la que 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 de treinta mil euros (o la suma que estimara el tribunal haciendo uso de la facultad moderadora) y a publicar la parte dispositiva de la sentencia que pusiera fin al procedimiento, así como a retirar las fotografías y datos personales familiares (nombre y dirección del domicilio materno) de la noticia de cuantos ejemplares de la publicación se hallaran en los archivos del periódico y a no volver a publicarlos en cualquier soporte.

3.- La demandada se opuso a la demanda. Alegó que el hecho ocurrido y objeto de noticia era de gran entidad y relevancia pública. Se trataba de personas conocidas, el suceso fue importante, los datos eran de dominio público y fácilmente obtenibles, y las circunstancias que concurrían exigían dar detalles, pues, de no hacerlo, se provocaría una alarma innecesaria al concurrir circunstancias familiares muy similares en otros domicilios. Finalmente, la imagen, captada del perfil de *Facebook* , era la que el propio interesado dio a conocer en las redes sociales, y ocupaba un lugar accesorio en la noticia publicada.

Para el medio de comunicación, el tratamiento informativo fue serio, profesional, objetivo y veraz. Y frente a la relevancia, trascendencia e interés público de la noticia, no cuestionada la veracidad de la misma, en un juicio de ponderación entre los derechos enfrentados, debe prevalecer la libertad de información.

4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia estimó sustancialmente la demanda. Consideró que la información publicada, cuya veracidad se reconocía, suponía una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante, puesto que se revelaban numerosos datos personales del demandante y de su familia, que permitían su identificación y eran innecesarios para la información.

También consideró que se había producido una vulneración del derecho a la propia imagen, pues el demandante no consintió la publicación de la fotografía, y esta no aportaba elemento informativo de interés público y solo permitía la perfecta identificación del demandante.

En lo que respecta a la indemnización solicitada, la sentencia tuvo en consideración la gravedad de la intromisión, la difusión del periódico en la provincia de Zamora, la vinculación del demandante con dicho entorno y la influencia de la publicación de la información vulneradora de estos derechos fundamentales en el estrés postraumático que sufrió el demandante.

Por todo ello, estimó sustancialmente la demanda, declaró la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar y condenó a la demandada a indemnizar al demandante en treinta mil euros, a publicar en el diario de la demandada la parte dispositiva de la sentencia y a que retirara la fotografía del demandante de los ejemplares del diario que se encontraran en sus archivos.

5.- La empresa editora del diario apeló la sentencia, pero la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, porque consideró acertados los razonamientos de la sentencia de primera instancia.

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 confirmó los argumentos de la sentencia recurrida, pues 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.

Por último, en cuanto a la indemnización, confirmó la resolución recurrida al estimarla ajustada a los parámetros precisados por la jurisprudencia.

6.- La demandada ha interpuesto recurso de casación basado en tres motivos, que han sido admitidos.

Las alegaciones realizadas por el demandante al oponerse al recurso para que este sea declarado inadmisibile, no pueden ser estimadas. El recurso identifica los problemas jurídicos alrededor de los cuales articula los diversos motivos, por lo que es plenamente admisible a trámite, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre la prosperabilidad de sus motivos.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del recurso.*

1.- El epígrafe de este motivo tiene este contenido:

«Indebida aplicación del art. 18.1 de la Constitución Española y del art. 7.3 de la L.O. 1/1982, e infracción del art. 20.1.d) Constitución Española, y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta».

2.- En el desarrollo del motivo, la recurrente alega que la infracción de esos preceptos constitucionales y legales se ha producido porque la sentencia recurrida ha considerado, indebidamente, que la información publicada vulnera ilegítimamente el derecho a la intimidad. Y, en todo caso, de haberse producido tal intromisión, sería de una entidad insuficiente para limitar el derecho a la libertad de información del diario.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Publicación de datos que permiten identificar a la víctima de un suceso violento. Crónica de sucesos.*

1.- Las sentencias de instancia consideran que la información publicada en el diario contenía datos suficientes para identificar al demandante como víctima de un suceso violento. Tal razonamiento no puede considerarse arbitrario, a la vista de la cantidad de datos personales relativos al demandante (nombre, inicial de los apellidos, domicilio familiar en Zamora, profesión del padre, etc.) contenidos en el reportaje periodístico y del ámbito local en que fue difundido.

La demandada considera que la ponderación realizada en la instancia no se ajusta a los parámetros constitucionales al haber considerado prevalente el derecho a la intimidad del demandante frente al derecho a la libertad de información ejercido por la demandada.

2.- El derecho a la intimidad personal y familiar garantiza a la persona un ámbito reservado de su vida personal y familiar, vinculado con el respeto de su dignidad como persona, frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o particulares. Este derecho atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, tanto personal como familiar, frente a la divulgación del mismo por terceros y frente a la publicidad no consentida. Así lo ha declarado tanto el Tribunal Constitucional (entre las más recientes, sentencia 176/2013, de 21 de octubre) y esta sala (sentencia 478/2014, de 2 de octubre).

3.- El derecho a la libertad de información legitima la actuación del medio de comunicación que proporciona información veraz sobre hechos o personas de relevancia pública.

En este caso, no existe controversia sobre la veracidad de la información, si bien cuando esta constituye una intromisión en el derecho a la intimidad, que la información sea veraz no legitima tal intromisión.

En cuanto a la relevancia pública, es pacífica la jurisprudencia, tanto constitucional (sentencias del Tribunal Constitucional, SSTC, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, 127/2003, de 30 de junio) como de esta sala (sentencias 129/2014, de 5 de marzo, y 587/2016, de 4 de octubre), que reconoce esa relevancia pública a la información sobre hechos de trascendencia penal, aunque la persona afectada por la noticia tenga el carácter de sujeto privado (SSTC 154/1999, de 28 de septiembre, 52/2002, de 25 de febrero, 121/2002, de 20 de mayo).

En la sentencia 587/2016, de 4 de octubre, declaramos:

«[...] la conveniencia y necesidad de que la sociedad sea informada sobre sucesos de relevancia penal legitima, según las circunstancias, la intromisión en derechos fundamentales como el honor y la intimidad, y con mayor motivo cuando, a diferencia del caso analizado por ejemplo en reciente sentencia de pleno 485/2016, de 14 de



julio, no existe una "extralimitación morbosa", una búsqueda y revelación de aspectos íntimos que no guardan relación con el hecho informativo, sino que en este caso el artículo litigioso se limitó a reflejar "los hechos y delitos objeto de la querrela"».

4.- Por tanto, como en tantas ocasiones, el conflicto entre los derechos fundamentales que respectivamente amparan la posición jurídica de cada litigante (el derecho a la intimidad personal y familiar, la del demandante, y la libertad de información, la de la demandada), hace precisa la ponderación entre los derechos en conflicto. Serán las concretas circunstancias concurrentes las que determinen qué derecho fundamental debe prevalecer frente al otro.

5.- Esta sala ha considerado que, en determinadas circunstancias, la divulgación no consentida de la identidad de la víctima supone una intromisión ilegítima en su derecho a la intimidad (sentencias 127/2000, de 21 de febrero, 272/2011, de 11 de abril, 478/2014, de 2 de octubre, y 661/2016, de 10 de noviembre). Hemos declarado que tal ilicitud concurre en casos tales como el de las víctimas de delitos gravemente atentatorios de su dignidad, como son los delitos sexuales o de violencia contra la mujer, información sobre hechos acaecidos hace tiempo en los que los familiares de la víctima en estado de coma han mostrado expresamente su negativa a que se desvelaran sus datos de identidad, información sobre los datos de una víctima que en todo momento manifestó su voluntad de preservar el anonimato y que posibilitaba que el conocimiento de su identidad se extendiera fuera de su círculo de allegados, etc.

6.- Ahora bien, en el caso presente concurren una serie de circunstancias que determinan la prevalencia de la libertad de información de la demandada frente al derecho a la intimidad personal y familiar del demandante.

7.- La intromisión en la intimidad personal y familiar del demandante que supone la información del artículo periodístico no puede considerarse grave. En un ámbito geográfico reducido, como Zamora, pues se trataba de un periódico de ámbito provincial, la información que se contiene en el artículo periodístico no aumenta significativamente el conocimiento que de un hecho de esas características, ocurrido en una vivienda de la ciudad y en el seno de una familia conocida, podían tener sus convecinos. Se trataba, además, de hechos objetivamente graves y noticiables, una disputa familiar en la que un hermano hirió a otro y después se suicidó.

Es especialmente relevante que la noticia se acomoda a los usos sociales, y concretamente a los cánones de la crónica de sucesos, que es un género periodístico tradicional. Se trata de una información dada inmediatamente después de que sucedieran los hechos (en la edición en papel del diario, apareció al día siguiente). No se exponen los hechos con extralimitación morbosa, ni se desvelan hechos íntimos sin relación con lo sucedido, es más, ni siquiera se hace referencia a la causa de la desavenencia familiar. La mención a la enfermedad de la madre se justifica porque tenía cierta relevancia para informar sobre lo acaecido: solo presenció los hechos un sobrino, la madre estaba presente pero se encontraba en un estado avanzado de Alzheimer, y tuvo que ser llevada a casa de unas vecinas.

8.- Ciertamente, 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.

En este caso, 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 de una ciudad como Zamora, y que la información se acomodó a los cánones de la crónica de sucesos, la sala considera que debe prevalecer el derecho a la información ejercitado a través del medio de prensa.

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.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo.*

1.- Este segundo motivo se encabeza así:

«Indebida aplicación del art. 18.1 de la Constitución Española y del art. 7.5 de la L.O. 1/1982, e infracción del art. 20.1.d) Constitución Española, de los artículos 8.1 y

8.2.c) LO 1/1982, y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que los interpreta».



2.- La recurrente, al desarrollar el motivo, alega que la infracción de esos preceptos constitucionales y legales se ha producido porque la sentencia recurrida ha considerado, indebidamente, que la publicación de una fotografía del demandante obtenida de su perfil de Facebook vulnera ilegítimamente su derecho a la propia imagen. La fotografía no captaba imágenes de la vida privada del demandante. Su conducta, al tener una cuenta de Facebook en la que se incluía una fotografía del demandante, de libre acceso, ha de tomarse en consideración como constitutiva de actos propios que excluyen el carácter ilegítimo de la reproducción de la imagen, a la vista de la anterior conducta del titular.

Por lo cual, de haberse producido la intromisión en el derecho a la imagen del demandante, sería aplicable alguna de las causas de justificación de los apartados 1 y 2 del art. 8 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 (en lo sucesivo, Ley Orgánica 1/1982), por tratarse de una actuación autorizada y aparecer como meramente accesorio y, en todo caso, debería prevalecer el derecho a la libertad de información.

QUINTO.- *Decisión de la sala. Publicación en el periódico de una fotografía de la víctima obtenida en su cuenta en una red social en Internet (Facebook).*

1.- El derecho a la propia imagen es un derecho de la personalidad, reconocido como derecho fundamental en el art. 18.1 de la Constitución, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación y le permite determinar qué información gráfica generada por sus rasgos físicos personales puede tener dimensión pública. En su faceta negativa o excluyente, otorga la facultad de impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero sin el consentimiento expreso del titular, sea cual sea la finalidad perseguida por quien la capta.

2.- La circunstancia, alegada por la recurrente, de que la fotografía publicada en el diario no capte la imagen del recurrente en una actividad de su vida privada no excluye la existencia de intromisión en el derecho a la propia imagen. El Tribunal Constitucional, a partir de la sentencia 139/2001, de 18 de junio, caracterizó el derecho a la propia imagen como un derecho fundamental autónomo de los demás derechos de la personalidad, y en concreto, del derecho a la intimidad. Afirmó el Tribunal Constitucional en el fundamento cuarto de esta sentencia:

«En nuestros anteriores pronunciamientos hemos puesto de manifiesto la vinculación del derecho a la propia imagen con el derecho al honor y con el derecho a la intimidad, pero también hemos señalado que "se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguarda de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual (SSTC 231/1988, FJ 3 ; 99/1994, de 11 de abril, FJ 5)" (STC 81/2001, FJ 2)».

Por tanto, que la fotografía no suponga una intromisión en el derecho a la intimidad del demandante no excluye que pueda constituir una intromisión en el derecho a la propia imagen, que tiene un contenido propio y específico, pues, conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, protege a su titular frente a la captación, reproducción y publicación de su imagen que afecte a su esfera personal aunque no dé a conocer aspectos de su esfera íntima. Este 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.

3.- El periódico editado por la demandada 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.

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.



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.

Esta sala ha declarado en reiteradas ocasiones (sentencias 1225/2003, de 24 de diciembre, 1024/2004, de 18 de octubre, 1184/2008, de 3 de diciembre, 311/2010, de 2 de junio) que el consentimiento dado para publicar una imagen con una finalidad determinada (en este caso, como imagen del perfil de *Facebook*) no legitima su publicación con otra finalidad distinta (en este caso, ilustrar gráficamente el reportaje sobre el suceso violento en que se vio envuelto el demandante). En la sentencia 746/2016, de 21 de diciembre, afirmamos que aunque hubiera sido cierto que la fotografía publicada por el medio de información hubiera sido "subida" a *Facebook* por la persona que en ella aparece, «[...] esto no equivaldría a un consentimiento que [...] tiene que ser expreso y, además, revocable en cualquier momento».

4.- El consentimiento a la captación, reproducción o publicación de la imagen no puede ser general, sino que ha de referirse a cada acto concreto, como se desprende de los arts. 2.2 y 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, lo que deriva del carácter irrenunciable que tiene este derecho, como prevé el art. 1.3 de dicha ley orgánica y es propio de su carácter de derecho fundamental.

El control de la propia imagen que supone el derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 de la Constitución determina que, cuando no se trata de un personaje con proyección pública, el consentimiento expreso en un determinado uso público de dicha imagen por parte de su titular no legitime cualquier otro uso público de tal imagen por parte de un tercero para el que no se haya dado ese consentimiento expreso.

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

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

6.- Por tanto, la publicación en el periódico de una fotografía del demandante, acompañando a la información sobre el hecho noticioso y a otras fotografías que ilustraban tal información, por más que el demandante tuviera una momentánea relevancia pública involuntaria en tanto que víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico, obtenida de su cuenta de *Facebook*, sin recabar el consentimiento expreso del afectado para realizar tal publicación, no puede considerarse autorizada y constituye por tanto una intromisión en tal derecho fundamental que no está justificada del modo previsto en el art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982.

7.- Tampoco puede considerarse justificada la publicación de la fotografía del demandante por aplicación del art. 8.2.c de dicha ley orgánica. La fotografía, pese a no ser de gran tamaño (solo incluía la imagen del demandante de cintura para arriba), tenía por único protagonista al demandante, de modo que identificaba directamente a la víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico.

Por tanto, no puede considerarse que la imagen del demandante sea meramente accesoria dentro de otra más amplia, puesto que la fotografía tiene como único protagonista al demandante, ni que sea accesoria respecto de la información objeto del reportaje, puesto que se trata de la fotografía que identificaba a la víctima del hecho violento objeto del reportaje.

8.- El ejercicio por la demandada del derecho a la libertad de información no legitima la publicación no consentida de la imagen del demandante, 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*.



La exigencia de tutelar el derecho de información no puede significar que se dejen vacíos de contenido los derechos fundamentales de quienes resulten afectados por el ejercicio de aquél, que solo han de sacrificarse en la medida en que resulte necesario para asegurar la información libre en una sociedad democrática, tal como establece el art. 10.2 del Convenio europeo de derechos humanos (SSTC 171/1990, de 12 de noviembre, FJ 5 , y 121/2002, de 20 de mayo , FJ 4). Y el interés público que suscitaba el suceso violento y que justificaba que el diario de la demandada informara sobre el mismo, incluso con identificación de los afectados por el suceso, no exigía ni justificaba que se publicara la imagen de la víctima del suceso, obtenida en su perfil de una red social, sin su consentimiento expreso.

SEXTO.- *Formulación del tercer motivo del recurso.*

1.- El epígrafe que encabeza este último motivo tiene el siguiente contenido:

«Infracción del art. 9.3 LO 1/1982, y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo interpreta».

2.- En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la sentencia recurrida incurre en arbitrariedad, falta de motivación y notoria desproporción en la fijación de la cuantía de la indemnización.

SÉPTIMO.- *Decisión de la sala. Indemnización del daño moral causado por la intromisión en los derechos a la intimidad y a la propia imagen.*

1.- Es jurisprudencia constante la que afirma que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba, solo susceptible de revisión, por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. Este criterio ha sido empleado por esta sala también en lo que se refiere a la fijación de la cuantía de la indemnización de los daños provocados por la intromisión ilegítima en los derechos fundamentales de la personalidad protegidos en el art. 18.1 de la Constitución .

2.- En el supuesto enjuiciado, la sentencia recurrida, al asumir la dictada en primera instancia, utiliza los criterios de cuantificación de la indemnización previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 : gravedad de la intromisión (que afectó a la intimidad personal, a la intimidad familiar y a la propia imagen), difusión del reportaje infractor, tomando en cuenta la vinculación del demandante y su familia al ámbito en que se produce la difusión, repercusión de la vulneración en el estrés traumático que sufrió el demandante, etc.

3.- Buena parte de los argumentos que se emplean en el desarrollo de este motivo consisten en negar la existencia o la gravedad de la intromisión ilegítima, así como otros datos tomados en cuenta por la Audiencia Provincial para fijar la indemnización (vinculación del demandante con su provincia natal, repercusión de la vulneración de sus derechos fundamentales en el agravamiento del estrés traumático que sufrió tras los hechos, etc.) por lo que constituyen una petición de principio, al modificar injustificadamente la base sobre la que se asienta la aplicación de la norma legal que el recurrente considera incorrecta. Como se verá, solo procederá la minoración de la indemnización por haberse estimado que no hubo intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad.

4.- En definitiva, la fundamentación de este motivo de casación es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, pues no se aportan datos objetivos que, en aplicación de los criterios previstos en el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 y en la jurisprudencia que lo interpreta, sean suficientes para justificar el incumplimiento o la defectuosa aplicación de los criterios establecidos en el art. 9.3 de dicha ley orgánica o la notoria desproporción de la indemnización concedida.

5.- Ahora bien, la demanda versaba sobre dos hechos diferenciados (identificación del demandante en la información escrita, que atentaba contra su derecho a la intimidad, y reproducción de su imagen obtenida de una red social sin su consentimiento expreso, que atentaba contra su derecho a la propia imagen). Dado que hemos considerado que la afectación de la intimidad del demandante no fue ilícita, y que solo fue ilícita la intromisión en su derecho a la propia imagen, la indemnización debe reducirse a la mitad de la fijada en la sentencia recurrida por la vulneración de ambos derechos.

6.- Por tanto, procede revocar el pronunciamiento que declaraba la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y familiar, mantener el pronunciamiento que declara la intromisión en el derecho a la propia imagen del demandante, reducir a la mitad la indemnización fijada en la instancia, y mantener el resto de pronunciamientos condenatorios ligados a la cuestión sustantiva, que no han sido objeto de impugnación por la recurrente, si bien la publicación de la parte dispositiva de la sentencia se sustituye por la de una nota que resuma su contenido, como viene haciendo esta sala para dotar de sentido a tal publicación.

OCTAVO.- *Costas y depósitos.*



- 1.- De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.2, no procede hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.
- 2.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por La Opinión de Zamora S.A., contra la sentencia núm. 270/2015 de 22 de septiembre, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en el recurso de apelación núm. 182/2015 .

2.º- Casamos la expresada sentencia, dejando sin efecto la declaración de vulneración del derecho de intimidad del demandante y la cuantía de la indemnización acordada, y en su lugar acordamos:

2.1.- Estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por La Opinión de Zamora S.A. contra la sentencia 55/2015, de 11 de marzo, del Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Bilbao , dictada en el juicio ordinario núm. 562/2014, que se revoca y, en su lugar, acordar:

2.2.- Estimar en parte la demanda que D. Millán interpuso contra La Opinión de Zamora S.A.

2.3.- Declarar que ha existido intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen de D. Millán por parte de la demandada La Opinión de Zamora S.L. consistente en la publicación de su fotografía sin su consentimiento expreso

2.4.- Condenar a La Opinión de Zamora S.L a indemnizar a D. Millán en quince mil euros.

2.5.- Condenar a La Opinión de Zamora S.L a publicar a su costa una nota que resuma la parte dispositiva de esta sentencia en la misma sección del periódico "La Opinión-El Correo de Zamora" donde fue publicada la fotografía del demandante.

2.6.- Condenar a La Opinión de Zamora S.L a retirar la fotografía del demandante de la noticia a que se refiere esta demanda, de cuantos ejemplares de la publicación se hallarán en los archivos del periódico y a no volver a publicarla en ningún soporte.

2.7.- No hacer expresa imposición de las costas de primera instancia ni de las del recurso de apelación.

3.º- No procede imposición de costas del recurso de casación. Devuélvase a la recurrente el depósito constituido para interponer el recurso.

Líbrense a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.