Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

DERECHO A LA PROPIA IMAGEN Y REDES SOCIALES. UN REPASO A LA JURISPRUDENCIA RECIENTE.

María Garrote de Marcos
Profesora de la Universidad Complutense de Madrid

Introducción

Las redes sociales son hoy las protagonistas indiscutibles de la comunicación en la era digital y han alcanzado una enorme popularidad. El derecho a la propia imagen, aunque también el resto de derechos de la personalidad, es uno de los más afectados por esta nueva forma de comunicación en la que los usuarios no solo son consumidores sino también creadores de contenidos. Todo ello produce de manera inevitable una pérdida del poder de control sobre los datos personales y el uso que se hace de ellos, quedando frecuentemente expuestos a intromisiones ilegítimas (Soler Presas, 2011).

La colisión entre el derecho a la propia imagen y el derecho a la libertad de información —con ocasión de la publicación en un periódico de una fotografía procedente de una red social— ha sido objeto de examen por parte del Tribunal Supremo en varias sentencias, brindando la oportunidad de actualizar su tradicional doctrina sobre esta materia. Además, el Tribunal Constitucional también ha podido abordar estas cuestiones en la sentencia 27/2020, de 24 de febrero, cuyo interés va más allá de la resolución del caso concreto. Las decisiones judiciales nos confirman algunos aspectos fundamentales sobre la utilización de imágenes procedentes de redes sociales, pero también abren nuevas incógnitas que todavía deben despejarse. El presente trabajo ofrece una síntesis de estas importantes resoluciones judiciales y trata de identificar los puntos que aún quedan por resolver.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

1. El concepto constitucional del derecho a la propia imagen y la delimitación de su protección

El artículo 18.1 de la Constitución Española (CE) reconoce el derecho a la propia imagen, junto con el derecho a la intimidad personal y familiar y el derecho al honor. Ninguno de los tres derechos queda definido en el texto constitucional y ha sido el Tribunal Constitucional quien ha precisado su concepto y delimitación a través de una abundante jurisprudencia. En su dimensión constitucional, se ha definido el derecho a la propia imagen «como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica general, generada por los rasgos físicos que la hagan reconocible, que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado» (STC 156/2001, FJ 6). Por lo tanto, el derecho a la propia imagen tiene un contenido positivo que permite al titular consentir la captación, reproducción o publicación de su figura, y un contenido negativo que le faculta para impedir la captación, 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 (De Verda y Beamonde, 2007).

A diferencia de lo que ocurre en otras declaraciones de derechos nacionales o internacionales, el reconocimiento expreso del derecho a la propia imagen en el artículo 18 CE implica una protección autónoma del mismo. Por lo tanto, no es preciso que la divulgación de la imagen suponga un atentado contra la intimidad o el honor, sino que la mera reproducción de la imagen es considerada ya como una intromisión ilegítima en la vida privada de la persona, lesionando su derecho a la propia imagen. Es lo que sucede con las llamadas «fotografías neutrales». En palabras del Tribunal Constitucional: «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» (STC 139/2001, FJ 4). Protege, por tanto, un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás.

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 (LO 1/1982), delimita en su artículo 2 la protección otorgada a los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE conforme a la ley y a los usos sociales «atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia». Esto

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

significa que la protección del uso de la imagen, en lo no previsto por las leyes, estará 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.

Además, no existirá intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso; consentimiento que habrá de ser revocable en todo momento. El consentimiento expreso que no equivale a consentimiento formal (o por escrito) sino a consentimiento inequívoco, que en caso duda se entiende no concedido[1]. Debe ser específico o concedido para un determinado acto o finalidad, es decir, ha de ser un consentimiento dado «al efecto», y tratarse de un consentimiento informado y revocable (Yzquierdo Tolsada, 2017: 355).

Los propios actos del titular del derecho podrían considerarse como un consentimiento tácito. La aplicación de la doctrina de los actos propios, que ha sido muy discutida (Gómez Corona, 2011: 456), puede ser problemática en relación con las redes sociales: ¿significa que si alguien sube fotos a una red social de forma pública comporta su consentimiento tácito para que estas imágenes sean utilizadas por terceros? La respuesta dada por la jurisprudencia ha limitado mucho el alcance de la doctrina de los actos propios en estos entornos, como veremos más adelante.

En síntesis, la esfera protegida del derecho a la propia imagen se somete a sendas delimitaciones fijas (límites legales y prestación del consentimiento) y variables (usos sociales y actos propios), de modo que pueda ser adaptada a la propia evolución de la sociedad. Junto a ello, el art. 8 LO 1/1982 señala una serie de circunstancias que pueden justificar la intromisión en estos derechos. 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 accesoria.

[1] En este contexto, la STS, Civil, 746/2016 (RJ 2016, 5997) sostuvo que el hecho de que una mujer anónima subiera fotos a su cuenta de Facebook en *topless* no constituía consentimiento expreso de aquella para que un programa de televisión la grabara haciendo *topless* en la playa y lo difundiera por dicho medio.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Así, cuando el derecho a la propia imagen colisione con derecho a la libertad de expresión e información deberá efectuarse una ponderación, y en función del caso, decidir cuál merece prevalecer. En todo caso, siempre hay que partir de unas premisas: la información debe ser veraz, de relevancia pública y necesaria para la formación de una opinión libre, como finalidad objetiva. La relevancia pública de la información puede apreciarse, 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. Así pues, «el 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» (STC 19/2014, FJ 6). Por lo tanto, el carácter noticiable de la información se erige en criterio fundamental y decisivo que hará ceder el derecho a la imagen frente al derecho a la 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.

Una vez constatado lo anterior, el derecho a la imagen deberá sacrificarse en aquellos casos en los que, aun sin el consentimiento del titular, se capta, reproduce o publica un documento gráfico en el que *una persona de proyección pública* 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.

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 (STC 27/2020, FJ 2):

— En primer lugar, aquel en el que la persona aparezca en la fotografía de *manera meramente accesoria e intrascendente,* sin protagonismo alguno. La jurisprudencia ha manejado fundamentalmente dos nociones de accesoriedad: accesoriedad de la imagen de la persona en relación con el propio documento gráfico que la reproduce; y accesoriedad referida al papel secundario de la información gráfica en su conjunto con respecto de la noticia en sí (Flores Anarte, 2020: 347).
— 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.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en:
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

En suma, no existirá intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen por la divulgación de una fotografía de una persona si:

— consintió tal divulgación;
— de sus actos propios podía inferirse que consentía la divulgación de la imagen;
— la imagen hubiera sido tomada u obtenida de un lugar abierto al público o en un acto público respecto a una persona con proyección pública;
— la imagen, incluso de una persona sin proyección pública, ilustrara un suceso o acontecimiento público siempre que la imagen de la persona fuera meramente accesoria;
— la imagen es de una persona anónima pero que se ha convertido en protagonista de un acto noticiable.

2. La utilización de imágenes de redes sociales: qué sabemos.

Desde 2017 se han resuelto varios casos en los que el Tribunal Supremo ha tenido que valorar la utilización de imágenes procedentes de redes sociales para ilustrar informaciones de medios de comunicación. En todos ellos es necesario ponderar la afectación del derecho a la propia imagen en relación con el derecho a la información. Se trata de resoluciones que aborda el Pleno de la Sala Primera para concretar una doctrina que, pese a su casuística, se entiende novedosa por referirse al mundo digital; doctrina que ha sido confirmada por el Tribunal Constitucional en la muy relevante sentencia 27/2020, de 24 de febrero.

El primero de esta serie casos es el **caso «La Opinión. El correo de Zamora».** En las ediciones de papel y digital de este periódico se publicó un reportaje sobre un suceso en el que una persona había sido herida por su hermano, quien le disparó con un arma de fuego y luego se suicidó. El artículo contenía datos que permitían identificar a la víctima, su dirección y otros aspectos de la familia. En el reportaje publicado en la edición en papel del diario se incluyó una fotografía de la víctima, que había sido obtenida de su perfil de Facebook. La víctima del suceso demandó al medio de comunicación alegando una vulneración de su derecho a la propia imagen y de su derecho a la intimidad. En las dos primeras instancias se otorgó la tutela de ambos derechos, pero en el recurso de casación interpuesto por el periódico, el Tribunal Supremo solo entendió vulnerado el derecho a la propia imagen, estimando parcialmente el recurso en sentencia de 15 de febrero de 2017[2]. Respecto a este derecho la Sala Primera entiende, en primer lugar, que

[2] Sobre esta sentencia, véase, Yzquierdo Tolsada, M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (91/2017)», en Yzquierdo Tolsada, M., (Coord.) *Comentarios*

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

no hay consentimiento expreso, pues la publicación de una imagen en Facebook significa que se consiente que terceros tengan acceso al contenido de esa cuenta de Facebook y puedan interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación. Para eso no existía consentimiento. El consentimiento del titular de la imagen para que el público pueda ver su fotografía en un blog o red social implica autorización para una difusión que sea consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en internet pero no supone autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla en una forma distinta, pues ni ello constituye el consentimiento expreso ni las ediciones de un periódico tienen la condición de consecuencia natural del carácter accesible de una fotografía del perfil de Facebook de quien no tenía consideración de personaje público.

Tampoco podría entenderse que subir una fotografía al perfil de Facebook constituye un acto propio que implique un consentimiento tácito para la utilización posterior de la imagen. De esta manera, queda descartada la aplicación del art. 2 LO 1/1982 en lo referente a la existencia de consentimiento y la doctrina de los actos propios. Tampoco podría ser de aplicación la excepción del art. 8 LO 1/1982 en relación a las imágenes de carácter accesorio. No considera justificada la publicación de la fotografía pues, aunque solo incluía su imagen de cintura para arriba, le tenía a él por único protagonista, de modo que identificaba directamente a la víctima del suceso violento sobre el que versaba el reportaje periodístico. Además, se trataba de una imagen por completo ajena al lugar en el que sucedieron los hechos, pues fue tomada de un perfil de Facebook, y no en el lugar de los mismos ni con ocasión de los mismos.

Esta sentencia fue recurrida en amparo ante el Tribunal Constitucional, dando lugar la sentencia 27/2020, que se analizará más adelante.

Posteriormente la Sala Primera tuvo ocasión de examinar otro recurso de casación con similares características (STS 4076/2019, 19 diciembre de 2019)[3]. En el **caso «El Español»**, el diario digital El Español publicó un reportaje en el que se acusaba a un psicólogo de abusos sexuales contra menores, y acompañaba el artículo con una fotografía del acusado obtenida de su perfil de Facebook. Tal vez la novedad estaba en que los recurrentes alegaban que, en la sentencia de 2017,

---

a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil, vol. 9, Madrid, Dykinson, 2017, p. 347-358; de Verda y Beamonte, J. R., «Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* N. 6, 2017, pp. 302-312.

[3] Un comentario sobre esta sentencia en Yzquierdo Tolsada, M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019 (697/2019)», en Yzquierdo Tolsada, M., (Coord.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 11, Madrid, Dykinson, 2019, pp. 199-207

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

la fotografía tomada del perfil era de la víctima, mientras que en este nuevo caso la imagen correspondía al acusado.

El acusado interpuso demanda en la que solicitó que se declarara que la publicación de su fotografía en el reportaje constituyó una intromisión ilegítima en su derecho fundamental a la propia imagen. Tanto el Juzgado de Primera Instancia como la Audiencia Provincial consideraron que la publicación de la fotografía del demandante, obtenida de su perfil de Facebook sin el consentimiento del demandante, constituía una vulneración del derecho a la propia imagen. En el recurso de casación, el medio de comunicación basó su alegato en dos consideraciones: que las fotografías fueron publicadas en el perfil público del demandante en Facebook, al que tenía acceso cualquier persona, y que se trataba de una persona que tenía relevancia y notoriedad pública sobrevenida por estar acusado de hechos delictivos muy graves. Sin embargo, para el Tribunal Supremo, una cuenta de Facebook no tiene la consideración de «lugar abierto al público», a efectos de aplicar el art. 8.2.a) de la LO1/1982. Tampoco el hecho de que pueda accederse libremente a la fotografía del perfil de dicha cuenta constituye el «consentimiento expreso» que prevé el art. 2.2 de la citada LO 1/1982, como ya se advirtió en la sentencia de 2017.

Respecto a la condición de acusado —y no de víctima—, que podría convertirle en persona de notoriedad o relevancia pública sobrevenida, se trata de una circunstancia relevante que en ocasiones anteriores ha sido tenida en cuenta para enjuiciar la legitimidad del ejercicio del derecho a la libertad de información. Pero a juicio del tribunal, eso no supone que cualquier información sobre el acusado y, en concreto, que cualquier difusión pública de su imagen pueda considerarse amparada por la libertad de información. Que sea lícito reproducir la imagen del acusado de la comisión de un delito (su detención, su entrada en el juzgado o su entrada en la prisión —pues su relevancia pública sobrevenida se ha producido con relación a esos hechos—, no significa que también sea lícita la reproducción de una imagen obtenida de Facebook sin consentimiento, y sin relación con los hechos cuya relevancia pública justifica la emisión de la información. La formación de una opinión pública libre no exige, ni justifica, que se afecte al derecho fundamental a la propia imagen con esa gravedad y de un modo que no guarda la necesaria conexión con los hechos de relevancia pública objeto de la información.

La doctrina sentada en estas dos sentencias fue posteriormente ratificada en la resolución del **caso «Diario Levante»** (STS 526/2021, de 13 de julio de 2021), cuyas circunstancias concurrentes eran similares a las del caso «El Español»: el diario reproduce la imagen de una persona acusada de un delito para ilustrar la noticia, imagen que es tomada del perfil de Facebook sin el consentimiento del titular. El demandante entiende lesionado su derecho a la propia imagen y tam-

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

bién su derecho al honor, ya que la acusación se demostró posteriormente falsa. En este caso, no se considera vulnerado el derecho al honor, por tratarse de una información veraz, pero el Tribunal entiende lesionado el derecho a la propia imagen, y lo hace reproduciendo literalmente la argumentación de la sentencia de 2019. La red social Facebook no es un espacio público y no existe consentimiento expreso para hacer uso de las imágenes que se publican en la red social para otras finalidades o contextos.

En 2018 el Tribunal Supremo abordó un caso también referido la utilización de imágenes procedentes de redes sociales en el que ofrece una solución diferente ante un supuesto también diferente. En el **caso «Twitter»**, resuelto por el Pleno de la Sala Primera en Sentencia 476/2018, de 20 de julio de 2018, se trataba de valorar si determinados mensajes difundidos a través de Twitter por un particular pueden constituir una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen[4]. En los «tuits» enjuiciados la demandada hacía comentarios sarcásticos sobre la presencia del demandante en diversos actos públicos, pese a encontrarse de baja laboral por enfermedad. En algunos se incorporaban fotografías del demandante —que se encontraban publicadas en Internet— en actos públicos de un partido político y en eventos sociales. El Tribunal Supremo rechaza que hubiera vulneración del derecho al honor, pues los comentarios son considerados opiniones basadas en hechos veraces y sin emplear expresiones insultantes. Sí entiende, en cambio, afectado ilegítimamente el derecho a la intimidad personal por tratarse de comentarios relativos a su salud, y, por tanto, de carácter íntimo.

Respeto al derecho a la propia imagen, el Tribunal no aprecia intromisión ilegítima, dado que concurren circunstancias que excluyen tal intromisión. Primero, porque las fotografías difundidas en los tuits ya estaban publicadas previamente en Internet, en concreto en determinadas cuentas de Facebook, Instagram o Twitter, sin que el demandante hubiera opuesto ninguna objeción por ello. En tal sentido, se considera que la prestación del consentimiento para la publicación de la propia imagen en internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una *consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en internet.* La inclusión de una imagen en un tuit equivale a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en la que se halla, de modo que eso sí puede considerarse una consecuencia natural de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los usos sociales legítimos de internet, como son la utilización e imágenes

[4] Un comentario sobre esta sentencia en Yzquierdo Tolsada, M., «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018)», en Yzquierdo Tolsada, M., (Coord.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 10, Madrid, Dykinson, 2018, pp. 217-226.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en:
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

en las comunicaciones típicas, bien re twitteando, bien insertando la foto directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, o insertando el link o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, excluirán el carácter ilegítimo de la intromisión de acuerdo con los «usos sociales», tal y como ordena el art. 2.1 LO 1/1982

En definitiva, la utilización de imágenes procedentes del perfil de Facebook de quien no tiene la consideración de personaje público en las ediciones en papel y digital de un periódico no es «consecuencia natural» del carácter accesible de la fotografía en Internet. Pero no puede decirse lo mismo respecto de la utilización privada en cuentas de Twitter (o de otras redes sociales) de particulares de las imágenes que se hallan disponibles al público en Internet.

Esta consolidada y, a nuestro juicio, consistente doctrina del Tribunal Supremo ha sido ratificada en su mayor parte por el Tribunal Constitucional en la **sentencia 27/2020, de 20 de febrero,** en la que resuelve el recurso de amparo presentado por el diario «La Opinión. El correo de Zamora». Pese a que la decisión del Tribunal Constitucional confirma lo decidido anteriormente por el Tribunal Supremo en 2017, la sentencia cobra un extraordinario interés al abordar de manera sistemática los retos a los que se enfrenta la tutela de los derechos contenidos en el artículo 18 CE, debido a la utilización generalizada de las tecnologías de la información y de la comunicación (Agüero Ortiz, 2021)

El TC reconoce que en el contexto actual de cambios tecnológicos es innegable que algunos contornos de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen 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 (FJ 3).

También puede significar una pérdida de control de la información suministrada por el propio usuario. Se parte de la constatación de que es frecuente que los usuarios «publiquen 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». Además, advierte que «cuando se toma una fotografía o se graba un videoclip, no solo se está creando una imagen, sino que esta incluye otros datos (metadatos)» que pueden ser también relevantes.

En todo caso, señala 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 consenti-

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

miento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen».

Por lo tanto, «El hecho de que circulen datos privados por las redes sociales en Internet no significa (…) 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». Todo ello significa que salvo que haya una autorización inequívoca por parte del 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».

Respecto al consentimiento, cuyo examen aborda en el FJ 4, el Tribunal discute que aceptar las condiciones de Facebook sea un consentimiento tácito ya que «difícilmente en este caso puede hablarse de un consentimiento basado en información fiable o confiable» y «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. El consentimiento se desvanece y hay inclinarse por hacer efectivo el derecho del usuario y entender que no lo hay. El usuario «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.)».

También niega que sea aplicable la doctrina de los actos propios. De acuerdo con el comportamiento habitual de los usuarios en las redes sociales en Internet, no puede afirmarse que con la publicación de una fotografía suya en su perfil «estuviera creando en la editora demandante de amparo (o cualquier otro medio de prensa) la confianza de que autorizaba su reproducción en el periódico como víctima de un suceso».

Descartada la existencia de autorización inequívoca y la consideración de estas plataformas como lugares abiertos al público, sólo queda ponderar (FJ 5). Para que pueda ceder el derecho a la propia imagen ante el derecho a la información es necesario, en primer lugar, que se trate de una noticia con relevancia pública. Pero «el carácter noticiable de una información (…) no convierte solo por ello en noticiable la imagen de la persona concernida». Si bien los sucesos criminales son acontecimientos noticiables, «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. Tampoco se trata de una imagen accesoria, secundaria o intrascendente, pues acompañaba de manera relevante el texto escrito y no contribuía a la satisfacción de la función institucional de la libertad de información, es decir, «a la formación de una opinión pública

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
Libro completo en:
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

libre y plural propia de un Estado democrático». De esta forma, el Tribunal Constitucional asume en términos generales la doctrina del Tribunal Supremo y confirma su decisión sobre el caso.

3. La utilización de imágenes de redes sociales: qué necesitamos saber

El análisis de los asuntos resueltos por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional nos lleva a una primera incertidumbre. Por una parte, el consentimiento del titular para que el público pueda ver su fotografía en una red social supone autorización para una difusión que sea consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet, pero no para que esa imagen se publique en las ediciones en papel y digital de un periódico. Sin embargo, tal y como se deduce de la STS de 20 de julio de 2018, la utilización privada de imágenes en redes sociales —Twitter en ese caso— que se hallan disponibles al público en Internet, puede considerarse como una «consecuencia natural» de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Esto nos lleva a cuestionarnos si el requisito del consentimiento expreso, o autorización inequívoca, es también aplicable al uso cotidiano. Si consideramos que el consentimiento previo para publicar la imagen de un tercero en una red social ha sido abolido por los usos sociales, y opera una suerte de consentimiento tácito aplicado a las personas conectadas voluntariamente en la misma red social, ello permitiría dar cabida dentro de la legalidad a una práctica pacífica y unánimemente admitida en el ámbito de las redes sociales. En la STC 27/2020 el Tribunal Constitucional no abordó específicamente este punto, pero en su argumentación parece requerir, salvo excepciones tasadas, la prestación del consentimiento de una manera inequívoca para ser observados o para que se utilice y publique su imagen.

En tanto no se aclare esta cuestión, parece que el tráfico de imágenes entre particulares en las redes sociales posee unas dimensiones tales que quizá lo más operativo sea la aceptación de la publicación de imágenes de terceros en las redes sociales sin solicitar un consentimiento previo, que debería ser matizado o eliminado de la legislación, al menos en las comunicaciones entre particulares. Se presumiría que una persona autoriza de forma tácita a otra a publicar imágenes suyas en un perfil de una red social cuando entre las dos exista un vínculo formal y voluntario en la misma red social.

Además, si bien el requisito del consentimiento previo no debe ser abandonado totalmente, la existencia de un uso social de publicación sin consentimiento sí puede operar como una eximente o atenuante de la responsabilidad civil, que

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

deberá ser valorado oportunamente por el juez en cada caso (Martínez Otero, 2016: 146).

Convendría disponer de criterios jurisprudenciales ciertos sobre el derecho de protección de datos que se ve afectado con la reproducción de imágenes y videos en redes sociales. La falta de información sobre el tratamiento de esos metadatos puede ser problemática, además de la afectación del derecho a la intimidad en no pocas ocasiones. Nuevamente la exigencia del consentimiento expreso del titular es la clave, aunque de momento no se cumpla de manera generalizada.

Por último, el Tribunal Constitucional también deberá decidir sobre la afectación a la licitud o a la validez como prueba en procedimientos administrativos y judiciales de los contenidos obtenidos a través de las redes sociales, difundidos por terceros o por medios de comunicación sin el consentimiento de su titular y finalmente utilizados por una de las partes en algún procedimiento administrativo o judicial (Apoita Carvajal, 2020)

4. Conclusiones

Este breve repaso a la doctrina jurisprudencial sobre la utilización de imágenes provenientes de redes sociales, publicadas por los usuarios, pero utilizadas posteriormente para otras finalidades, nos permite identificar algunas conclusiones:

Los derechos protegidos en el artículo 18 CE continúan siendo los mismos, aunque se puedan ejercer en entornos diferentes al analógico. El derecho a la propia imagen permanece igual en sus elementos más esenciales, de modo que siempre será necesario el consentimiento expreso del titular para poder captar y reproducir su imagen. Las excepciones se mantienen igual, aunque con dos importantes matizaciones: las redes sociales no son un espacio abierto al público, el entorno digital no es equiparable al concepto de «lugar público» del que habla la Ley Orgánica 1/1982. Por otra parte, el hecho de publicar una fotografía en un perfil de una red social, aunque sea de carácter público, no implica que se pueda aplicar la doctrina de los actos propios.

La difusión masiva de contenidos (imágenes, videos, textos, audios) por parte de personas anónimas constituye una realidad generalizada y asentada en los usos sociales, y toda esa información se vuelca sin que los usuarios se percaten de las implicaciones que puede tener para su privacidad. En este sentido, es lógico que el Tribunal Supremo haya diferenciado entre la utilización de imágenes para ilustrar noticias en medios de comunicación —que requiere un consentimiento expreso so pena de constituir una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen—, de la utilización de esas imágenes por particulares en el entorno propio

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

de la red social, que estaría amparada por los usos sociales, al ser una consecuencia natural de la publicación de la imagen.

Es evidente que los cambios tecnológicos y el uso generalizado de las redes sociales han obligado a reafirmar la eficacia de los derechos a la intimidad, al honor y a la propia imagen frente al derecho a la información, que se encuentra en esos casos con el límite insoslayable del consentimiento. Pero convendría dar un paso más y redefinir con precisión los contornos de estos derechos en el entorno digital y su tratamiento. El requisito del consentimiento o el alcance de los usos sociales son cuestiones que deben actualizarse, repensarse o simplemente sustituirse para abordar adecuadamente las nuevas realidades sociales.

En cualquier caso, la resolución de estos procesos ha servido para que tanto el Tribunal Supremo, como, sobre todo, el Tribunal Constitucional aborden con audacia los problemas que se plantean. Lejos de huir de la cuestión sustantiva —que no es otra que el impacto de las tecnologías en la comunicación social y en los derechos protegidos por el art. 18 CE—, se han planteado los conflictos desde una perspectiva realista y no basada en la mera ponderación. Además, el caso «La opinión. El correo de Zamora» es una magnífica muestra de la asimilación de la doctrina del Tribunal Supremo por parte del Tribunal Constitucional. Un diálogo entre tribunales que refuerza la tutela de los derechos fundamentales.

Bibliografía citada

Agüero Ortiz, A., (2021), «Derecho a la propia imagen y divulgación en prensa de fotos obtenidas de Facebook», en Derecho Privado y Constitución, núm. 38, 119-155.

Apoita Carvajal, J. I., (2020), «La protección del derecho fundamental a la propia imagen en las redes sociales y los límites a los usos realizados por terceros» en https://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/14985-la-proteccion-del-derecho-fundamental-a-la-propia-imagen-en-las-redes-sociales-y-los-limites-a-los-usos-realizados-por-terceros/ (último acceso 7 marzo 2022).

De Verda Y Beamonde, J. R., (2007) en «El derecho a la propia imagen», de Verda y Beamonde, J. R. (Coord.), *Veinticinco años de aplicación 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,* Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 145-179.

De Verda y Beamonte, J. R., «Uso de imagen tomada de perfil de Facebook para ilustrar una noticia de interés público. Nuevo comentario de la STS (Pleno) núm. 91/2017, de 15 de febrero», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana,* núm. 6, 2017, pp. 302-312.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es

Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx
https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv
Libro completo en:
http://tinyurl.com/7bm6sjs2

Flores Anarte, L., (2020), «Facebook y el derecho a la propia imagen: reflexiones en torno a la STC 27/2020, de 24 de febrero», en *Estudios de Deusto*, vol. 68/1, 335-376.

Gómez Corona, E. (2011), «Derecho a la propia imagen, nuevas tecnologías e Internet», en Cotino, L., (Ed.), Libertades de expresión e información en Internet y las redes sociales: ejercicio, amenazas y garantías, Valencia Servicio de Publicaciones de la Universitat de Valencia, 444-466.

Martínez Otero, J. M., (2016), «Derechos fundamentales y publicación de imágenes ajenas en las redes sociales sin consentimiento», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 106, 119-148.

Soler Presas, A., (2011), «Am I in Facebook? Sobre la responsabilidad civil de las redes sociales *on-line* por la lesión de los derechos de la personalidad, en particular por usos no consentidos de la imagen de un sujeto», *InDret*, núm. 3/2011.

Yzquierdo Tolsada, M., (2017), «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2017 (91/2017)», en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Coord.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 9, Madrid, Dykinson, 347-358;

—— (2018), «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de julio de 2018 (476/2018)», en Yzquierdo Tolsada, M., (Coord.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 10, Madrid, Dykinson, 217-226.

—— (2019), «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de diciembre de 2019 (697/2019)», en Yzquierdo Tolsada, M., (Coord.) *Comentarios a las Sentencias de Unificación de Doctrina: Civil y Mercantil*, vol. 11, Madrid, Dykinson, 199-207.

DR © 2023.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales-http://www.cepc.gob.es