

Expediente Nº: E/06329/2013

### RESOLUCIÓN DE ARCHIVO DE ACTUACIONES

De las actuaciones practicadas por la Agencia Española de Protección de Datos ante la entidad **SOCIEDAD VASCONGADA DE PUBLICACIONES, S.A.** en virtud de denuncia presentada por **D. B.B.B.** y teniendo como base los siguientes

#### HECHOS

**PRIMERO:** Con fecha 25 de septiembre de 2013, tuvo entrada en esta Agencia escrito de la **ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ACCIÓN-FACUA** en nombre y representación de **D. B.B.B.** (en lo sucesivo el denunciante) en el que denunciaba la publicación de una fotografía en portada, tomada sin su consentimiento, por parte del periódico **EL DIARIO VASCO**, editado por la mercantil **SOCIEDAD VASCONGADA DE PUBLICACIONES, S.A.** (en lo sucesivo el denunciado), así como texto que acompaña la publicación.

**SEGUNDO:** Tras la recepción de la denuncia la Subdirección General de Inspección de Datos procedió a la realización de actuaciones previas de investigación para el esclarecimiento de los hechos denunciados, teniendo conocimiento de los siguientes extremos:

- 1.- Solicitada información al denunciado, la entidad manifestó lo siguiente:
  - a) Existencia de una reclamación anterior:
  - b) La situación objeto de la denuncia ya fue planteada por el denunciante a través de FACUA, y ya fue analizada y debidamente contestada por mi representada en su momento, tratándose como se trata, en apariencia, de una controversia vinculada a la colisión entre derecho a la información y el derecho a la propia imagen, sin que se plantease por el ahora denunciante como el análisis del tratamiento de un dato de carácter personal.
  - c) Sobre la documentación acreditativa del consentimiento del afectado para el tratamiento y difusión de su imagen:

El denunciado señala que no dispone de ninguna documentación acreditativa del consentimiento del afectado, habida cuenta de que la fotografía fue obtenida y proporcionada por Agence France-Presse (AFP) como consta en la parte superior izquierda de la propia imagen.

Sin perjuicio de lo citado en el apartado anterior, y de que la práctica al uso

supone que las fotografías de agencia llevan implícita la habilitación a los medios para su utilización -a estos efectos difusión pública con finalidad informativa sin tratamiento alguno- señalan que entienden como probable que la propia AFP juzgase como aplicable el derecho garantizado a los medios de comunicación que las normas legales, y jurisprudencia aplicable', recogen como posibilidad de difusión de fotografías de este estilo, y que resultan ser, en desarrollo del derecho constitucional a la libertad de expresión, como derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

La entidad denunciada señala que AFP ha podido entender de aplicación los artículos 8.1 y 8.2 apartado c) de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo de 1.982, que disponen, respectivamente, como se ha indicado, que no se considerarán intromisiones ilegítimas las actuaciones en las que predomine un interés histórico, científico o cultural relevante, ni se podrá impedir la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio, al presente supuesto con base en que resulta obvia la prevalencia al derecho a la información sobre el derecho a la propia imagen del denunciante, ya que la fotografía en cuestión sirve únicamente de modo accesorio para ilustrar, como es habitual en los medios de comunicación, el contenido del artículo escrito al que acompaña, en el que se transmite una información de indudable veracidad y de interés científico general, como es el problema de la obesidad desde un punto de vista sanitario.

A estos efectos, la denunciada entiende que se transmite una información de indudable veracidad y de interés informativo, científico y cultural en tanto que con ánimo de cambio de hábitos, como es el problema de la obesidad desde un punto de vista sanitario, sin que esta entidad haya ofrecido el más mínimo comentario sobre dicha fotografía ni haya identificado con nombre y apellidos a la persona fotografiada que, por otro lado, se encontraba en un lugar público, y además con una imagen difícilmente identificable por ser tomada a contraluz en la que el afectado aparece además cubierto con gafas oscuras y sombrero.

En resumen, sin perjuicio de ser una foto remitida por un tercero y de que no existe tratamiento alguno de la misma, en las circunstancias informativas y legales descritas, y siendo la posibilidad de informar un derecho pero también una obligación, la denunciada considera que la publicación incluso en el caso de que no exista el consentimiento de la persona afectada resulta perfectamente lícita.

- d) Sobre la identificación de la entidad origen de la fotografía y fecha de entrega:

La entidad denunciada señala que la fotografía proviene de la Agence France-Presse (AFP), entidad francesa con domicilio principal en la (C/.....1) de Paris.

Respecto de la fecha de entrega la denunciada no ha podido determinar si la misma se incluyó en algún momento de los envíos diarios que esa entidad lleva a cabo o si se accedió a la misma a través del banco de imágenes que a través de Internet AFP pone a disposición de cada país.

- e) Sobre el motivo por el cual esa entidad no tomó medidas que permitiesen que la persona no fuese identificable:

Entendiendo que la solicitud de información se refiere a las causas que pudieran haber motivado que Agence France Presse no adoptase en su día medidas para que la persona fotografiada no fuera identificable, la denunciada señala que desconoce por completo la motivación de la autora de la fotografía, pudiendo concurrir los siguientes:

1. Porque realmente existiera consentimiento del afectado. En este sentido, no resulta infrecuente que un fotógrafo comente con algún ciudadano la posibilidad de hacer una foto, normalmente en un lugar público por el interés de algún detalle concreto, y que con posterioridad el interesado, por ejemplo, no lo recuerde o intente revocar el consentimiento.

2. Porque con arreglo a la normativa a la que se hace mención en el apartado 2 anterior entendiera que no resultaba obligado en ningún caso, y porque además realmente se entendiera, como es por otra parte habitual en el sector, que una foto de un mayor de edad, en actitud que no muestre actuación comprometida alguna, mostrada a contraluz con las condiciones de rostro no visible -como ya se ha indicado el afectado aparece cubierto con gafas oscuras y sombrero- no exigiera, evidentemente, tratamiento alguno de "pixelado".>>

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **I**

Es competente para resolver el Director de la Agencia Española de Protección de Datos, conforme a lo establecido en el artículo 37.d) en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

### **II**

El artículo 2.1 de la Ley Orgánica 15/1999 de 13 de Diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal( en lo sucesivo LOPD), al respecto del ámbito de aplicación de ésta ley, establece:

*"La presente Ley Orgánica será de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado".*

El artículo 1.4 del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los datos de carácter personal, establece:

*"A efectos de lo dispuesto en el presente Real Decreto se entenderá por datos de carácter personal: toda información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo, susceptible de recogida, registro, tratamiento o transmisión concerniente a una persona física identificada o identificable".(el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos)*

Por tanto, hemos de considerar que la propia imagen ha de ser considerada como un dato de carácter personal, en el caso de que de la misma se puede realizar una identificación del afectado, cualquiera que fuere, por el tratamiento. Por tanto, sobre la misma recaerían los límites en su tratamiento que establece la normativa en materia de protección de datos.

El artículo 6 de la LOPD, al respecto del consentimiento para el tratamiento de datos personales, señala lo siguiente:

*“1. El tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa.*

*2. No será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación comercial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado.”*

El tratamiento de datos sin consentimiento de los afectados constituye por tanto, un límite al derecho fundamental a la protección de datos. Este derecho, en palabras del Tribunal Constitucional en la sentencia 292/2000, de 30 de Noviembre, (F.J. 7. primer párrafo), “... consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporciona a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede ese tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el estado o un particular(...)”.

### III

En el presente caso, en la medida en que la utilización de la imagen del denunciante se llevó a cabo en el seno de una información periodística, más concretamente en una portada, hemos de tener en cuenta lo establecido en el artículo 20 de la Constitución Española que en sus apartados 1.a), 1.d) y 4, reconoce el derecho a la libertad de información, que a su vez dispone lo siguiente:

*“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.”*

*“4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen 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.”*

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional tiende a otorgar una posición preferente a la libertad de expresión frente a otros derechos constitucionales, como se pone de manifiesto en sentencias del Tribunal Constitucional 105/1983, 107/1988, 6/1988, 105/1990 y 240/1992. Dicha jurisprudencia es compartida por la Audiencia Nacional, en sentencias como las dictadas el 23 de febrero de 2010 (rec. 258/2009), o el 12 de mayo de 2011(rec. 472/2010), reconociendo la preeminencia del derecho a la información sobre el derecho a la protección de datos, dado que la naturaleza de la actividad informativa se ve ligada con el tratamiento de datos.

Junto a lo anterior, debemos de tener en cuenta lo establecido en el artículo 8 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que establece:

*“2. 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 accesorio.”(el subrayado es de la Agencia Española de Protección de Datos).*

Y al respecto de la inclusión de fotografías en informaciones, ha de recogerse lo señalado por la Audiencia Nacional en sentencia de 29 de septiembre de 2011, que nos dice:

*“Hoy día no puede desconocerse que la imagen es un complemento esencial de la información periodística y que sería impensable un reportaje como el publicado por el periódico El Mundo que no viniera acompañado de información gráfica y lo que debe exigirse es que esta no sea contraria a las exigencias impuestas por la Ley orgánica 15/99 de Protección de Datos de Carácter Personal. “*

#### IV

En el presente caso, nos encontramos ante una fotografía que sirve para ilustrar, de forma accesorio, una información en la que se relata el estado físico de los ciudadanos, en la que aparece la imagen del denunciante.

Hemos de tener en cuenta que la información publicada no personaliza la noticia en el denunciante, sino que tiene un carácter genérico y la imagen del denunciante, tomada en un ámbito público, como es la playa, sirve para ilustrar la información, que encuentra su amparo en el artículo 8 de la Ley 1/1982.

Junto a lo anterior, debe señalarse que no se establece una identificación de datos personales del denunciante, en el sentido de incluir los datos relativos a nombre y apellidos del denunciante, quien aparece con un gorro y unas gafas de sol que impiden una observación completa del rostro del denunciante y, por tanto, limitan su identificación.

En este sentido es necesario tener en cuenta lo señalado por el Tribunal Supremo, que en sentencia de 5 de julio de 2011, dice

*“Según reiterada jurisprudencia, el grado de identificabilidad de una persona no debe ser un aspecto subjetivo del afectado ( o de su círculo más íntimo) quien, evidentemente, es fácil que se pueda identificar a sí mismo, sino que para que se hubiera producido la intromisión ilegítima sería necesario que hubiera sido fácilmente identificable para el público en general, esto es, el lector medio del Diario de Córdoba, el cual, por supuesto, no conoce quien es C.H.D.*

En todo caso, cuando la divulgación de los datos personales se ha realizado por un medio de comunicación como medio de expresión e información, todo ello en el contexto de la publicación de informaciones consideradas de relevancia pública, el valor preferente de las libertades de expresión y de información que, según el Tribunal Constitucional, alcanza su máximo nivel cuando son ejercitadas por los profesionales de la información a través de un vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública, impiden a esta Agencia realizar ponderaciones adicionales de la proporcionalidad que, dada su naturaleza orgánica, necesariamente implicarían una modalidad de control administrativo sobre los contenidos de las informaciones publicadas por los medios de comunicación incompatible con nuestro sistema institucional.

No obstante, si el afectado considera que los hechos pueden afectar a su derecho al honor y su derecho a la intimidad, éstos deberán ser puestos en conocimiento de las autoridades judiciales competentes, de acuerdo a lo señalado en la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, y no ante esta Agencia Española de Protección de Datos, al escaparse, el análisis de dichas posibles afectaciones, de sus competencias, como así recoge, en sentencia de 24 de febrero de 2011(rec. 55/2011), la Audiencia Nacional, que nos dice:

*“En este caso es necesario comenzar desvinculando la materia de protección de datos de la relativa al derecho al honor y ello pues para la protección de este derecho existe un procedimiento específico de reclamación previsto en la Ley Orgánica 1/1982 de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen cuyo artículo 1 establece que “El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el artículo 18 CE, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente ley orgánica”.*

*La LOPD se aplica en los supuestos en los que se hace necesario someter a determinados controles el empleo de los datos personales para evitar usos inconsentidos, excesivos ó destinados a fines contrarios a los recogidos ó el tratamiento de los datos sin la información precisa etc. Todo esto se protege en un ámbito jurídico que es diferente a la divulgación de informaciones atentatorias a determinados derechos fundamentales como son el honor ó el derecho a la propia imagen. La separación de ambos sistemas de protección se aprecia, también, por el hecho de que los preceptos que se aplican en ambos casos son diferentes y, además, los procedimientos previstos para la reacción ante la violación de uno y otro ámbito del ordenamiento jurídico también son diferentes. “*

## V

No obstante lo anterior, es necesario recordar a los responsables del medio de comunicación en cuestión que, en la medida de lo posible y siempre que no desvirtúe el ejercicio del derecho a la información, se debe evitar la inclusión en sus informaciones de datos personales y/o imágenes que no sean imprescindibles para la comprensión de la noticia, principalmente en el supuesto de imágenes sensibles o hirientes.

Debe de tenerse en cuenta la repercusión sobre el afectado que supone la difusión derivada de una publicación como la denunciada y de las connotaciones que derivan de la misma.

Por lo tanto, de acuerdo con lo señalado,

**Por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos,**

**SE ACUERDA:**

1. **PROCEDER AL ARCHIVO** de las presentes actuaciones.
2. **NOTIFICAR** la presente Resolución a **SOCIEDAD VASCONGADA DE PUBLICACIONES, S.A.** y a la **ASOCIACIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS EN ACCIÓN-FACUA** en nombre y representación de **D. B.B.B.**

De conformidad con lo establecido en el apartado 2 del artículo 37 de la LOPD, en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, la presente Resolución se hará pública, una vez haya sido notificada a los interesados. La publicación se realizará conforme a lo previsto en la Instrucción 1/2004, de 22 de diciembre, de la Agencia Española de Protección de Datos sobre publicación de sus Resoluciones y con arreglo a lo dispuesto en el artículo 116 del Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la LOPD.

Contra esta resolución, que pone fin a la vía administrativa (artículo 48.2 de la

LOPD), y de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, los interesados podrán interponer, potestativamente, recurso de reposición ante el Director de la Agencia Española de Protección de Datos en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la notificación de esta resolución, o, directamente recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 25 y en el apartado 5 de la disposición adicional cuarta de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a la notificación de este acto, según lo previsto en el artículo 46.1 del referido texto legal.

José Luis Rodríguez Álvarez  
Director de la Agencia Española de Protección de Datos