

Audiencia Provincial de Les Illes Balears, Sección 4ª, Sentencia 502/2023 de 20 Oct. 2023, Rec. 715/2022

Ponente: Fernández Alonso, María Pilar.

Nº de Sentencia: 502/2023

Nº de Recurso: 715/2022

Jurisdicción: CIVIL

ECLI: *ES:APIB:2023:2754*

11 min

Fotografías de la demandante antes y después de someterse a una mamoplastia, publicadas en Instagram, sin su consentimiento, por la cirujana que practicó la operación

DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN. Intromisión ilegítima. Fotografías de la demandante antes y después de someterse a una mamoplastia, publicadas en Instagram por la cirujana que practicó la operación. Esta no tiene interés informativo pues las mamoplastias son intervenciones comunes. Por tanto, la publicación de las imágenes no perseguía ningún interés científico ni cultural que pueda ser entendido como de interés general. Por otra parte, la actora no es una persona que tenga un perfil público que pueda generar un interés mediático. Además, las imagenes no aparecían de manera accesoria a la publicación de la demandada acompañando una información relevante, sino todo lo contrario. Es cierto que la actora firmó un consentimiento autorizando la toma de fotografías de la zona tratada para ser utilizadas con fines docentes o médicos. Pero el Instagram de la demandada carece de ese contenido médico o docente pues en el mismo aparece el logo comercial de la demandada, fotografías de la misma y se dan consejos de belleza. La AP Illes Balears revoca en parte la sentencia de primera instancia y reduce la cuantía de la indemnización por la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la demandante.

TEXTO

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00502/2023

SENTENCIA Nº 502/23

ILMOS SRS.

PRESIDENTE:

Dña. Maria Pilar Fernández Alonso.

MAGISTRADOS:

Dña. Juana Maria Gelabert Ferragut.

D. Gabriel Oliver Koppen.

En Palma de Mallorca a 20 de octubre de 2023.

VISTOS por la Sección 4ª de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, de Juicio Ordinario, seguidos por el Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Palma, con el numero 47-21, **Rollo de Sala 715-22**, entre partes, de una como demandada-apelante, doña Miriam representada por el Procurador don FRANCISCO BARCELÓ OBRADOR, y de otra, como demandante-apelada doña Leonor representada por la Procuradora doña ANA MARÍA VICENS PUJOL, defendidas ambas por sus respectivos Letrados don ENRIC PATIÑO JORDI y don JOSE MARÍA GARRIO DURAN. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

ES PONENTE la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Maria Pilar Fernandez Alonso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Palma, en fecha 12-5-22 dictó sentencia, cuyo fallo dice: "*Que HE D'ESTIMAR íntegrament la demanda formulada per la Procuradora dels Tribunals Sra. Ana Maria Vicens Pujol, en representació de la Sra. Leonor, contra la Sra. Miriam i, en conseqüència, he de fer els següents pronunciaments:*

1- Declarar que la Sra. Miriam ha realitzat un acte d'intromissió il·legítima en el dret a la pròpia imatge i a la intimitat de l'actora.

2- Reconèixer el dret de l'actora a ser restablerta en el ple gaudiment del seu dret a la pròpia i a la intimitat davant la intromissió il·legítima perpetrada per la demandada.

3- Condemnar a la demandada a retirar les imatges de la Sra. Leonor que ha publicat al seu perfil d'Instagram.

4- Condemnar a la Dra. Miriam a indemnitzar a l'actora en la quantitat de 15.000 euros.

Tot això amb expressa condemna en costes a la demandada."

SEGUNDO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la parte demandada, que fue admitido, y seguido el procedimiento por sus trámites, se señaló para deliberación, votación y fallo en fecha 4 de octubre del presente año, quedando el presente recurso concluso para sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de este Recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada en lo que no se opongan a los que siguen.

PRIMERO.- *La sentencia dictada en primera instancia, cuyo fallo ha quedado transcrito en los precedentes antecedentes de hecho, es recurrida en apelación por la parte demandada y condenada, señora Miriam, interesando su revocación y la desestimación de la demanda, alegando error en la valoración de la prueba, pues a su juicio no se ha producido una vulneración del derecho a la intimidad de la actora con la publicación de las fotografías de autos, en las que la actora no resulta identificable y para las que había dado consentimiento.*

SEGUNDO.- La Constitución, en su artículo 18 (LA LEY 2500/1978), reconoce con carácter general el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y en el artículo 20.1 .d) el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, especificando que esta libertad encuentra su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título 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 ».

De acuerdo con los apartados 5 y 6 del [art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982 \(LA LEY 1139/1982\)](#) de protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen, se reputará como intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen:

"Cinco. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme, o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo octavo, dos.

" Seis. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga".

Los apartados 2 y 3 del art. 2 de dicha ley orgánica establecen:

"Dos. No se apreciará la existencia de 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.

"Tres. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas".

Como señala el Tribunal Supremo en sentencia de 26-2-20 "estas previsiones legales permiten a los individuos controlar la captación, reproducción, publicación y, en definitiva, la utilización por terceros de los rasgos o atributos identificativos de su persona e impedir que tales actuaciones se realicen sin su consentimiento, salvo en aquellos casos permitidos por la ley. El [art. 18.1 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#), al que las normas legales transcritas sirven de desarrollo, al reconocer el derecho a la propia imagen, atribuye a la persona un derecho subjetivo sobre estos atributos o manifestaciones externas de su personalidad (la imagen, la voz o el nombre), con lo que le garantiza una esfera de poder exclusivo sobre este ámbito."

El Tribunal Constitucional, en la STC 117/1994, de 25 de abril (LA LEY 13177/1994), ha afirmado que el derecho fundamental a la propia imagen garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. La protección que confiere este derecho fundamental salvaguarda el poder de decisión sobre los fines a los que

hayan de aplicarse las manifestaciones de la persona a través de su imagen, su identidad o su voz, tanto respecto de la observación y captación de la imagen y sus manifestaciones como de la difusión o divulgación posterior de lo captado. Estos derechos, como expresión de la persona misma, disfrutan de la más alta protección en nuestra Constitución y constituyen un ámbito exento capaz de impedir o limitar la intervención de terceros contra la voluntad del titular.

En la interpretación de estos derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional ha venido señalando que para que el derecho a la intimidad pueda oponerse legítimamente como un límite al derecho a la libertad de recibir o transmitir información es preciso que las noticias difundidas carezcan de interés público o que, aun siendo de interés público, carezcan de veracidad, ya que en una sociedad democrática que proclama como uno de los principios que inspiran su convivencia el respeto a la dignidad de la persona, no debe tolerarse la divulgación de hechos que pertenecen a la intimidad de ciudadanos particulares ni tampoco se debe tolerar que las noticias que se difundan sean inveraces, no en el sentido de que las mismas coincidan exactamente con las acontecidas, sino en el sentido de que se haya desplegado por quien las publica la diligencia necesaria para cerciorarse de que lo que se divulga no es un simple rumor - sentencias del Tribunal Constitucional 54/2004, de 15 de abril (LA LEY 1209/2004) y 61/2004, de 19 de abril (LA LEY 1196/2004).

TERCERO.- Pues bien, sentado lo anterior hemos de señalar, como dice la sentencia, que *la actora presentó demanda sobre violación a su derecho a la intimidad y alegó en su escrito de demanda que la demandada era una cirujana plástica que trabajaba en el Hospital Son Llätzer. La Dra. Miriam realizó una mamoplastia de reducción sin prótesis a la Sra. Leonor en el referido hospital el día 23 de enero de 2018.*

Posteriormente, y sin el consentimiento de la actora, la demandada publicó una fotografía donde aparecían los pechos de la Sra. Leonor en su cuenta particular de Instagram. Todo ello provocó un importante sufrimiento psíquico en la actora.

Por este motivo, la parte actora solicitó que se declarase que la demandada había vulnerado su derecho a la propia imagen con su conducta y que se la

condenara a indemnizarla en la cantidad de 15.000 euros y a retirar las imágenes publicadas sin consentimiento ni justificación.

Al contestar a la demanda, la Dra. Miriam se opuso a su estimación alegando que la Sra. Leonor había autorizado en el consentimiento informado de la operación a que la demandada publicara las fotografías objeto del pleito, que estas publicaciones no se habían hecho con una finalidad comercial sino de divulgación médica y siguiendo un interés general sobre un hecho noticiable y que en las imágenes se habían tapado todos aquellos elementos que permitían la identificación de la Sra. Leonor, de manera que no se le había generado ninguna vulneración en sus derechos.

Por su parte, el Ministerio Fiscal presentó un escrito de contestación en el que manifestaba que se negaban los hechos relatados a la demanda sin perjuicio de lo que resultara de la práctica de la prueba, si bien tras su práctica interesó la estimación de la demanda entendiendo que se había vulnerado el derecho a la intimidad de la actora, solución que también acoge la sentencia, y con la que, como vimos no está de acuerdo la demandada.

CUARTO.- *Pues bien, está acreditado que la Sra. Leonor se sometió a una mamoplastia de reducción sin prótesis en el Hospital público Son Llàtzer de Palma el día 23 de enero de 2019. La doctora que llevó a cabo la operación fue la Dra. Miriam, demandada tras la operación, ésta publicó en su perfil de Instagram dos fotografías donde aparecían los pechos de la Sra. Leonor antes y después de la operación. En las fotografías la Dra. Miriam tapó con unas formas geométricas blancas los pezones y el colgante de un collar de la actora. Las imágenes estaban integradas dentro de una composición donde encima se insertó en la parte superior lo que parece una imagen comercial de la demandada con su nuevo abajo y en la parte inferior las palabras "Antes y después. Mamoplastia de reducción sin prótesis". La composición iba acompañada de un texto donde se podía leer "En muchos nos habéis preguntado cómo quedaría el pecho después de una reducción de mamas sin prótesis".*

La operación a la que se sometió la actora, no tiene ningún tipo de interés informativo, pues las mamoplastias de reducción son intervenciones comunes y sin ninguna peculiaridad que pueda generar un interés general, como podría suceder tal y como señala la sentencia, por ejemplo cuando se practica una

operación pionera en el mundo o en el país, siendo así que además la de la actora, en concreto, no revestía ninguna particularidad en relación con el resto de operaciones de este tipo, o al menos nada se ha alegado al respecto por la señora Miriam.

Por lo tanto, la publicación de las imágenes de los pechos de la actora no perseguía ningún interés científico ni cultural que puedan ser entendidos como de interés general a los efectos del art. 8 de la [LO 1/1982 \(LA LEY 1139/1982\)](#).

Por otra parte, como acertadamente señala también la sentencia, la Sra. Leonor no es una persona que tenga un perfil público que pueda generar un interés mediático. Por lo tanto, ningún interés informativo tiene su vida privada o su estado de salud.

Además, la imagen de la actora no aparecía de manera accesoria a la publicación de la demandada acompañado una información relevante , sino todo lo contrario.

Por tanto, no concurre en el presente caso ninguna de las excepciones previstas en el [art. 8 de la LO 1/1982 \(LA LEY 1139/1982\)](#).

Por estos motivos, la única causa que justificaría la publicación de la Dra. Miriam sería el consentimiento expreso de la Sra. Leonor a dicha publicación.

QUINTO.- Se alegó por la demandada un supuesto consentimiento verbal del que no hay prueba alguna en autos, y que no se reitera en esta alzada por lo que se debe tener por inexistente.

Lo que si firmó la actora es un documento de consentimiento informado de la operación a la que se sometió, en el hospital de Son Llazert en el que se dice: "Autorizo a que me practiquen fotografías de la zona tratada que puedan ser utilizadas con fines científicos, docentes o médicos, quedando entendido que su uso no constituya ninguna violación de la intimidad o la confidencialidad, a las que tengo derecho".

Observando el Instagram de la demandada donde fueron publicadas las fotografías de los pechos de la actora, se comprueba fácilmente falta de contenido médico, científico o docente del perfil de la apelante pues en el mismo aparece el logo comercial de la Dra. Miriam, fotografías de la misma, se dan consejos de belleza, se felicitan las Fiestas, se publican mensajes de

actitud positiva con frases de personajes famosos pero nada científico-médico o docente más allá de la promoción personal de la demandada, que obviamente siendo legítimos no autorizan a presentar fotografías de las partes íntimas de la actora y de la operación a la que fue sometida sin su consentimiento expreso, pues el consentimiento firmado antes de la operación solo autorizaba, como vimos, a la apelante a publicarlas en un ámbito docente médico o científico y por tanto especializado que no tiene el Instagram de la apelante al que puede acceder cualquier persona, pues son de acceso público a través de dicha red social.

El empleo de la imagen no ilustra una noticia o información relacionada con la medicina o a la ciencia sino que más bien responde, como dice la juez a quo, a la finalidad publicitaria y comercial de la doctora Miriam.

La [Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo \(LA LEY 1139/1982\)](#), sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, establece que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (art. 2) siendo así que dicho consentimiento, como decimos, no existió en el caso que nos ocupa.

Las fotografías muestran imágenes de los pechos de la actora antes y después de la mamoplastia y ello es evidente que afecta a la intimidad personal de la misma.

La función del derecho fundamental a la intimidad del [art. 18.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (STS 551/2020, de 22 octubre (LA LEY 252509/2020))

La prueba testifical practicada ha puesto de relieve que fue precisamente una amiga de la actora, la Sra. Catalina, quien vio las fotografías de Instagram de la demandada ,la reconoció por los pechos no por el collar y se lo comunicó a la demandante y a otras amigas comunes. La señora Catalina trabaja en el hospital Son Llatzer donde fue operada la actora y acudió al perfil de la demanda al saber que la actora se había operado por ella y a los efectos de informar a otra persona sobre la señora Miriam como doctora privada. También manifestó que en el pueblo la gente sabía que se había operado del pecho, y

ella conoció los pechos de su amiga por que la conoce desde siempre somos como hermanas.

Ciertamente en las fotos no se ve ningún collar, pues aparece pixelado pero ello no constituye óbice para que nos encontremos ante una intromisión ilegítima en la intimidad de la actora sin que suponga una incongruencia de la sentencia, como denuncia la apelante pues lo que se denuncia en la demanda es la publicación de los pechos de la actora en el Instagram de la doctora que la opero sin su consentimiento expreso y para fines ajenos a la medicina, la ciencia o la docencia.

SEXTO.- Apreciada la intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad e imagen de la actora de acuerdo con lo dispuesto en el [artículo 9.3 LPDH \(LA LEY 1139/1982\)](#) «[l]a indemnización se extenderá al daño moral que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a 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.

La sentencia considera que la indemnización debe alcanzar la suma de 15000 euros, cantidad que la recurrente y esta Sala considera excesiva a tenor de las circunstancias concurrentes. Ello por cuanto si bien Instagram es una red social de acceso público general, no disponemos de datos objetivos que nos permitan computar el número de personas que pudieron tener conocimiento de las fotografías aun cuando seguidores de la apelante rondan los 450 y si disponemos del dato suministrado por la testigo señora Catalina de haber sido ella quien se lo comunicó a sus amigas y a la actora, y las fotografías fueron retiradas tras la recepción de la demanda.

La actora vive en un pueblo pequeño y no goza de notoriedad pública, reconoció que tenía un problema psicológico por el exceso de pecho, que las fotos que se publicaron después de haberse operado, que la gente del pueblo ya sabía que se había operado de los pechos antes de las fotos, y que lo que hicieron fue confirmar la operación por lo que entendemos que la indemnización a percibir debe ser inferior a la señalada por la sentencia, como así lo entendió también en primera instancia el Ministerio Fiscal que interesó fuera fijada la indemnización a favor de la hoy apelada en la suma de 3.000 euros, suma que a nosotros nos parece insuficiente, aplicando en atención al principio de arbitrio judicial que no arbitrariedad prohibida por la constitución

y teniendo en cuenta el interés lesionado fijamos como indemnización la suma de 8.000 euros

SÉPTIMO.- Que con respecto a las costas y de acuerdo con lo previsto en el [artículo 398 de la LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), no procede imponer las de esta alzada a la parte apelante, al estimarse en parte el recurso.

FALLAMOS

1) QUE DEBEMOS ESTIMAR Y ESTIMAMOS en parte el RECURSO DE APELACION interpuesto por el Procurador don FRANCISCO BARCELÓ OBRADOR, en nombre y representación de doña Miriam contra la sentencia de fecha 12-5-22, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 24 de Palma, en los autos de Juicio Ordinario, de los que trae causa el presente Rollo, y, en consecuencia, **DEBEMOS REVOCARLA y la REVOCAMOSel pronunciamiento 4** de la misma relativo a la indemnización a pagar por a la demandada señora Miriam a la actora señora Leonor, que queda fijada en la suma de 8.000 euros.

2) No hacemos especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada.

Recursos.- Conforme el [art. 466.1 de la L.E.C. 1/2000 \(LA LEY 58/2000\)](#), contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas optar por interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o el recurso de casación, por los motivos respectivamente establecidos en los arts. 469 y 477 de aquella. Ambos recursos deberán interponerse mediante escrito presentado ante esta Audiencia Provincial en el plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de la sentencia, debiendo estar suscrito por Procurador y Letrado legalmente habilitados para actuar ante este Tribunal ([Ley 37/11, de 10 de octubre \(LA LEY 19111/2011\)](#)). No obstante, lo anterior, podrán utilizar cualquier otro recurso que estimen oportuno. Debiéndose acreditar, en virtud de la disposición adicional 15ª de la [L.O. 1/2009 de 3 de noviembre \(LA LEY 19390/2009\)](#), el justificante de la consignación de depósito para recurrir en la cuenta de esta Sección cuarta de la Audiencia Provincial, nº 0494, debiéndose especificar la clave del tipo de recurso.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevar certificación al Rollo de la Sala, definitivamente Juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Leída y publicada que ha sido en audiencia pública la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Maria Pilar Fernandez Alonso; Ponente que ha sido en este trámite, en el mismo día de su fecha, de lo que certifico.