



La consulta plantea si para la publicación en la revista de fiestas que realiza la consultante, de la fotografía ganadora de su concurso de fotografía sobre las fiestas de moros y cristianos de su ciudad, en la que figure la imagen de personas físicas o menores, necesita la obtención del consentimiento informado de los afectados, y si éste debería recabarlo quien presenta a concurso dicha fotografía ganadora, en relación con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante LOPD), y a su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre.

I

La primera cuestión que resulta del presente supuesto consiste en determinar si las imágenes de personas físicas pueden ser consideradas como datos de carácter personal, de conformidad con lo establecido en dicha Ley.

La definición de dato de carácter personal se encuentra en el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999 como *“cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables”*.

Por su parte, el artículo 5.1 del Reglamento de desarrollo de la LOPD, aprobado por Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, precisa que constituyen un dato de carácter personal *“Cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables.”*

En consecuencia, las imágenes a las que se refiere la consulta tendrán la consideración de datos de carácter personal en caso de que las mismas permitan la identificación de las personas que en ellas aparecen, no encontrándose amparadas por la LOPD en caso contrario.

Siendo la imagen un dato personal, en los términos vistos, la toma de fotos de personas efectuada por el participante en el concurso constituye un tratamiento de datos personales, tal y como prevé el artículo 3 de la LOPD que configura éste como *“operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no, que permitan la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.”*

Ahora bien, el artículo 2.2 de la LOPD señala que *“El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica no será de aplicación:*



a) A los ficheros mantenidos por personas físicas en el ejercicio de actividades exclusivamente personales o domésticas.”

II

A su vez, el concurso público convocado por la consultante comprenderá tanto la recogida de datos personales del participante como de las personas que figuren identificables en las fotografías que presente, lo que comporta un tratamiento de datos personales para el desenvolvimiento del concurso.

En este sentido, tal y como dispone el artículo 6.1 de la LOPD, *“El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la Ley disponga otra cosa”*. Este consentimiento deberá ser, conforme a lo dispuesto en el artículo 3 h) *“libre, inequívoco, específico e informado”*, debiendo en consecuencia aparecer vinculado a las finalidades determinadas, específicas y legítimas que justifican el tratamiento de los datos, siendo así que los datos únicamente podrían ser tratados en el ámbito de las mencionadas finalidades, tal y como dispone el artículo 4.1 de la misma norma, no pudiendo ser tratados para fines incompatibles con aquéllas (artículo 4.2 de la LOPD).

En nuestro caso, el consentimiento para el tratamiento de datos del participante se entiende otorgado por la solicitud de participación en el mismo, lo que comporta la aportación de datos necesarios, tanto del participante como de las personas identificables que aparezcan en las fotografías presentadas. Respecto de éstas, es posible entender que quien posa voluntariamente para una fotografía, está otorgando implícitamente su consentimiento al tratamiento que se efectúe de su imagen.

Ahora bien, este consentimiento tácito o falta de una manifestación expresa contraria al tratamiento de su imagen, no eximiría del deber de informar en las bases del concurso del contenido del artículo 5 de la LOPD que establece:

“Los interesados a los que se soliciten datos personales deberán ser previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco:

a) De la existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de éstos y de los destinatarios de la información.

b) Del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas.

c) De las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos.

d) De la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

e) De la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante.”

Por otra parte, si las imágenes tratadas afectaran a menores de edad, debe tenerse en cuenta lo previsto en número primero del artículo 13 del Reglamento



de desarrollo de la LOPD, según el cual *“Podrá procederse al tratamiento de los datos de los mayores de catorce años con su consentimiento, salvo en aquellos casos en los que la Ley exija para su prestación la asistencia de los titulares de la patria potestad o tutela. En el caso de los menores de catorce años se requerirá el consentimiento de los padres o tutores.”*

III

Sentado lo anterior, es preciso destacar que, obtenido el consentimiento para el tratamiento en la forma descrita, el concurso conlleva la publicación en una revista de información de la foto ganadora, lo que supone una cesión o comunicación de datos definida por el artículo 3 j) de la LOPD como *“Toda revelación de datos realizada a una persona distinta del interesado”*.

En relación con las cesiones de datos, prescribe el artículo 11.1 de la LOPD que *“Los datos de carácter personal objeto del tratamiento sólo podrán ser comunicados a un tercero para el cumplimiento de fines directamente relacionados con las funciones legítimas del cedente y del cesionario con el previo consentimiento del interesado”*. Salvo que nos encontremos ante alguna de las excepciones contempladas en el número 2 de dicho artículo, entre las que se encuentra que la cesión se contemple en una Ley.

El hecho de que la fotografía ganadora del concurso vaya a ser incluida en una revista de información sobre las fiestas de moros y cristianos, evidencia que estaríamos en presencia de una información de interés en el ámbito de la ciudad donde se celebran dichas fiestas, por lo que, el derecho a la libertad de información consagrado en el artículo 20 de la Constitución Española puede entrar en colisión con el derecho a la intimidad y a la protección de datos de los afectados.

El artículo 20 dispone en su epígrafe 1, apartados a) y d):

“1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

(...)

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.”

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiende a otorgar una posición preferente a la libertad de información frente a otros derechos constitucionales, siempre y cuando los hechos comunicados se consideren de relevancia pública (STC 105/1983, STC 107/1988) y atendiendo a la veracidad de la información facilitada (STC 6/1988, STC 105/1990, STC 240/1992).

Así, el citado Tribunal afirma: “Dada su función institucional, cuando se produzca una colisión de la libertad de información con el derecho a la intimidad y al honor aquélla goza, en general, de una posición preferente y las



restricciones que de dicho conflicto puedan derivarse a la libertad de información deben interpretarse de tal modo que el contenido fundamental del derecho a la información no resulte, dada su jerarquía institucional desnaturalizado ni incorrectamente relativizado. ...resulta obligado concluir que en esa confrontación de derechos, el de la libertad de información transmitida sea veraz, y esté referida a asuntos públicos que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellos intervienen, contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública” (STC 171/1990).

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia 204/1997, indicando: “las libertades del artículo 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino también de condición de existencia de la opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político, que es su valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático que, por lo mismo, trascienden el significado común y propio de los demás derechos fundamentales. ...el valor preponderante de las libertades del artículo 20 de la Constitución sólo puede verse apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que son de interés general, por las materias a que se refieran y por las personas que en ellos intervienen y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública (...).”

Esta orientación viene a coincidir, en términos generales, con la propia Directiva 95/46/CE, cuyo Considerando 37 literalmente señala que “para el tratamiento de datos personales con fines periodísticos o de expresión artística o literaria, en particular en el sector audiovisual, deben preverse excepciones o restricciones de determinadas disposiciones de la presente Directiva 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, tal y como se garantiza en el artículo 10 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.”

Por otra parte, la Audiencia Nacional en Sentencia de 12 de enero de 2001 considera “que en la legislación española no existe un tratamiento específico de la concurrencia del tratamiento de datos automatizados de datos personales, con la libertad de información, en contra de lo que ocurre en la normativa europea. En esta línea, la Sala quiere indicar que el Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento de datos automatizados de datos de carácter personal (BOE de 15 de noviembre de 1985), establece en su art 9.2 b) como excepción a las garantías de los arts. 5, 6 y 8 “la protección de los derechos y libertades de otras personas”, expresión que la doctrina no duda en referir a la libertad de información de hecho en el preámbulo se dice que el art 9.2 b) se refiere entre otros a los intereses de terceros, tales como, por ejemplo, “la libertad de prensa”.

Por su parte el art 9 de la Directiva 95/46/CE dispone que: “en lo referible al tratamiento de datos personales con fines exclusivamente periodísticos o de



expresión artística o literaria, los Estados miembros establecerán, respecto de las disposiciones del presente capítulo, del capítulo IV y del capítulo VI, exenciones y excepciones sólo en la medida en que resulten necesarias para conciliar el derecho a la intimidad con las normas que rigen la libertad de expresión.” Ahora bien, pese a la carencia de regulación específica, la mejor doctrina entiende que visto el contenido del art. 6.1 de la LORTAD (LOPD), a cuyo tenor “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”; la expresión “salvo que la ley disponga otra cosa”, permite entender que no es necesario el consentimiento del afectado, cuando el art 20 de la CE permite el tratamiento. Lo que exigirá una ponderación del caso concreto, y desde los principios de adecuación, pertinencia y congruencia recogidos en el art. 4 de la LORTAD (LOPD) (...).”

En consecuencia, para admitir la publicación de videos y fotos en la revista de la entidad consultante, sin recabar el consentimiento de los ciudadanos afectados, es preciso que la información publicada tenga relevancia pública, esto es, que se den las circunstancias constitucionalmente previstas para que la libertad de información prevalezca sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal, como parece ser el caso analizado en el que la publicación se refiere a acontecimientos festivos y culturales de la ciudad donde la revista tiene difusión.