

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 15 DE FEBRERO DE 2017 (91/2017)**

**Si una fotografía es accesible al público
por haberse subido a *Facebook*,
ello no legitima a un tercero para publicarla
en un medio de comunicación sin consentimiento**

Comentario a cargo de:
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
Universidad Complutense de Madrid
Consultor Académico de *CMS Albiñana & Suárez de Lezo*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE FEBRERO DE 2017

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

ID CENDOJ: 28079119912017100003

PONENTE: EXCMO. SR. DON RAFAEL SARAZÁ JIMENA

Asunto: Una nueva deliberación plenaria para dictar una sentencia acerca de los conflictos entre la libertad de información y el derecho a la intimidad y a la propia imagen. En este caso, un periódico local había publicado un reportaje acerca de un episodio violento sufrido en el seno de una conocida familia de Zamora. Un individuo hirió a su hermano con arma de fuego y después se suicidó. El reportaje daba cumplida información, incluso con la publicación de la fotografía del agredido, que había sido tomada de su perfil de *Facebook*. La sentencia entiende que debía prevalecer el derecho a la información veraz sobre el derecho a la intimidad, y no consideró que hubiera intromisión ilegítima en este derecho, aunque sí en el derecho a la propia imagen.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Solución dada en primera instancia. 3. Solución dada en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo.** 5.1. ¿Era necesaria una nueva sentencia plenaria? 5.2. Afortunado tratamiento diferenciado de los distintos derechos regulados en la LHon. 5.3. Ponderación en la que prevalece la libertad de información sobre el derecho a la intimidad. 5.4. La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Las redes sociales y la doctrina de los actos propios. 5.5. El carácter «meramente accesorio» de la imagen de una persona. 5.6. La cuestión del quantum. 5.7. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

En las ediciones de papel y digital de «La Opinión. El Correo de Zamora» se había publicado el 8 de julio de 2013 un reportaje sobre un suceso ocurrido el día anterior, consistente en que una persona había sido herida 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, el de su hermano, las iniciales de los apellidos, el apodo del hermano agresor, la dirección exacta del domicilio familiar. También se informaba de que su padre había sido médico en un determinado pueblo de la provincia, y se daban referencias a la notoriedad de la familia en la localidad, etc. Asimismo, se informaba sobre quiénes 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*.

El demandante interpuso su demanda solicitando que se declarase la existencia de una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar. Por el daño moral sufrido pedía 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 ningún soporte.

La demandada se opuso a la demanda alegando que el hecho ocurrido y objeto de noticia era de gran entidad y relevancia pública. Que se trataba de personas conocidas, que el suceso fue importante, que los datos eran de dominio público y fácilmente obtenibles, y que 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. Por otra parte, se argumentaba que la imagen, captada del perfil de *Facebook*, era la que el propio interesado había dado a conocer en las redes sociales, y que ocupaba un lugar accesorio en la noticia publicada. Asimismo, se decía

que el tratamiento informativo había sido serio, profesional, objetivo y veraz. Y frente a la relevancia, trascendencia e interés público de la noticia, no habiéndose cuestionado la veracidad de la misma, obliga a acometer un juicio de ponderación entre los derechos enfrentados, y debe prevalecer la libertad de información.

2. Solución dada en primera instancia

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Bilbao estimó 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.

Se estimó, en fin, la demanda, se declaró la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la propia imagen y a la intimidad personal y familiar y se condenó a indemnizar al demandante en 30.000 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.

3. Solución dada en apelación

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en su sentencia de 22 de septiembre de 2015, desestimó el recurso de apelación, al considerar acertados los razonamientos de la sentencia de primera instancia: el artículo publicado era veraz, el reportaje tenía relevancia o interés público, pero 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. Y en cuanto a la intromisión ilegítima por vulneración del derecho a la propia imagen frente al derecho a la información, la sentencia 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.

Y en cuanto a la indemnización, se confirmó la resolución recurrida al estimarla ajustada a los criterios precisados por la jurisprudencia.

4. Los motivos de casación alegados

En un primer motivo del recurso de casación, el medio de información alegaba que en la sentencia de la Audiencia Provincial, la indebida aplicación del art. 18 CE y la infracción del art. 20 se habían producido por considerarse, indebidamente, que la información publicada vulneraba 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.

Esas mismas indebida aplicación e infracción de los preceptos constitucionales se reprochaba de la sentencia recurrida, unidas a la infracción de los arts. 7.5 y 8.2.c de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Jurisdiccional del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LHon, en adelante). A juicio de la recurrente, la publicación de una fotografía obtenida del perfil de *Facebook* del demandante no podía vulnerar ilegítimamente su derecho a la propia imagen porque tal fotografía no captaba imágenes de la vida privada. Por otro lado, al tener el actor una cuenta de *Facebook* en la que se incluía su fotografía, de libre acceso, era circunstancia constitutiva de actos propios que excluyen el carácter ilegítimo de la reproducción de la imagen, a la vista de la anterior conducta del titular. Siendo ello así, y 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 LHon., por tratarse de una actuación autorizada y ser la imagen algo como meramente accesorio.

Finalmente, y ya en relación de la indemnización, un tercer motivo incidía en la infracción del art. 9.3 LHon., por una supuesta arbitrariedad, falta de motivación y notoria desproporción en la fijación de la cuantía de la misma.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

Estimando parcialmente el recurso, la sentencia decidió que debía prevalecer el derecho a la información veraz sobre el derecho a la intimidad, y no consideró que hubiera intromisión ilegítima en este derecho. Unos hechos con trascendencia penal tienen relevancia pública aunque la persona afectada no tenga la condición de personaje público, como ha dicho en ocasiones la jurisprudencia constitucional (SSTC 178/1993, de 31 de mayo, 329/1994, de 28 de noviembre, 52/2002, de 25 de febrero). Sin embargo, sí entendió que existía intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

5.1. *¿Era necesaria una nueva sentencia plenaria?*

La STS de 15 de febrero de 2017 estima parcialmente el recurso de casación. Entiende que no hubo intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad del demandante, pero sí en el derecho a la propia imagen. Se consideran correctos los criterios utilizados para fijar la indemnización y en esa medida, se reduce a la mitad la cuantía de la misma.

Pero la pregunta es si realmente era necesario elevar al Pleno de la Sala un asunto como éste, en el que nuevamente se trataba de ponderar si debe prevalecer el derecho a la intimidad o la libertad de información. La propia sentencia dice que «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». A mi juicio, si existe un área temática que se resiste a que la Sala I^a trate de sentar criterios uniformes, es la de los derechos de la personalidad, en donde el casuismo tiene un carácter de condicionante de la solución que seguramente no encuentra parangón.

Acaso el dato novedoso se encuentra en que la fotografía controvertida era la que el propio demandante tenía publicada en su cuenta de *Facebook*, y con acceso libre.

5.2. *Afortunado tratamiento diferenciado de los distintos derechos regulados en la LHon*

En todo caso, es ésta una nueva ocasión para recordar que los derechos de la personalidad gobernados por la LHon son cuatro y no uno. Como pude decir en el comentario a la STS de 20 de abril de 2016, «después de muchos años de aplicación de la L.Hon., está felizmente consolidada una idea capital, correctora del error evidente que cometió el legislador. La normativa mezcló los derechos (i) al honor, (ii) a la intimidad personal, (iii) a la intimidad familiar y (iv) a la propia imagen como si todos fueran un solo derecho y como si nada se pudiera decir de uno que no sea también predicable de los demás. De hecho, únicamente el art. 8.2 se ocupa de uno solo de los derechos (el de la propia imagen en particular), mientras que en el resto de los artículos, o se llama a los cuatro por su nombre, o las normas se refieren a los cuatro de modo más o menos explícito, siempre juntos y revueltos. Y de la jurisprudencia de treinta y cinco años ha quedado claro que puede haber una intromisión legítima en el derecho a la propia imagen pero ilegítima en el derecho al honor (vgr., una buena caricatura, hecha según los cánones al uso, que denigre al caricaturizado), u otra que sea legítima en el derecho al honor pero no lo sea en el derecho a la intimidad (pues la información dada sobre el sujeto era veraz pero invadía el terreno de lo íntimo), por sólo poner dos ejemplos» (Yzquierdo Tolsada [2016], pgs. 224 y 225).

Esta nueva sentencia ofrece otro ejemplo a esa misma reflexión: el de la intromisión que se considera ilegítima en el derecho a la propia imagen pero

no así en el derecho a la intimidad, contrariamente a lo que el actor pretendía, cuando postulaba la declaración de ilegitimidad en la esfera de ambos derechos. La propia sentencia que se comenta cita que ya el Tribunal Constitucional, en STC 139/2001, de 18 de junio, sentó que el derecho a la propia imagen es autónomo de los demás. Es una idea importante, por más que, a mi juicio, el caso que se comenta aquí no es el mejor ejemplo para ilustrarla, pues a mi juicio, también existía intromisión ilegítima en la intimidad.

5.3. Ponderación en la que prevalece la libertad de información sobre el derecho a la intimidad

Es éste un nuevo caso de ponderación. El Supremo dice que la intromisión en la intimidad personal y familiar del demandante que supone la información del artículo periodístico no puede considerarse grave. Se trataba de un periódico de ámbito provincial y en un ámbito geográfico reducido, como es el caso de Zamora. Se declara que la información contenida en el artículo periodístico no aumentó 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.

La noticia, según eso, se acomodaba a los usos sociales y 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, y éstos no se expusieron «con extralimitación morbosa», ni desvelándose hechos íntimos que no tuvieran relación con lo sucedido. Ni siquiera se hacía referencia a la causa de la desavenencia familiar. Incluso la sentencia afirma que «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».

Menos mal que la sentencia dice también que se trata de una materia en la que es difícil establecer pautas generales que sirvan para todos los casos, porque en estos ejercicios de ponderación las circunstancias concurrentes pueden inclinar la decisión por la prevalencia de uno u otro derecho. Y yo añadiría que es justo eso lo que desaconseja las deliberaciones plenarios, dada la finalidad que tienen de unificar criterios. «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».

En definitiva, una condena a un medio de comunicación que, con carácter inmediato a que sucedieran, informa de forma veraz sobre unos hechos

graves, que tienen trascendencia penal y relevancia pública, y en especial en el reducido ámbito geográfico al que extiende su influencia, presentando una información en la que quedan identificadas las personas implicadas en tales hechos pero sin que se revelen otros hechos de su intimidad que estuvieran desconectados con los hechos noticiables, arroja un resultado muy preciso según la STS de 15 de febrero de 2017: «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».

Yo creo que esta solución introduce alguna contradicción en el conjunto del sistema. Es cierto que los hechos delictivos tienen relevancia pública por sí solos, pero también lo es que la propia ley ordena que la protección civil de los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen quede delimitada «por las leyes y por los usos sociales» (art. 2.1 LHon). Y resulta, precisamente, que la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito* dice algo bien contrario a lo que el Tribunal Supremo ha decidido aquí. Su art. 25, que lleva como rúbrica, de manera nada casual, la de «derecho a la protección de la intimidad», reza: «*Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección*».

Como ha hecho ver Álvarez Olalla (2017, pg. 456), se trata de una normativa cuyos destinatarios son los jueces penales, pero no deja de ofrecer pautas y principios que han de servir en los problemas de ponderación entre la libertad de información y los derechos sobre bienes inmateriales. De hecho, la Ley 4/2015 es transposición de la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y ésta ordena en su art. 21.2 que los Estados miembros, respetando las libertades de expresión y de comunicación, insten a los medios de comunicación a aplicar medidas de autorregulación con el fin de proteger la intimidad, la integridad personal y los datos personales de las víctimas.

Y, por otra parte, que la intromisión no aumentara significativamente el conocimiento que de los hechos se tenía, o 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», no es razón suficiente para que deba «prevaler el derecho a la información ejercitado a través del medio de prensa». La menor o mayor gravedad sirve como criterio de cálculo de la

indemnización, pero no para decidir si una intromisión es legítima o ilegítima (Álvarez Olalla, cit.).

5.4. *La intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Las redes sociales y la doctrina de los actos propios*

El Correo de Zamora también trataba de defenderse diciendo que tener una fotografía subida a *Facebook* con acceso libre constituye un acto propio, y ello ha de excluir el carácter ilegítimo de la reproducción de la imagen, ya que es la propia LHon. la que ordena tener en cuenta la anterior conducta del titular para valorar las intromisiones.

Cuando la sentencia, además, dice que el consentimiento dado para publicar una imagen con una determinada finalidad (perfil de *Facebook*, en este caso) no significa que la imagen pueda ser legítimamente publicada para otra finalidad diferente (ilustrar un suceso familiar violento), en realidad está haciendo una aplicación directa y sumamente pulcra de la doctrina de los actos propios. Centenares de sentencias dicen que para que proceda la aplicación de esta doctrina hace falta que se den estas condiciones: (i) debe partirse de la existencia de unos actos válidos y eficaces; (ii) han de ser libres y voluntarios; (iii) tales actos deben ser inequívocos y definitivos; (iv) identidad de sujetos, es decir, que quien los lleva a cabo es la misma persona que luego viene a desdecirse de los mismos; (v) la contradicción entre esos actos y otros posteriores: entre esos actos previos válidos y eficaces, libres y voluntarios, inequívocos y definitivos y los que con posterioridad trata de llevar a cabo el mismo sujeto, debe existir una contradicción, y no cualquier contradicción, sino una completa y absoluta incompatibilidad, en el sentido que, de buena fe, hubiera de atribuirse a la conducta anterior. Aquellos actos anteriores han creado una confianza en otro sujeto, que ahora se ve defraudado ante la nueva y contradictoria realidad.

Y ése no era el caso, pues «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». Ese consentimiento, con su concreta finalidad, no significa un acto propio que entre en contradicción con la conducta que trata de impedir a que esa misma imagen se publique en un medio de comunicación, y menos para ilustrar un reportaje sobre un suceso familiar de extraordinaria violencia.

Es cierto, en fin, que el art. 2.2 entiende que no existe intromisión ilegítima cuando el titular del derecho «hubiese otorgado al efecto su consentimiento expreso», pero la jurisprudencia entiende también, no sólo que ese consentimiento no tiene por qué ser formal, sino que basta con que sea «un consentimiento inequívoco, como el que se deduce de actos o conductas de inequívoca significación, no ambiguas ni dudosas». Y, desde luego, ofrece todo

menos dudas la intención que tiene quien sube su imagen a *Facebook*. A mi juicio, el adjetivo «expreso» se debe combinar, para quedar claro lo que el legislador quiso decir, con la locución «al efecto». El consentimiento del sujeto para que una ilegítima posterior no tenga carácter ilegítimo ha de ser un consentimiento dado «al efecto». A «ese» efecto, «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 «a otro efecto», como es «hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta»

5.5. *El carácter «meramente accesorio» de la imagen de una persona*

Finalmente, el Diario demandado se defendía alegando que, conforme al art. 8.2.c LHon., no constituye intromisión ilegítima «la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio».

Se trata de una excepción que cuenta con una doctrina jurisprudencial tan curiosa y abundante como impecable. Existe la posibilidad de publicar las imágenes si éstas tienen carácter accesorio en relación con la noticia que se difunde. Así, la STS de 7 de julio de 1998 considera lícito que las fotografías de la demandante fueran objeto de una divulgación al servicio de un reportaje acerca de una secta. Pero en el conocidísimo *affair* Marta Chávarri v. Interviú, las indiscretas fotografías de la esposa del más famoso empresario español del momento sentada con falda corta sin ropa interior en las que se apreciaba la más íntima parte de su anatomía, no eran precisamente accesorias de la información sobre la entrega de premios que estaba teniendo lugar en aquella discoteca. Y menos cuando había una fotografía a doble página, tipo póster, cuya leyenda era «Lo nunca visto de Marta Chávarri» (STS de 17 de julio de 1993). Estas famosísimas fotografías han dado mucho trabajo a los Tribunales de Justicia, pues, en la misma línea, dieron lugar a que una publicación de la revista *Época*, que pretendía versar sobre determinadas operaciones financieras del referido empresario, se acompañaran de comentarios como los relativos a que la señora «iba por ahí sin bragas y en adulterio flagrante». La STS de 31 de diciembre de 1996 fue condenatoria, y finalmente, la STC 99/2002, de 6 mayo, denegó el amparo solicitado por el periodista, Jaime Campmany.

Tampoco son meramente accesorias del reportaje televisivo las imágenes de los primeros planos del rostro de un accidentado, aprisionado entre el asfalto de la carretera y el vehículo destrozado, ocupando todo el espacio de la pantalla (STS de 23 de mayo de 2003). Para el ámbito de esta excepción, también entiende esta sentencia que una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del accidentado fallecido puede ser, al tiempo, intromisión también ilegítima en el derecho a la intimidad familiar en relación a su viuda. Diferente fue, no obstante, el tratamiento dado por la STS de 15 de julio de 2005 a unas imágenes ofrecidas en televisión del cuerpo inerte del camionero, cuyo tronco colgaba con la cabeza hacia abajo por la ventanilla del camión.

Pero es que el evento «no era un accidente de circulación más, sino que presentaba un evidente interés público por la trascendencia que significó para la circulación por las vías de comunicación de Madrid al producir un importantísimo colapso en el tráfico de vehículos». Según la sentencia, si el reportaje narraba la actuación de bomberos y SAMUR, las imágenes concretas sí eran ahora accesorias de la noticia, dado, además, su carácter fugaz. Obsérvese, pues, que el distinto tratamiento tiene su justificación. De lo que se trata es de localizar cuál es el tema central de la información para más allá, considerar accesorio lo que no tenga ese carácter.

Y así, no será accesoria la imagen del que practica el nudismo, cuando es tomada de cuerpo entero y en posición frontal, perfectamente identificable, para ilustrar un reportaje sobre playas nudistas (STS de 28 mayo de 2002). Aunque las playas sean bienes de dominio público, dice esta sentencia que «ha ido surgiendo una aceptación social del hecho de que determinadas zonas de espacios destinados al uso público o común puedan ser utilizadas por los ciudadanos que consideran que conviene al ejercicio de ciertas actividades físicas el máximo contacto con la naturaleza, despojándose de los obstáculos que al efecto puedan significar no sólo las ropas de uso cotidiano, sino incluso aquellas otras más ligeras, que para la práctica de los deportes utiliza un sector realmente mayoritario de la población». La confianza en que su libertad será respetada permite al nudista «desarrollar las actividades que consideran oportunas en la forma que creen más adecuada, configurando así un ámbito de privacidad absolutamente legítimo dentro del cual pueden, perfectamente, decidir si autorizan o no la obtención o la reproducción de su imagen».

Como tampoco es accesoria la imagen a toda página de una pareja de desconocidos, cogidos de la mano cruzando la calle, integrada en un reportaje sobre las crisis de las relaciones amorosas en nuestros días: la STS de 9 de mayo de 2003 entiende que no es posible separar la fotografía de la pareja (que resultó identificada por las personas de su círculo de conocimiento) para independizarla del reportaje que narra los desamores de una pareja imaginaria.

Y, por otra parte, no cabe ampararse en que el personaje es de relevancia pública para con ello legitimar la intromisión en la imagen de su acompañante. Cuando una persona de proyección pública aparece fotografiada en una playa junto con una menor, y el reportaje les atribuye una relación erótica, la imagen de la menor no es precisamente accesoria, como se lee en la STS de 15 de julio de 2004. En cambio, sí es accesoria la imagen en casos como el de la STS de 22 de febrero de 2007: la imagen del actor había sido captada en vídeo por unos detectives en la vía pública, pero el vídeo, tomado con fines de prueba para un proceso judicial, fue realizado en el seguimiento de la actividad de un tercero. Además, sólo fue visionado por el Tribunal.

En el caso que concluyó con la sentencia objeto de este comentario, el Tribunal Supremo no considera justificada la publicación de la fotografía del actor, 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. Y, por otro lado, se trataba de una imagen por completo ajeno a aquel 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.

5.6. *La cuestión del quantum*

Un cierto aire salomónico tiene en esta sentencia la forma de resolver la cuestión del quantum de la indemnización. Parte de la base de que la fijación de la cuantía no tiene acceso a la casación, salvo que se aprecie error notorio o arbitrariedad, o salvo que exista una notoria desproporción o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la fijación de la cuantía. Otra cosa es que se lleva a casación el tema de la cuantía por la vía indirecta de recurrir contra las bases o criterios utilizados por el juzgador *a quo*. Incluso en la jurisprudencia penal se leen declaraciones tan rotundas como la de la «según declaración constante y uniforme de este Tribunal, y que se remonta a más de un siglo, el quantum de la indemnización es tema que concierne exclusivamente al prudencial criterio de los Tribunales de instancia, los cuales de modo ponderado, ecuaníme y racional, calcularán las consecuencias dañosas del delito de que se trate».

Si para la determinación de la indemnización por el daño moral han de tenerse en cuenta los criterios que expresa el art. 9.3, inciso 2º, valorándose «las circunstancias del caso» y «la gravedad de la lesión efectivamente producida», «para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y el beneficio obtenido por el causante de la lesión», parece lógico que admitieran la revisabilidad las SSTS 23 de marzo de 1987, 11 de abril de 1987, 18 de julio de 1988, 27 de octubre de 1989, 30 de noviembre 1999, 21 de febrero de 2000, 16 de mayo de 2002, 7 marzo 2003, sobre la base de que, si bien no cabe atacar el quantum, no ocurre lo mismo con las bases o criterios utilizados por el Tribunal *a quo* (que han de ser los establecidos expresamente en el art. 9.3), que sí constituyen cuestiones de Derecho.

Y en este caso, está claro que la Audiencia Provincial había utilizado los criterios de cuantificación previstos en el art. 9.3 LHon.: gravedad de la intromisión, difusión del reportaje, 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.

El recurrente negaba la gravedad de la infracción, algo que el Tribunal Supremo considera que es una petición de principio, al modificarse injustificadamente la base sobre la que se asienta la aplicación de la norma legal que el recurrente consideraba incorrecta. Sin embargo, sí se entiende que procedía la minoración de la indemnización por haberse estimado que no hubo intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad, sino sólo en el derecho a la propia imagen. Y ello lleva al Supremo a decidir que procedía reducir la

indemnización a la mitad de la fijada en la sentencia recurrida, que sí había considerado vulnerados ambos derechos.

El razonamiento es demasiado fácil para ser convincente, pues en la instancia no se había concedido una indemnización de 15.000 euros por la intromisión en el derecho a la intimidad y otra de 15.000 euros por la intromisión en el derecho a la propia imagen, sino una indemnización de 30.000 euros, sin hacerse distinciones. Si la sentencia dice que había que reducir a la mitad la cuantía, en realidad está llevando a cabo una nueva valoración, y no parece que eso tenga cabida en casación, si hay que estar a la muy consolidada doctrina jurisprudencial.

5.7. Conclusión

La STS de 15 de febrero de 2017 no aporta una doctrina novedosa, sino que adapta la jurisprudencia recaída en los más de treinta y cinco años de aplicación de la LHon a una situación tecnológica nueva y distinta. Subir una foto para ilustrar un perfil de Facebook no significa otorgar ninguna clase de consentimiento para que la imagen sea utilizada para fines diferentes, y menos cuando se trata de fines tan escabrosos como es un suceso de violencia familiar que termina con el suicidio del agresor. Ni había consentimiento dado «al efecto» (art. 2.2) ni la imagen era «meramente accesoria» de la noticia (art. 8.2.c).

6. Bibliografía

- ÁLVAREZ OLALLA, «Intromisión legítima en el derecho a la intimidad de víctima de delito, e ilegítima en el derecho a la propia imagen. Fotografía tomada de *Facebook* para su utilización en un medio de información. Comentario a la STS de 15 de febrero de 2017 (RJ 2017, 302)», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, n° 104, mayo-agosto 2017, pgs. 445 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, «Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)», en *Tratado de responsabilidad civil* (coord. por F. Reglero Campos y Busto Lago), t. II, ed. Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2013, pgs. 1366 y ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de abril de 2016 (259/2016). Prevalencia del interés histórico sobre el derecho al honor», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*. vol. 8 (2016), Madrid, ed. Dykinson, 2017, pgs. 219 y ss.