

Según la jurisprudencia, para ponderar adecuadamente los derechos fundamentales en conflicto, se ha de partir de la relevancia que tiene el que el afectado por la captación o publicación de su imagen sea un menor de edad pues el ordenamiento preserva con especial énfasis sus derechos frente a las intromisiones ilegítimas contempladas en el art. 7.7 Ley 1/82 ; b) en consecuencia, siempre que no medie consentimiento de los padres o representantes legales con la anuencia del Ministerio Fiscal la difusión de cualquier imagen de un menor ha de reputarse como contraria al ordenamiento jurídico; c) imagen accesoria solo es aquella que se encuentra en un reportaje de manera secundaria e intrascendente, lo que no puede predicarse de imágenes principales, situadas en el centro de la publicación, a gran tamaño, o sobre las que se centra la información; d) las fotografías publicadas el 4 de abril de 2009 por la revista «Mujer Hoy Corazón» vulneraron el derecho a la propia imagen de los menores ya que no se trató de imágenes accesorias (la información alude a una celebración «en familia» y se centra en los menores como parte de la misma), y se obtuvieron y publicaron sin el consentimiento previo y por escrito de los padres y sin la anuencia del Ministerio Fiscal, a lo que no obsta el carácter de personaje público de su madre, ni el interés público del accidente sufrido por esta; y e) la indemnización por la publicación de la imagen de los dos menores en la revista «Mujer Hoy Corazón» se fija en 8.000 euros, valorándose que dicha revista se repartía con un periódico -por lo que el beneficio de aquella no ha de vincularse con el beneficio derivado de la venta del diario- y que la madre ya permitió que el menor, siendo un bebé, apareciera otras publicaciones, y la indemnización por la publicación en ABC Periódico Electrónico S.L.U se fija en 6.000 euros atendiendo al hecho de que la difusión en internet y los beneficios de

esta son inferiores a los que derivan de la publicación en prensa escrita y a que solo se trató de una fotografía.

SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO

Ponente: [FRANCISCO JAVIER ORDUÑA MORENO](#)

Fecha: 25/09/2014

Sala: Primera

Sección: Primera

Número Sentencia: 540/2014

Número Recurso: 2396/2012

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Septiembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, los recursos de casación e infracción procesal interpuesto contra la sentencia dictada en recurso de apelación núm. 319/2011 por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Cádiz , como consecuencia de autos de juicio ordinario núm. 1827/2009, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Algeciras, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por el procurador don Pablo Villanueva Nieto en nombre y representación de doña Elena Castelló, Taller de Editores, S.A. y Diario ABC Electrónico, S.L.U., compareciendo en esta alzada en su nombre y representación el procurador don Francisco García Crespo en calidad de recurrente y el

procurador don Felipe Juanas Blanco en nombre y representación de doña Carla en calidad de recurrido. Ha sido parte el Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO:

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Estrella Vargas Rivas, en nombre y representación de doña Carla interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Enma , Directora de "MUJER HOY CORAZÓN, contra TALLER DE EDITORES, S.A., contra ABC PERIÓDICO ELECTRÓNICO, S.L.U. y contra el DIRECTOR DEL PERIÓDICO DIGITAL ABC. es, todos ellos pertenecientes al GRUPO VOCENTO y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: "... 1) Declarar que los menores Simón y Gema han sufrido una intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales a la intimidad y a la propia imagen, por la divulgación en el número 128, de fecha 4 de abril de 2009, de la revista "Mujer Hoy Corazón" de cuatro fotografías que incluyen sus imágenes, y que pertenecen a la esfera de su más estricta intimidad personal y familiar, y una de las cuales es utilizada como portada de esta publicación que es reproducida en el periódico digital ABC.es .

2) Declarar que como consecuencia de ello, se les ha ocasionado un grave daño moral del que deben ser indemnizados por los demandados y por lo tanto **CONDENAR** a que abonen solidariamente a la mandante, representante legal de los menores Simón y Gema , las cantidades siguientes:

a. 40.000 euros a cada uno de los menores en el caso de Da. Enma , y la empresa TALLER DE EDITORES S.A, por la publicación de las fotografías y datos personales en la revista MUJER DE HOY CORAZÓN.

b. 30.000 euros en el caso del Director de ABC.es y la empresa ABC PERIDICO ELECTRONICO S.L.0 por la publicación de la portada de la revista MUJER HOY CORAZON con la fotografía de Simón .

3) Condenar Da. Enma y la empresa TALLER DE EDITORES S.A. (VOCENTO), a estar y pasar por tales declaraciones y a que publiquen en la revista Mujer Hoy Corazón, en el número inmediatamente posterior a la fecha en que adquiera firmeza la sentencia que se dicte, su texto completo o la parte que el Juzgador considere suficiente con anuncio en el periódico digital ABC.

4) Prevenir a Da. Enma y la empresa TALLER DE EDITORES S.A. (VOCENTO) y a ABC PERIODICO ELECTRONICO S.L.U para que en lo sucesivo se abstengan de realizar actos semejantes referidos a los menores Simón y Gema .

5) Requerir a las demandadas para que proceda a la destrucción del material publicado.

6) Condenar a los demandados al pago de las costas del presente procedimiento".

2.- El procurador don José Pablo Villanueva Nieto, en nombre y representación de TALLER DE EDITORES, S.A., doña Enma , ABC PERIÓDICO ELECTRÓNICO, S.L.U., contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que: "...desestime la demanda, absuelva de todas sus pretensiones a mi representada y condene en costas a la parte actora".

El Fiscal, presentó escrito legando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes al caso.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitida, el ilmo. sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 4 de Algeciras, dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: FALLO: "... QUE ESTIMO PARCIALMENTE LA DEMANDA interpuesta por la procuradora ESTRELLA VARGAS RIVAS en nombre y

representación de Carla contra Enma , TALLER DE EDITORES S.A., ABC PERIODICO ELECTRÓNICO SLU Y DIRECTOR DEL PERIÓDICO DIGITAL ABC.ES representado por el procurador PABLO VILLANUEVA NIETO.

1° SE DECLARE QUE LOS MENORES Simón Y Gema HAN SUFRIDO UNA INTROMISIÓN ILEGÍTIMA EN SU DERECHOS FUNDAMENTALES A LA INTIMIDAD Y LA PROPIA IMAGEN, POR LA DIVULGACIÓN DEN EL N° 128 DE FECHA DE 4 DE ABRIL DE 2009 DE LA REVISTA "MUJER DE HOY CORAZÓN" DE CUATRO FOTOGRAFÍAS QUE INCLUYE SUS IMÁGENES, Y UNA DE LAS CUALES ES UTILIZADA COMO PORTADA DE ESTA PUBLICACIÓN Y REPRODUCIDA EN EL PERIÓDICO DIGITAL ABC.ES .

2° SE CONDENE A LOS DEMANDADOS A ABONAR SOLIDARIAMENTE A LA ACTORA:

D) 8.000 EUROS A CADA UNO DE LOS MENORES EN EL CASO DE Enma Y TALLER DE EDITORES S.A., POR LA PUBLICACIÓN DE LA FOTOGRAFÍA EN LA REVISTA MUJER DE HOY CORAZÓN.

E) 6.000 EUROS AL DIRECTOR DE ABC.ES Y ABC PERIODICO ELECTRÓNICO S.L.U. POR LA PUBLICACIÓN DE LA FOTO PORTADA DE LA REVISTA MUJER HOY CORAZÓN EN LA QUE APARECE Simón .

F) CONDENAR A Enma , TALLER DE EDITORES S.A. AL DIRECTOR DE ABC.ES Y ABC PERIODICO ELECTRÓNICO S.L.U. A QUE SE PUBLIQUE EN MUJER HOY CORAZÓN Y ABC PERIODICO ELECTRÓNICO S.L.U., EN EL NÚMERO INMEDIATAMENTE POSTERIOR A LA FIRMEZA DE LA SENTENCIA EL FALLO DE LA MISMA.

CONDENAR A Enma , TALLER DE EDITORES S.A. Y ABC PERIODICO ELECTRÓNICO SLU PARA QUE EN LO SUCESIVO SE ABSTENGA DE REALIZAR ACTOS SEMEJANTES.

REQUERIR A LOS DEMANDADOS PARA QUE DESTRUYAN EL MATERIAL PUBLICADO.

CADA PARTE ABONARÁ SUS PROPIAS COSTAS Y LAS COMUNES POR MITAD".

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de doña Enma , Taller Editores, S.A. y Diario ABC Electrónico, S.L.U., la Sección de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección de Algeciras, dictó sentencia con fecha 3 de julio de 2012 , cuya parte dispositiva es como sigue: **FALLAMOS:** "... Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Ds Enma , "Talleres de Editores S.A." y "Diario ABC Electrónica S.L.U.".

Y estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Da Carla , contra la sentencia de que dimana este rollo, debemos revocar y revocamos la misma, en los siguientes aspectos:

Primero.- Procede reconocer r la intromisión ilegítima e ilegal en los derechos de imagen de los rrenores hijos de la demandante, con la publicación de las fotografías de los mismos, en los medios de comunicación "Mujer Hoy Corazón" y ABC Periódico Electrónico S.L.U.

Segundo.- Se fija indemnización por los daños morales sufridos con ocasión de tal publicación, en cuantía de **VEINTE MIL EUROS** para cada uno de los menores, por la publicación llevada a cabo en la revista "Mujer de hoy Corazón", y de **15.000 euros**, en relación con la publicación del hijo mayor de la actora, Simón , por la publicación de su fotografía en la portada de la revista "Mujer hoy corazón", y de la que ha de responder el director del diario ABC.es y la empresa ABC periódico electrónico S.L.U.

Tercero.- Se mantienen el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia.

Cuarto.- Se imponen las costas de la alzada a los recurrentes Da Enma , "Talleres de Editores S.A." y "Diario ABC Electrónica S.L.U."

No se hace pronunciamiento de las costas de esta alzada, respecto al recurso de apelación interpuesto por doña Carla ".

TERCERO .- 1.- Contra la expresada sentencia preparó y después interpuso recursos de casación y extraordinario por infracción procesal la representación procesal de doña Enma y de las entidades TALLER EDITORES, S.A. y ABC PERIÓDICO ELECTRÓNICO, S.L.U., argumentando el recurso por infracción procesal con apoyo en el siguiente MOTIVO:

Único.- Infracción de las normas de distribución de la carga de la prueba y su valoración.

El recurso de casación , lo argumentó con arreglo al siguiente MOTIVO:

Único.- Infracción del artículo 9.3 Ley Orgánica 1/1982 .

CUARTO .- Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 9 de abril de 2013 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la parte recurrida para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días. El procurador don Felipe de Juanas Blanco, en nombre y representación de doña Carla presentó escrito de impugnación al mismo. El Fiscal, presentó escrito de impugnación al mismo.

QUINTO .- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de septiembre del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Javier Orduña Moreno ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Se recurre en casación la sentencia de apelación que confirmó la decisión de condenar las entidades demandadas, ahora recurrentes, por intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de dos menores.

De los antecedentes del pleito resulta de interés, en lo que ahora interesa y en síntesis, lo siguiente:

1. Con fecha 5 de octubre de 2009 D^a Carla formuló demanda de protección de los derechos a la propia imagen e intimidad de sus hijos menores de edad Gema y Simón , contra las entidades mercantiles Taller Editores, S.A. y ABC Periódico Electrónico S.L.U., y contra D.^a Enma (directora de la revista «Mujer Hoy Corazón») y el director del periódico digital ABC.es, solicitando que se declarase la existencia de intromisión ilegítima en tales derechos fundamentales a resultas de la publicación de cuatro fotografías y datos personales de los menores en el nº 128, de fecha 4 de abril de 2009, de la revista «Mujer Hoy Corazón», una de las cuales, en la que salía su hijo Simón , fue además utilizada como portada de dicha publicación y reproducida también en el periódico digital del diario ABC, y que se condenase a las demandadas a indemnizar los daños morales ocasionados por tales publicaciones -con la suma de 40.000 euros para cada uno de los menores en el caso de D.^a Enma y la empresa Taller de Ediciones, S.A. (por la publicación en la revista «Mujer Hoy Corazón») y con la suma de 30.000 euros en el caso del director de ABC.es y la empresa ABC Periódico Electrónico, S.L.U. (por la publicación en este medio digital)-; a abstenerse de realizar actos semejantes y a difundir a su costa la sentencia (toda o parte) en la citada revista, en el número inmediatamente posterior a la fecha de su firmeza. En apoyo de sus pretensiones, la demandante adujo, en síntesis, que la publicación de tales fotografías de los menores, con el rostro al descubierto y junto a sus datos personales (nombre y apellidos completos, edad y lugar de residencia) suponía un atentado contra su imagen e intimidad personal y familiar, además efectuado con temeridad desde el momento que la revista si tomó la precaución de difuminar el rostro en las fotografías de otros menores de edad.

2. En su contestación y compareciendo bajo una misma defensa y representación, las entidades mercantiles Taller Editores, S.A. y ABC Periódico Electrónico S.L.U., y D.^a Enma , sostuvieron, en síntesis, que la publicación de dichas fotografías no constituía ninguna intromisión en la imagen e intimidad de los menores, pese a la falta de consentimiento previo y por escrito de la madre, por la condición de personaje público de esta (Miss España en 1990, actriz en series de televisión y habitual en los medios de comunicación del «corazón»), por sus propios actos (al haber posado en alguna ocasión junto a sus hijos y al haber hablado de los mismos) y porque en todo caso las fotografías de los menores fueron accesorias de la información sobre la madre y su recuperación tras un grave accidente de circulación, no resultando ofensivas.

3. El Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Algeciras estimó en parte la demanda, declaró la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la propia imagen e intimidad de los hijos menores de la actora a consecuencia de ambas publicaciones y fijó una indemnización a su favor de 8.000 euros, para cada uno de ellos, a cargo de D.^a Enma y Taller de Editores, S.A., por la publicación en la revista «Mujer Hoy Corazón» y de 6.000 euros, a cargo del director de ABC.es y ABC Periódico Electrónico, S.L.U., por la reproducción en ese medio digital de la foto de portada de la citada revista. También condenó a los demandados a que se abstuvieran de realizar actos semejantes en el futuro y a publicar el fallo de la sentencia tanto en la citada revista como en el diario electrónico. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: a) según la jurisprudencia, para ponderar adecuadamente los derechos fundamentales en conflicto, se ha de partir de la relevancia que tiene el que el afectado por la captación o publicación de su imagen sea un menor de edad pues el ordenamiento preserva con especial énfasis sus derechos frente a las intromisiones ilegítimas contempladas en el art. 7.7

Ley 1/82 ; b) en consecuencia, siempre que no medie consentimiento de los padres o representantes legales con la anuencia del Ministerio Fiscal la difusión de cualquier imagen de un menor ha de reputarse como contraria al ordenamiento jurídico; c) imagen accesoria solo es aquella que se encuentra en un reportaje de manera secundaria e intrascendente, lo que no puede predicarse de imágenes principales, situadas en el centro de la publicación, a gran tamaño, o sobre las que se centra la información; d) las fotografías publicadas el 4 de abril de 2009 por la revista «Mujer Hoy Corazón» vulneraron el derecho a la propia imagen de los menores ya que no se trató de imágenes accesorias (la información alude a una celebración «en familia» y se centra en los menores como parte de la misma), y se obtuvieron y publicaron sin el consentimiento previo y por escrito de los padres y sin la anuencia del Ministerio Fiscal, a lo que no obsta el carácter de personaje público de su madre, ni el interés público del accidente sufrido por esta; y e) la indemnización por la publicación de la imagen de los dos menores en la revista «Mujer Hoy Corazón» se fija en 8.000 euros, valorándose que dicha revista se repartía con un periódico -por lo que el beneficio de aquella no ha de vincularse con el beneficio derivado de la venta del diario- y que la madre ya permitió que el menor, siendo un bebé, apareciera otras publicaciones, y la indemnización por la publicación en ABC Periódico Electrónico S.L.U se fija en 6.000 euros atendiendo al hecho de que la difusión en internet y los beneficios de esta son inferiores a los que derivan de la publicación en prensa escrita y a que solo se trató de una fotografía.

4. La Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7ª desestimó el recurso de apelación de Dª Enma , Taller Editores, S.A. y ABC Periódico Electrónico S.L.U., y estimó en parte el recurso de apelación de la demandante, revocando la sentencia apelada en el único extremo de «reconocer la

intromisión ilegítima e ilegal en los derechos de imagen de los menores, con la publicación de las fotografías de los mismos en los medios de comunicación "Mujer Hoy Corazón" y "ABC Periódico Electrónico, S.L.U"», y en el extremo de fijar la indemnización por los daños morales sufridos con ocasión de tal publicación «en cuantía de VEINTE MIL EUROS para cada uno de los menores, por la publicación llevada a cabo en la revista "Mujer Hoy Corazón" y de 15.000 euros, en relación con la publicación del hijo mayor de la actora, Simón, por la publicación de su fotografía en la portada de la revista "Mujer Hoy Corazón" y de la que ha de responder el director del diario ABC.es y la empresa ABC periódico electrónico S.L.U.», confirmando el resto de pronunciamientos de primera instancia. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: a) la parte demandada fundó su apelación en la inexistencia de intromisión ilegítima (por ser la madre un personaje público, por tener carácter accesorio las fotografías, y por haber consentido la madre la publicación de fotos de sus hijos en anteriores ocasiones) y en indemnización concedida, que consideró excesiva pidiendo su reducción hasta los 2.000 euros como máximo por todas las fotografías y texto publicados; b) la parte actora fundó su apelación en la incongruencia de la sentencia (al no pronunciarse sobre el carácter lesivo de los datos personales de los menores, que también se publicaron sin el consentimiento materno junto a las fotografías), y en el carácter insuficiente de la indemnización concedida; c) existió intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los dos hijos menores de la demandante pues cuando se trata de menores de edad los derechos de la personalidad gozan de una protección reforzada que ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo y en el presente caso la prueba documental acreditó que en la revista de los demandados se publicaron cuatro fotografías de los hijos menores de la actora, sin su

consentimiento y sin que su rostro fuera tapado, al tiempo que se proporcionaron datos sobre su nombre, edad y circunstancias personales (lo que no se hizo con relación a los hijos de otros famosos cuyas fotos también aparecieron en la misma revista), no tratándose de información gráfica accesoria dado que la imagen de los dos menores apareció de forma significada en el reportaje (una de las fotos, en la que aparece el hijo mayor, incluso se publicó también en portada); d) la indemnización se estima insuficiente y se incrementa hasta la suma de 20.000 euros para cada uno de los menores, por la publicación en la revista, y hasta la suma de 15.000 euros, por la publicación de la fotografía de Simón en la portada y en el medio digital, y todo ello en atención a la difusión o audiencia de los medios a través de los cuales se produjo la intromisión (porque se publicaron en una revista que se distribuye junto al diario ABC, de tirada nacional, y porque su difusión también se realizó a través de internet, aunque fuera solo durante unos segundos).

5. Contra esta sentencia la parte demandada apelante interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación, habiéndose admitido este último al amparo del artículo 477.2.1º LEC, por referirse el procedimiento a derechos fundamentales.

6. El Ministerio Fiscal no apoya los recursos y solicita su desestimación. SEGUNDO.- Constituye doctrina reiterada que, cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTS, entre las más recientes, de 5 de junio de 2013, rec. n.º 1628/2011 ; 17 de

diciembre de 2013, rec. n.º 1695/2011 ; 18 de diciembre de 2013, rec. n.º 2277/2011 y 3 de enero de 2014, rec. n.º 1921/2010). En consecuencia, al examinar el recurso de casación interpuesto debemos verificar las valoraciones jurídicas realizadas por la sentencia recurrida, pero, obviamente, sin prescindir de los hechos concretos de carácter objetivo que el tribunal sentenciador declaró probados. En atención a los razonamientos de la sentencia recurrida y a los razonamientos de la sentencia apelada que aquella confirma, dichos hechos son, en síntesis, los siguientes:

- a) La revista «Mujer Hoy Corazón», semanario editado por la mercantil «Taller de Editores, S.A.» que se distribuía junto al diario «ABC» , publicó en su edición de fecha 4 de abril de 2009, nº 128, páginas 16 y 17, un reportaje bajo el título « Carla , Doble celebración en familia», y el subtítulo, «Tras recuperarse del accidente de coche que casi le cuesta la vida, festejó su 41 cumpleaños con los que más quiere: su pareja, sus dos hijos y su madre» . Dicho reportaje se acompañó de diversas fotografías, en dos de las cuales la actriz aparecía acompañada, respectivamente, por sus hijos Simón y Gema , cuyos rostros, en ambos casos, se publicaron sin difuminar. Una foto de la actriz caminando junto a su hijo varón, de 16 años, se publicó ocupando toda la página 16 con la nota: «Aun utiliza muletas para andar pero confía en tener pronto el alta. En la imagen, con su hijo mayor Simón (16 años), fruto de la relación con el doctor Benigno » . Esta misma imagen se reprodujo en la portada, aunque en bastante menor tamaño y ocupando su parte inferior izquierda. La imagen de la hija menor se publicó en la página 17, parte superior izquierda, ocupando aproximadamente un tercio de la superficie impresa y junto con la nota: «Dando un paseo por Tarifa, donde reside, junto a su madre y a su pequeña Gema , que ya tiene tres años».
- b) El texto del reportaje, página 17, tenía el siguiente tenor:

«Permaneció varias semanas en el hospital tras el accidente de coche que sufrió el 10 de octubre, cuando viajaba, entre otros, junto a su pareja, el empresario David , y la cantante Esperanza . Carla fue la que más tiempo estuvo ingresada, con varias fracturas en las piernas. Hoy, los tres siguen con su recuperación, intentando superar lass graves secuelas. Cuando alguien ve de cerca la muerte, aprende a agradecer las pequeñas cosas que le da la vida. Por eso, para la modelo y actriz éste ha sido su cumpleaños más especial, sencillamente, porque ha podido celebrarlo con las personas que más quiere: su marido - están casados desde 2003-, sus hijos, Simón y la pequeña Gema , y su madre. Todos, muy sonrientes, se reunieron en una terraza de la localidad gaditana de Tarifa, donde residen, para tomar el típico pescaíto. Tanto Carla como David aún caminan con muletas, pero esperan tener pronto el alta médica».

c) La imagen de portada en la que aparecía el hijo varón de la demandante fue también publicada en la edición digital del diario ABC («ABC.es») junto a un texto que se encabezaba con el título « Carla , casi recuperada de sus heridas», y que literalmente decía: «La revista "Mujer Hoy Corazón", hoy gratis con ABC, lleva a su portada las imágenes de la modelo Carla , casi recuperada del grave accidente que sufrió el pasado 10 de octubre, cuando viajaba, entre otros, junto a su pareja, el empresario David , y la cantante Esperanza . La actriz celebró su 41 cumpleaños con su marido, sus dos hijos y su madre en una terraza de la localidad gaditana de Tarifa, donde residen. Tanto Carla como David aun caminan con muletas pero esperan tener pronto el alta médica».

d) Las imágenes de los menores fueron captadas y publicadas sin el consentimiento de la demandante, ni intervención del Ministerio Fiscal.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO.- El único motivo del recurso, formulado al amparo del ordinal 4.º del art. 469.1 LEC , se funda en la infracción de las «normas que disciplinan la distribución de la carga de la prueba y su valoración», por cuanto en una de las dos fotos la menor no resulta reconocible (aunque su rostro no aparezca pixelazo), lo que impide infringir su derecho a la propia imagen.

El motivo se desestima por las siguientes razones:

1ª) Desde un punto de vista formal, la formulación no es la adecuada, confundiendo el planteamiento de la parte recurrente los defectos o infracciones de normas de la sentencia, en donde tienen cabida las normas sobre carga de la prueba, con aspectos relacionados propiamente con la valoración probatoria. Su vulneración debe denunciarse por cauces distintos sin que la simple denuncia de la infracción de normas sobre el onus probandi permita revisar la valoración de la prueba, que, por si fuera poco, solo es posible de forma excepcional.

En efecto, la disciplina sobre distribución y carga de la prueba se contempla en el art. 217 LEC , que se ha dicho por esta Sala que no es norma de valoración sino que se encuentra dentro de las reguladoras de la sentencia, cuya denuncia, por tanto, ha de hacerse al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC , estando reservado el ordinal 4º de dicho artículo para la revisión probatoria por error patente, arbitrariedad o infracción de norma de prueba legal o tasada. Así, la STS de 1 de octubre de 2005, rec. nº 690/2005 declaró que «La revisión de cuestiones relativas a la prueba, tras la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, sólo cabe excepcionalmente a través del recurso extraordinario por infracción procesal, en una amplia interpretación del artículo 469.1 de la Ley, en cuanto el ordinal 2º del referido precepto puede amparar la infracción de las normas relativas a

la carga de la prueba, considerando norma reguladora de la sentencia el artículo 217 de la Ley citada , dado su contenido y al estar incluido en la Ley procesal bajo el epígrafe «de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos», así como con apoyo en el ordinal 4º del artículo 469.1 , al considerar motivo del recurso extraordinario por infracción procesal la vulneración de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución , cuando se trata de error patente o de interpretación ilógica o irrazonable del resultado de algún medio probatorio». En igual sentido, las SSTs de 8 de octubre de 2010, rec. n.º 2143/2006 ; 22 de febrero de 2011, rec. n.º 2027/2006 ; 4 de enero de 2013, rec. n.º 1261/2010 ; 5 de marzo de 2013, rec. n.º 307/2012 ; 7 de marzo de 2013, rec. n.º 1887/2010 y 19 de marzo de 2014, rec. n.º 234/2012 .

Además, las normas que regulan la carga probatoria no pueden vulnerarse cuando, como ha ocurrido, la sentencia se ha apoyado en prueba practicada, siendo cosa distinta que, como acontece, no se compartan las conclusiones fácticas sentadas por el tribunal de apelación con base en la misma. En este sentido, por ejemplo, y entre las más recientes, la STS 29 de octubre de 2013, rec. n.º 1972/2011 afirma que «las mencionadas reglas exclusivamente se infringen cuando, por no haberse considerado probados hechos necesitados de demostración, se atribuyan las consecuencias del defecto a quién, según ellas, no le correspondía sufrir la imputación de la laguna o insuficiencia probatoria - sentencias 376/2010, de 14 de junio , 88/2011, de 16 de febrero , 333/2011, de 9 de mayo , 518/2011, de 30 de junio , 479/2012, de 19 de julio , 494/2012, de 20 de julio , 526/2012, de 5 de septiembre , 525/2012, de 7 de septiembre , 561/2012, de 27 de septiembre , 557/2012, de 1 de octubre , 615/2012, de 23 de octubre , 616/2012, de 23 de octubre , 601/2012, de 24 de octubre , 662/2012, de 12 de noviembre , 684/2012, de 15 de noviembre , entre otras muchas -. Consecuentemente, carece de

sentido denunciar un deficiente reparto del "onus probandi" en casos en los cuales el Tribunal de instancia, tras la correspondiente valoración de los medios de prueba practicados, hubiera declarado que los hechos controvertidos de que se trata han quedado demostrados - con independencia de la parte que haya proporcionado el medio que produjo ese efecto -». En igual sentido la STS de 19 de marzo de 2014, rec. nº 234/2012 . Y la antes citada STS de 7 de marzo de 2013, rec. nº 1887/2010 , insistió en que «no puede alegarse la vulneración de las reglas sobre la carga de la prueba al tiempo que se impugna la valoración de pruebas efectivamente practicadas (STS 10 de julio de 2003, RC núm. 3511/1997) y la alegación de haberse vulnerado la carga de la prueba no permite examinar si la prueba tomada en cuenta por la Audiencia Provincial para la fijación del hecho controvertido tiene o no la entidad suficiente (STS 29 de junio de 2001, RC núm. 1481/1996)».

2ª) Desde una perspectiva de fondo, la argumentación de la parte recurrente carece manifiestamente de fundamento porque, frente a la conclusión fáctica contenida en la sentencia recurrida dando por sentado que la imagen publicada de la hija menor de la demandante permitía su identificación por el hecho de aparecer con el rostro descubierto, sin difuminar o pixelar -al contrario de lo que hizo la revista con la fotografía publicada de la hija de Melanie Griffitf-, lo que hace la parte recurrente es tan solo exponer su propio punto de vista, sus particular conclusión en cuanto a la imposibilidad de que la hija de la demandante pudiera ser reconocida a través de la imagen publicada, parecer meramente subjetivo, expuesto además en términos genéricos («no resulta reconocible») que carece de entidad suficiente en orden a demostrar que la valoración de sentencia recurrida fue patentemente equivocada, arbitraria o ilegal, sin que puede tampoco obviarse que, en todo caso, la conclusión sobre la existencia de intromisión ilegítima no

se sustenta únicamente en aspectos fácticos, de valoración de prueba, sino que tiene una naturaleza eminentemente jurídica, por lo que no puede revisarse a través del recurso extraordinario por infracción procesal sino a través del recurso de casación, donde, como se verá, no se ha puesto en duda el juicio de ponderación del tribunal de instancia sino que solo se ha impugnado la cuantificación de la indemnización por el daño moral.

RECURSO DE CASACIÓN

CUARTO.- El recurso de casación, formulado y admitido al amparo del art. 477.2-1º LEC , se compone de un único motivo, fundado en la infracción del artículo 9.3 Ley 1/82 , por considerarse arbitraria y desproporcionada la indemnización concedida. En apoyo de su tesis se argumenta, en síntesis: (i) que se concede igual indemnización a ambos hermanos pese a que el varón sale de frente, a rostro descubierto, a página completa y además, en la portada, mientras que la fotografía de la hija menor es mucho más pequeña, mostrándola de lado y de forma que no se la puede reconocer; (ii) que se concede una indemnización adicional del 75% de la indemnización por la publicación de la revista por el hecho de que se difundiera también en la web del diario ABC, pese a que esta fue esporádica, temporal y sutil, incurriéndose en un «bis in idem» ; (iii) que se ignora el hecho notorio de que la madre es personaje público y que había hablado de sus hijos, accediendo a reportajes gráficos de los mismos; (iv) que las fotografías se captaron en un lugar público y concurrido como la calle de forma que no se adentra en el ámbito de la intimidad de los menores; (v) que el centro de atención del reportaje fue la madre, no lo fueron los hijos, quienes aparecen de forma accesoria, como acompañantes de la madre; (vi) que dicha aparición es inocua e inofensiva, el tono del texto es respetuoso y en ningún caso pueden considerarse ofensivas; (vii) que la actriz tuvo conocimiento de

que se les estaba fotografiando y no mostró oposición, por lo que consintió; y (viii) que las indemnizaciones concedidas exceden el importe fijado en otros supuestos de vulneración del derecho a la propia imagen.

El motivo se desestima por las razones siguientes:

1.^a En atención al precepto legal que se dice vulnerado, el objeto de impugnación en casación atañe exclusivamente a la cuantía de la indemnización, no cuestionándose propiamente el juicio de ponderación efectuado por el tribunal de instancia entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen de los menores. No es óbice para alcanzar esta conclusión la circunstancia de que entre los argumentos que se utilizan por la parte recurrente se aluda a aspectos como la notoriedad pública de la madre, la existencia de consentimiento al menos tácito, el comportamiento previo de la actriz con respecto a la utilización de la imagen de sus hijos en medios de comunicación, el lugar público en que tuvo lugar la captación de las fotografías o el carácter accesorio de la imagen de los menores, todos ellos, relevantes en el juicio de ponderación a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala más pertinente al caso. Por tanto, tales aspectos se han de examinar tan solo desde la perspectiva de su correcto encaje en los parámetros legales de los que debe partirse para la cuantificación de la indemnización, los cuales, a la luz de la redacción del art. 9.3 Ley Orgánica 1/82 aplicable al caso por razones temporales (anterior a la reforma introducida por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en vigor 23 de diciembre de 2010 dado que el reportaje litigioso se publicó en 2009), eran las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, teniendo en cuenta al respecto, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y el beneficio obtenido por el causante de la lesión.

2ª Constituye doctrina constante (entre las más recientes, SSTS de 10 de febrero de 2014, rec. nº 2298/2011 y 22 de enero de 2014, rec. nº 1305/2011) que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños materiales o por compensación de daños morales no tiene acceso a la casación, pues corresponde a la función soberana de los tribunales de instancia sobre apreciación de la prueba (SSTS de 19 de octubre de 1990 , 18 de julio de 1996 , 14 de julio de 2000 , 15 de marzo de 2001), solo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988 , 19 de febrero de 1990 , 19 de diciembre de 1991 , 25 de febrero de 1992 , 15 de diciembre de 1994 , 24 de marzo de 1998 , 23 de noviembre de 1999 , 5 de diciembre de 2000 , 31 de enero de 2001 , 25 de enero de 2002 , 10 de junio de 2002 , 3 de febrero de 2004 , 28 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 4185/989 de junio de 2005 , 21 de abril de 2005 , 17 de enero de 2006 , 27 de febrero de 2006 , 5 de abril de 2006 , 9 de junio de 2006 , 13 de junio de 2006 , 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del ordenamiento en la determinación de las bases tomadas en cuenta para la fijación de la cuantía (SSTS de 15 de febrero de 1994 , 18 de mayo de 1994 , 21 de diciembre de 2006).

3ª La sentencia recurrida, al estimar en parte el recurso de apelación de la demandante y desestimar el recurso de apelación de los ahora recurrentes, elevó el importe de la indemnización establecida por la sentencia apelada y fijó en 20.000 euros la cantidad en la que debían ser indemnizados cada uno de los menores por la publicación efectuada en la revista y en la de 15.000 euros la indemnización que debía recibir el hijo mayor, por la publicación de una fotografía en portada de dicha revista y en internet. Como se dijo, para llegar a este pronunciamiento la sentencia recurrida tuvo en cuenta que la lesión se produjo en una revista que se distribuía junto un diario como el ABC, de difusión

nacional, así como el hecho de que también se hubiera difundido, aunque fuera por pocos segundos, en la edición digital de dicho diario.

4ª Partiendo de lo anterior, esta Sala considera que la argumentación del motivo es insuficiente para desvirtuar el pronunciamiento de instancia, pues los datos que se aportan no permiten concluir, en aplicación de los criterios previstos en la LO 1/82, que haya existido incumplimiento o defectuosa aplicación de esos mismos criterios ni una notoria desproporción en la indemnización concedida. Esta conclusión se basa en las siguientes razones:

a) Ciertamente, como se alega, la imagen de ambos menores no recibió el mismo tratamiento informativo porque la de la hija se plasmó en una única fotografía, la cual además ocupaba escasamente un tercio de la superficie total de la página, mientras que la imagen del hijo mayor varón se reflejó en dos fotografías, una de ellas, escasamente relevante al mostrarlo sentado de espaldas, de manera que por sí sola no permitía su identificación, y una segunda, verdaderamente determinante de la lesión apreciada, en la que se le mostró junto a su madre a toda página, tratándose además de la misma foto que también se reprodujo en portada y que se divulgó en internet.

b) No siendo la denuncia del art. 9.3 Ley 1/82 la vía idónea para examinar la corrección del juicio de ponderación entre los derechos en conflicto, que ya se ha dicho que no se impugna, pero al que se alude indirectamente por la parte recurrente al utilizar argumentos relacionados con el lugar público en que fueron captadas las fotografías o relativos a su naturaleza accesoria y no principal, sin embargo, tales aspectos sí que pueden ser tomados en consideración por esta Sala entre las circunstancias del caso a las que alude referido precepto, como también las alusiones referidas a la inocuidad o nulo carácter ofensivo de las fotografías pueden servir ahora a esta Sala para examinar la

verdadera gravedad de la lesión, tanto si entendemos que no se le dio la dimensión que tuvo como si entendemos que directamente se prescindió de ese elemento de valoración, fijándose la indemnización por la Audiencia sin tener en cuenta este parámetro y solo con base en el criterio de la difusión o audiencia del medio. Pues bien, dichas circunstancias son demostrativas de que, pese a ser mucho mayor que su hermana (16 años frente a 3) la intromisión en el derecho a la propia imagen del varón fue de mayor intensidad y causó un mayor perjuicio, que la ocasionada a la hija menor. La información publicada se centró en la demandante Sra. Carla , por razón del interés que podía despertar, entre el público lector de prensa especializada en crónica social y del corazón, el hecho de que una persona de indudable notoriedad pública como la actriz, y que había tenido un reciente accidente de tráfico que también contó con amplia cobertura en este tipo de medios, mostrara su favorable evolución celebrando su cumpleaños en compañía de sus seres queridos. Por tanto, el carácter noticiable de la información derivaba esencialmente de la notoriedad pública de la demandante, y de avatares propios (el accidente sufrido y su paulatina recuperación), y, en ese contexto, no se compadece con la naturaleza accesoria que se dice tuvo la imagen de sus familiares, madre, esposo e hijos, con el relevante protagonismo que se dio en el conjunto del reportaje a la imagen del hijo mayor, de todo punto inadecuado, innecesario y desproporcionado, para la realización constitucional del derecho a la libertad de información. La mayor gravedad de la lesión ocasionada al hijo de la demandante resulta tanto de la importancia que tiene la fotografía en la que aparece junto a su madre -foto que ocupa toda una página-, como del hecho de que esa misma foto se difundió en otras dos ocasiones, una en la portada de la revista y otra en la página de internet de ABC.

c) Dado que el recurso de casación se da contra el fallo y no contra sus fundamentos, y que no se ha denunciado en el recurso extraordinario por infracción procesal la posible incongruencia interna de la sentencia, lo que ahora importa es que en el fallo solo se concedió indemnización por la lesión del derecho a la imagen de los menores por más que al justificar la cuantía de la indemnización la sentencia recurrida aludiera también al carácter lesivo para el honor de los menores que tenía la difusión de dichas fotografías. Por tanto, partiendo del fallo, que no condena por intromisión ilegítima en el honor de los menores, el carácter ofensivo de las imágenes en las que aparecen solo puede entenderse como un factor más que ha de servir para apreciar la gravedad del daño sufrido y al respecto, a pesar del silencio de la sentencia, no parece que las imágenes publicadas -que mostraban a los menores en actos de su vida cotidiana, caminando, sentados, en compañía de sus familiares directos- aumentara el desvalor de la conducta enjuiciada, ni en el caso del hijo varón ni en el de la hija.

d) De todo cuanto se ha dicho no se desprende que la indemnización concedida a cada hijo sea contraria a los parámetros legales, ni desproporcionada. Al hijo varón, el mayor de los dos, se le reconoce una doble indemnización, de 20.000 euros por la publicación de su foto en el interior del reportaje y de otros 15.000, en la que se comprende tanto la publicación de su foto en la portada de la revista como en internet, lo que hace una indemnización total de 35.000 euros, frente a los 20.000 euros que recibe la hija por la publicación de una fotografía suya en el interior de la revista. Esta diferencia total responde a que, si la difusión de la revista afectaba por igual a ambos menores, sin embargo, desde la perspectiva de su gravedad, la intensidad de la lesión fue superior en el caso del varón por el número de ocasiones en que se divulgó su imagen, además de que fue el único afectado por el añadido que supuso la

difusión en internet. Y correspondiéndose la suma de 20.000 euros que se concede a cada uno de ellos con las fotos publicadas en el interior del reportaje, en donde son fotografiados y reconocibles en la relación familiar que les une, dicha suma, incluso de valorarse aisladamente en el conjunto de la indemnización, tampoco puede considerarse notoriamente desproporcionada ya que si la fotografía del varón tenía mayor relevancia (por su tamaño), a favor de la hija debe ponderarse, también desde la perspectiva de la gravedad del daño ocasionado, que se trataba de una persona de bastante menos edad y más vulnerable.

QUINTO.- La desestimación de todos los motivos comporta la desestimación tanto del recurso extraordinario por infracción procesal como del recurso de casación.

Las costas de ambos recursos se imponen a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 398.1 LEC en relación con el artículo 394.1 del mismo Cuerpo legal, lo que trae consigo la pérdida de los depósitos constituidos conforme al apdo. 9 de la D. Adicional 15ª LOPJ.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO:

1. Declaramos no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de Taller de Editores, S.A., ABC Periódico Electrónico S.L.U. y Dª Enma, contra la sentencia dictada el 3 de julio de 2012 por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 7ª, en el rollo de apelación nº 319/11.

2. No ha lugar a casar por los motivos fundamentados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Imponemos las costas de los recursos a la parte recurrente. Con pérdida de los depósitos constituidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos Francisco Javier Arroyo Fiestas, Francisco Javier Orduña Moreno, Eduardo Baena Ruiz, Xavier O'Callaghan Muñoz, Jose Luis Calvo Cabello. Firmado y rubricado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Javier Orduña Moreno , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El presente texto proviene del Centro de Documentación del Poder Judicial. Su contenido se corresponde íntegramente con el del CENDOJ.