

Roj: **SAN 215/2013 - ECLI:ES:AN:2013:215**Id Cendoj: **28079230012013100011**Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **02/01/2013**Nº de Recurso: **577/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**Ponente: **MARIA LUZ LOURDES SANZ CALVO**Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

Madrid, a dos de enero de dos mil trece.

Visto por la Sección Primera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número **577/2011** interpuesto por **D. Armando** representado por el Procurador Sr Molina Santiago contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 7 de octubre de 2011 dictada en el Procedimiento A/00275/2011; ha sido parte en autos, la Administración demandada, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Interpuesto recurso Contencioso-administrativo ante esta Sala de lo Contencioso administrativo de la Audiencia Nacional y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo, para, una vez recibido emplazar a la actora para que formalizara la demanda, lo que así se hizo en escrito en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando que se dicte sentencia por la que se declare nula y no conforme a derecho la resolución impugnada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado, en su escrito de contestación a la demanda, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, postuló una sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto, confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho.

TERCERO.- El recurso no se recibió a prueba, señalándose para votación y fallo el día 19 de diciembre de 2012 en que tuvo lugar.

La cuantía del recurso se ha fijado como indeterminada.

Ha sido Ponente la Magistrada Ilma. Sra. *D^a. LOURDES SANZ CALVO* .

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 7 de octubre de 2011 dictada en el Procedimiento A/00275/2011 que acuerda "Apercibir" a D. Armando con arreglo a lo dispuesto en el artículo 45.6 LOPD , con relación a la infracción del artículo 6 de la LOPD tipificada como grave en el artículo 44.3.b) de la citada Ley Orgánica.

Considera la AEPD que se ha producido una vulneración del principio del consentimiento por cuanto en el muro de Facebook del recurrente, accesible libremente para cualquier usuario de dicha red social, aparecía al menos los días 2 y 10 de junio y 7 de julio de 2011, un video de 1:51 minutos de duración, en el que se aprecia la conversación mantenida (en el zoológico madrileño), entre un adulto, cuya imagen coincide con la que figura en la foto principal del perfil del recurrente, y un grupo de cinco escolares uniformados, menores de edad (de entre 7 y 8 años), que miran a la cámara y cuyo rostro resulta identificable.



SEGUNDO.- El recurrente efectúa en apoyo de su pretensión impugnatoria los siguientes alegatos:

- Los padres de los menores no plantearon queja alguna y quien lo hizo fue el director del colegio que no tiene legitimación para promover el expediente que causó la imposición del apercibimiento.
- En modo alguno se produce publicación de dato sensible alguno de los menores, que estaban solos abandonados por sus cuidadoras; que la película no fue grabada por el Sr. Armando sino que estaba delante de la cámara, y que ese muro no tiene finalidad publicitaria alguna.
- El hecho no es antijurídico, pues las imágenes están captadas en un lugar abierto al público por donde pasan también otro conjunto de jóvenes menores que si iban acompañados por quienes parecen ser sus cuidadores o profesores y no se han quejado. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, no prohíbe el uso inocuo de imágenes ajenas sin fines comerciales captadas en espacios abiertos, por lo que la AEPD no tiene competencia para imponer un apercibimiento cuando esa legislación específica que regula el uso de la imagen, no tipifica como antijurídica la conducta que castiga.
- La obtención de datos privados, protegidos por la Constitución, sin el consentimiento del recurrente y sin autorización judicial motivan que todos los folios que reproducen su muro, fotogramas del videoclip controvertido, sean nulas de pleno derecho. Además se indica que no se ha aportado al expediente el video completo, con sonido e imágenes, y que el haber provocado la AEPD la destrucción del fichero del clip le deja indefenso pues le impide acreditar que sólo existía un ánimo informativo, y no publicitario, sin ánimo de lucro, añadiendo que dicho apercibimiento cercena su derecho a la libertad de expresión.

TERCERO.- Siguiendo un orden lógico se va a examinar, en primer lugar, la invocada falta de legitimación del director del colegio (Safa de Urgel) al que iban los menores que aparecían en el video en cuestión, para promover el expediente que culminó con la imposición del apercibimiento.

A tal fin, se estima de interés señalar que la grabación del citado video tuvo lugar en el curso de una excursión realizada por el citado colegio al Zoo de la Casa de Campo en Madrid, durante la mañana del día 26 de mayo de 2009, con menores de entre 7 y 8 años, a cuyo cargo iban profesoras del citado colegio. Según se relata en la denuncia, las profesoras manifestaron al hoy recurrente que no podía grabar a los menores que se encontraban bajo su custodia y que borrara la grabación, video que posteriormente fue colgado en el perfil del facebook del Sr. Armando . Circunstancias las expuestas que explican la denuncia de los hechos por el director del citado colegio.

Ahora bien, la citada denuncia dio lugar a la incoación de actuaciones previas a las que se refiere el artículo 122 del Reglamento de Desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos (RLOPD), aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre y a tenor del apartado 2 del citado artículo 122 , las actuaciones previas se llevarán a cabo " **de oficio** " por la Agencia Española de Protección de Datos, bien por iniciativa propia o como consecuencia de la existencia de una denuncia (como aquí sucede) o una petición razonada de otro órgano.

Es decir, si bien la denuncia se efectúa por el director del colegio, denuncia que no viene si a poner en conocimiento de la AEPD a la que fue remitida, unos hechos por si pudieran vulnerar la normativa de protección de datos, la iniciación de esas actuaciones previas de inspección se realiza de oficio por la AEPD, por lo que huelga hablar de falta de legitimación del denunciante para la incoación de unas actuaciones iniciadas de oficio.

CUARTO.- En cuanto al fondo, el recurrente esgrime como ya se ha expuesto, que el hecho no es antijurídico, al haber sido captadas las imágenes de los menores en un lugar abierto al público, sin finalidad comercial, por cuanto la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que es la legislación específica que regula el uso de la imagen, no prohíbe el uso de imágenes ajenas en dichas circunstancias.

Respecto a dicho alegato cabe reseñar que nos encontramos en el ámbito de la protección de datos de carácter personal y que la imagen personal de los menores que aparecían en el video en cuestión, que miran a la cámara y permite su identificación, tiene la consideración de dato de carácter personal, ex artículo 3.a) de la LOPD y 5.1.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la LOPD, sujeto al ámbito de protección de la citada Ley Orgánica 15/1999, como así lo ha reconocido la **STC 14/2003, de 30 de enero** , y viene señalando esta Sala y Sección (**SAN, de 24 de enero de 2003 (Rec. 400/2001)** , **28 de marzo de 2007 (Rec. 303/2005)** **1 de octubre de 2008 (Rec. 1/2007)** , **8 de mayo 2009 (Rec. 514/2007)**) etc, entre otras muchas). Habiendo también reiterado la Sala en sendas sentencias de fecha uno de octubre de 2008, recaídas en los recursos 1/2007 y 47/2007 , la compatibilidad del procedimiento sancionador o de tutela seguidos ante la AEPD con los procesos civiles promovidos al amparo de la Ley Orgánica 1/1982.

La resolución impugnada razona pormenorizadamente sobre la existencia de tratamiento automatizado de datos de carácter personal de los menores, sus imágenes, sin que en la demanda se suscite cuestión alguna



sobre dichos extremos, no ofreciendo dudas a la Sala la existencia del tratamiento de datos de carácter personal de los menores dado el amplio concepto de tratamiento de datos que ofrece el artículo 3.c) LOPD y 5.1.t) RLOPD. Debe señalarse que la Directiva 95/46 /CE es aún más minuciosa en la enumeración de las operaciones o procedimientos que constituyen tratamiento: recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como bloqueo, supresión o destrucción.

Y en el presente caso la divulgación por medio de video de la imagen de los menores, constituye un tratamiento de sus datos de carácter personal, que al ser menores de 14 años de edad, pues contaban entre 7 y 8 años de edad, requiere para poder efectuarlo el consentimiento de sus padres o tutores, como exige el artículo 13.1 del RLOPD en relación con el artículo 6 LOPD que regula el principio del consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal del afectado. Por tanto, las alegaciones referentes a si los menores no se encontraban acompañados por sus profesoras en el concreto momento en que se grababa el video, resultan irrelevantes a los efectos del presente procedimiento, pues los menores por su edad no podían consentir ni la grabación ni la difusión de su imagen y el citado artículo 6.1 de la LOPD dispone, con carácter general, que el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa.

Cabe resaltar que la imagen del menor tiene una consideración legal especialmente protectora, como ha señalado la **STS, Sala 1ª, de 13 julio 2006 (Rec. 2947/2000)** tras referirse a su jurisprudencia y a lo dispuesto en los arts. 18.1 y 20.1 CE, los arts. 2.2, 3, 7.5 y 8.2 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, y el art. 4.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor. Esta consideración especialmente protectora de la imagen de los menores es la que viene a destacar la resolución recurrida.

QUINTO.- Enlazando con la apelación que se realiza al derecho a la libertad de expresión e información del recurrente para divulgar dicho video, cabe hacer referencia en primer lugar a la **STS 27 septiembre 2010 (Rec. 6511/2008)** que aborda la libertad de información y expresión junto con el derecho de protección de datos. En dicha sentencia se señala que la especial protección de las libertades de expresión y de información ha sido afirmado reiteradamente por el Tribunal Constitucional [STC 23/2010 y 46/2002 y las en ellas mencionadas entre otras muchas] y se proyecta también sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal. *" Eso no significa que en todos los casos de conflicto haya de predominar sobre los intereses tutelados por otros derechos fundamentales ni supone ignorar que el apartado 4 de ese mismo artículo 20 erige a los demás derechos reconocidos en el Título I de la Constitución y, en particular, a los del artículo 18.1 en límites a las mencionadas libertades. La cuestión estriba en graduar, caso por caso, esa preferencia. No debe pasarse por alto, de otro lado, que el artículo 9 de la Directiva 95/46, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos –instrumento que ha servido para establecer un marco compartido al respecto en la Unión Europea– prevé excepciones o restricciones al régimen que establece en relación con "el tratamiento de datos personales con fines periodísticos o de expresión artística o literaria, en particular en el sector audiovisual (...) siempre que resulten necesarias para conciliar los derechos fundamentales de la persona con la libertad de expresión y, en particular, la libertad de recibir o comunicar informaciones (...)" (considerando nº 37)".*

Es decir, tanto la libertad de expresión o información, como el derecho a la propia imagen entendida aquí como dato personal, forman parte de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución, sin que se establezca entre ellos ninguna jerarquía y el conflicto que pueda existir entre ambos, exige una cuidadosa ponderación de las circunstancias de todo orden del caso concreto, que determinaran la prevalencia de uno u otro derecho.

En el presente caso se trata de la difusión de imágenes de menores que están mirando a la cámara, es decir captadas directamente, grabadas en el Zoo de la Casa de Campo de Madrid, y conversando con el recurrente, sin que ningún interés informativo se aprecie en la difusión de las imágenes de dichos niños de 8 y 9 años de edad, que son accesibles a un gran número de personas, como lo son los usuarios de la red social Faceebok, a los que es accesible en abierto.

La **STC 158/2009, de 29 de junio**, señala en un supuesto que presenta ciertas similitudes con el presente, que cuando se trata *" de la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta, además de lo anteriormente señalado, que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor, como destacan el Tribunal Supremo en la sentencia impugnada en amparo (así como las precedentes Sentencias de primera instancia y de apelación que aquélla confirma) y el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones. En efecto, cabe recordar que, de conformidad con el art. 20.4 CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los*



derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan "y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia". Asimismo, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia (sobre cuyo valor interpretativo ex art. 10.2 CE no es necesario insistir), y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que garantiza el derecho de los niños a la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art.16)

(...). En suma, para que la captación, reproducción o publicación por fotografía de la imagen de un menor de edad en un medio de comunicación no tenga la consideración de intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen (art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982), será necesario el consentimiento previo y expreso del menor (si tuviere la suficiente edad y madurez para prestarlo), o de sus padres o representantes legales (art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982), si bien incluso ese consentimiento será ineficaz para excluir la lesión del derecho a la propia imagen del menor si la utilización de su imagen en los medios de comunicación puede implicar menoscabo de su honra o reputación, o ser contraria a sus intereses (art. 4.3 de la Ley Orgánica 1/1996)".

Por tanto, no apreciándose ni habiéndose tampoco alegado por el recurrente circunstancias de entidad que justifiquen la supremacía de un interés público en la difusión de las imágenes de los menores, debe darse prevalencia a la protección de la propia imagen de los menores entendida aquí como dato personal, cuyo interés prevalente debe protegerse como ha señalado el Tribunal Constitucional tanto en la citada STC 158/2009 , como en la 72/2007 , que también se ha encargado de recordar que, conforme a lo dispuesto en el art. 3.2 de la citada Ley Orgánica 1/1982 , así como en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero , de protección jurídica del menor, la publicación de imágenes de menores requiere el consentimiento de sus representantes legales, previa información al Ministerio Fiscal.

En definitiva, el hecho de que la grabación de las imágenes de los menores se hayan efectuado en un lugar público y pueda no existir un interés comercial directo en su difusión, no exime de tener que contar con el consentimiento de sus padres o representantes legales para su difusión.

Por otra parte, la AEPD ha tenido en cuenta las circunstancias concurrentes para "apercibir" al recurrente, figura ésta del apercibimiento introducida ex novo tras la modificación de la LOPD operada por la Ley de Economía Sostenible en el artículo 45.6 LOPD .

SEXTO.- Respecto al hecho de que el video no fuera grabado por el Sr. Armando que estaba delante de la cámara, sino por una tercera persona con la que dicho Sr. se encontraba, resulta irrelevante a los efectos de atribuirle la responsabilidad de la infracción del artículo 6 LOPD , por cuanto fue dicho Sr. el que decidió subir o "colgar" con terminología coloquial, dicho video del muro de su perfil en Facebook, desde el que era accesible a cualquier usuario de la citada red social. Es en definitiva el responsable del fichero o tratamiento, que aparece definido en el artículo 3.d) LOPD como " *persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u órgano administrativo, que decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento*". Precepto que es desarrollado en el artículo 5.1.q) que lo define en igual sentido, añadiendo " *auque no lo realice materialmente*".

Finalmente tampoco cabe apreciar la vulneración de derecho fundamental alguno en cuanto a la aportación por la policía de fotogramas del videoclip en cuestión, por cuanto fueron obtenidos de la red social Facebook, en la que eran accesibles en abierto para cualquier usuario de la misma y con ocasión de la investigación de los hechos denunciados. El hecho de que no se tomara declaración al hoy recurrente en el atestado policial en el que no se adoptó ninguna medida cautelar contra él, no puede considerarse como vulneración del derecho a ser oído, ya que lo relevante al objeto de garantizar su derecho de defensa es que ha sido oído en vía administrativa con carácter previo a la imposición del apercibimiento, por lo que no cabe apreciar ningún tipo de indefensión.

Por otra parte, cabe recordar que el recurrente manifestó ante la AEPD que " *el fichero original controvertido está borrado, puesto que no tiene sentido que se conserve todo el trabajo que conserva esa videocámara*" por lo que ninguna indefensión puede ahora alegar por el citado borrado y el hecho de que no existiera un ánimo de lucro o comercial en la difusión del citado video, no le exime de contar con el consentimiento de los padres de los menores para poder difundir las citadas imágenes de niños de entre 7 y 8 años de edad, que como ya se ha expuesto, son objeto de protección especial.

El recurso, en definitiva, debe ser desestimado.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , no se aprecian motivos para una imposición de costas.

FALLAMOS

DESESTIMAR



el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Armando representado por el Procurador Sr Molina Santiago contra la resolución del Director de la Agencia Española de Protección de Datos de fecha 7 de octubre de 2011 dictada en el Procedimiento A/00275/2011; sin imposición de costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada fue la anterior sentencia en audiencia pública. Doy fe. Madrid a

LA SECRETARIA JUDICIAL

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ