

En la Villa de Madrid, a seis de junio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, los recursos de casación que con el núm. 743/2009 ante la misma penden de resolución, interpuesto por la representación procesal de Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., representado por la procuradora D^a M^a Luisa Montero Correal y por la representación procesal de D^a Marta, representada por el procurador D. Agustín Sanz Arroyo contra la sentencia de 3 de noviembre de 2008, dictada en grado de apelación, rollo núm. 606/2007, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8.^a, dimanante de procedimiento de juicio ordinario núm. 1312/2005, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 62 de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 62 de Madrid dictó sentencia de 28 de marzo de 2007 en el juicio ordinario núm. 1312/2005, cuyo fallo dice:

“Fallo: Que estimando la demanda formulada por el Procurador de los Tribunales Sr. Sanz Arroyo en nombre y representación de D^a Marta contra Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., representada por el Procurador Sr. Zabala Falcó, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, procede declarar que se ha producido una vulneración del derecho a la propia imagen de la actora y condenar a la demandada a que pague, en concepto de indemnización por el daño moral causado, la cantidad de 36 000 euros reclamada, junto a los intereses legales desde la fecha de la presente resolución y las costas procesales causadas en el presente procedimiento”.

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

“Primero.- D^a Marta interpuso demanda de juicio ordinario solicitando se dictara sentencia por la que se declare la existencia de intromisiones ilegítimas en su honor, intimidad personal y propia imagen, determinando finalmente su acción contra Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. -tras su escrito de solicitud de intervención en el que refería ser “la empresa que elaboró el reportaje, quien lo realizó y tomó las decisiones de carácter editorial sobre su contenido”-, desistiendo de su acción inicial contra Antena Tres de Televisión, S.A. y D. Carlos, e integrando su pretensión en los términos contenidos en el escrito de 6 de junio de 2005. Así, tras la indeterminación inicial, resueltas en el acto de la audiencia previa las excepciones planteadas por la demandada de falta de legitimación activa ad causam, en relación a la de defecto legal en la misma, e íntima conexión con el principio de aportación documental desde el contenido de los artículos 328, 265.1 y 2 y 269 de la LEC, con aportación de la grabación del reportaje instada igualmente por el Ministerio Fiscal, el objeto de debate se concreta en sí, desde el resultado de la actividad probatoria practicada, puede concluirse la realidad de la intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad personal y propia imagen de la actora, y procede la condena de la productora Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., única demandada, al pago de la indemnización de 36 000 euros en concepto de resarcimiento de los daños y perjuicios morales producidos, con expresa imposición de las costas procesales causadas.

“Segundo.- La parte actora describe en su demanda, y coherentemente el interrogatorio de D^a Marta, que se encontraba en una playa de Punta Cana tomando el sol junto a una compañera, cuando fue grabada con cámara oculta y sin su autorización por dos chicas que se le acercaron e iniciaron una conversación que, sesgada y fuera de contexto, fue emitida varias veces en el programa “Siete días, siete noches” de Antena Tres Televisión, formando parte de un documental titulado “Sexo en el Caribe” en el que salían tanto su voz como su pecho desnudo, e incluso se utilizó

su imagen en los anuncios promocionales de los mismos; argumentando igualmente que su imagen profesional y su ámbito familiar y cotidiano se vieron afectados por ello. Y si de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en lo que a la prueba de las pretensiones se refiere, acredita como hechos constitutivos de la demanda la propia realidad de la emisión del reportaje en tres ocasiones en los programas emitidos en febrero, junio y julio de 2004 hasta que, ante su requerimiento expreso, su imagen no salió en el cuarto de agosto titulado "Turistas sin escrúpulos", -lo que no ha sido negado por la demandada-, ésta se opone a las pretensiones de la actora indicando que la cara de la actora aparece velada, que en ningún momento se menciona su nombre ni se la identifica, que las imágenes están grabadas en un lugar público, debiendo prevalecer el derecho de información en el marco del periodismo de investigación, así como la falta de acreditación de la realidad del daño profesional o moral producido; mientras que el Ministerio Fiscal solicitó la estimación parcial y la condena al pago de una indemnización de 3 600 euros valorando tanto el contexto en que se tomó la imagen desde la perspectiva de la lesión a la intimidad, como desde el principio de proporcionalidad.

"El planteamiento de la actora en su pretensión parte de reclamar una indemnización en concepto de daños y perjuicios, por estimar vulnerados los derechos al honor y a la intimidad personal, por la divulgación de su imagen, utilizada incluso como reclamo publicitario en los anuncios promocionales de los programas, sin su consentimiento y en un contexto claramente ofensivo a su reputación; y si no ha sido objeto de controversia la realidad de los hechos -captación y emisión de la imagen de D^a Marta, la valoración que de la misma deba hacerse a través de la actividad probatoria es lo que integra el contenido de la presente resolución. Así, del visionado de la grabación aportada se desprende que, con la cara parcialmente velada, aparece la imagen de la actora, desnuda de cintura para arriba, así como su propia voz, resultando plenamente reconocible por cualquier persona de su ámbito familiar, vecinal o profesional -como expresamente manifestaron los testigos D^a Ana y D. Carlos -, y siendo un hecho notorio la agresión gratuita que a su fama implican expresiones proferidas en su emisión tales como "los turistas buscan relaciones rápidas...", "mujeres de todas las edades y nacionalidades, pero con el mismo objetivo...", y con carácter inmediato a la imagen de la hoy actora "por supuesto, también hay españolas", así como el resto de los contenidos de los programas en que se insertó su emisión como prostitución, prostitución infantil, turismo sexual y pornografía.

"Tercero.- Como indica reiterada doctrina jurisprudencial, el honor es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona -sentencias del Tribunal Constitucional 185/89, 223/92 y 139/95, entre otras, y del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1987 y 20 de octubre de 1987, 5 de diciembre de 1989, 11 de junio de 1990, 20 de marzo de 1997 y 27 de enero y 31 de diciembre de 1998, entre otras muchas-, y la determinación de si en el supuesto que se somete a enjuiciamiento ha existido o no un ataque o una intromisión ilegítima en tal derecho, requiere realizar un juicio ponderativo atendiendo a las circunstancias del caso concreto y al contexto en que se emiten o insertan las conductas y expresiones que se denuncian como productoras de aquél, pues sólo valorando dichas premisas puede apreciarse si producen el desmerecimiento del agraviado en el público aprecio -sentencias del Tribunal Constitucional 76/87, 1987/76 y 350/89, y del Tribunal Supremo de 7 de septiembre de 1990, 6 de junio de 1992, 6 de mayo de 1995 y 9 de octubre de 1997-; sin que, en ningún caso, el derecho a la libertad de expresión permita la utilización de palabras o frases vejatorias o descalificadoras de la persona a la que se refieran, o le atribuyan la realización de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto que, aparte de innecesarias, sean cuales fueren los usos sociales del momento, pueden constituir una intromisión ilegítima.

El derecho a la propia imagen ha venido siendo definido como la potestad atribuida a una persona para decidir acerca de su imagen con el fin de controlar la representación, difusión, publicación o reproducción de la propia efigie, de tal manera que la misma no pueda ser utilizada, con o sin ánimo de lucro, sin su consentimiento. Como cualquier otro derecho, no es un derecho absoluto, y por ello su contenido se encuentra delimitado por el de otros derechos y bienes constitucionales, y que cuando este derecho fundamental entre en colisión con otros bienes o derechos constitucionalmente protegidos, deberán ponderarse los distintos intereses enfrentados y, atendiendo a las circunstancias concretas de cada caso, decidir qué interés merece mayor protección, si el interés del titular del derecho a la imagen en que sus rasgos físicos no se capten o difundan sin su consentimiento o el interés público en la captación o difusión de su imagen (SAP Madrid 7 de febrero de 2005).

En el presente supuesto las imágenes fueron obtenidas sin consentimiento de la actora, a la que se ocultó la condición de periodistas de sus interlocutoras, quienes utilizaron una grabación audiovisual con un dispositivo ocultado para que no se detectara su presencia, y grabar la imagen y manifestaciones de la actora efectuadas en un ámbito de privacidad con el objeto de incorporarlas al programa después emitido en un medio de comunicación de masas. El enfoque del problema debe partir de la definición del uso de cámara oculta para obtener información periodística en relación con la legislación contenida en 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, debiendo ponderarse las circunstancias concurrentes en la grabación y difusión de la imagen de la actora, sin que pueda entenderse que en el caso de autos deba primar el derecho de información esgrimido por la demandada sobre el derecho a la propia imagen de la actora, que es una persona que carece de toda notoriedad pública o cualquier otra clase de relevancia social en sus opiniones personales o su actividad, no concurriendo, por tanto, la excepción prevista en el apartado a) del núm. 2 del 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; ni la imagen y manifestaciones de la actora aporta nada relevante aportan al reportaje, que pudo emitirse perfectamente sin ellas, sin que por ello se mutilase la información proporcionada, no apreciándose por ello un interés público relevante en captación y difusión ni aparece justificada la utilización de una cámara oculta, pues aparte de su irrelevancia, las opiniones de la actora, pudieron obtenerse de otra forma menos lesiva para sus derechos.

Su contenido atribuye un proceder interesado de la demandante, entendiéndose que nadie puede disponer de la imagen, presencia y expresiones captadas en una coyuntura y circunstancias determinadas -y carentes del más mínimo interés general, informativo o divulgativo, ni relevancia social-, sin su consentimiento por más que estuviera en un lugar público, e introducir su imagen en el documental con expresiones como las previamente reseñadas, sin que pueda negarse la evidencia de la divulgación, como requisito de la intromisión ilegítima, entendida como propagación o publicación de una cosa que se pone al alcance del público -sentencias del Tribunal Supremo de 27 de marzo de 1998 entre otras-, a través de un medio de comunicación, a la vista de la prueba obrante en autos, debe entenderse que la captación subrepticia de imágenes y palabras de D^a Marta mediante una cámara oculta y su posterior emisión en un programa televisivo de gran audiencia de una cadena generalista constituye una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la actora incardinable en el artículo 7.5 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, y puesto que hubo intromisión ilegítima, debe otorgársele la protección que demanda.

Cuarto.- El artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, presume la existencia de perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima, que 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, así como el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión, como consecuencia de la misma.

“En el presente caso, ponderando las circunstancias concurrentes, inferidas de la anterior fundamentación, y en especial las expresiones proferidas y su difusión pública, con trascendencia a otros ámbitos (familiar, social) de la vida del demandante, por lo que las molestias y sinsabores que ha producido a la actora la emisión de su imagen en el reportaje litigioso no aparecen proporcionadas al rédito social que supuestamente se pretende obtener con la información publicada, por lo que debe concluirse que la intromisión ilegítima ha existido en efecto y la valoración del contenido de las cláusulas estipuladas en el documento 2 de fecha 15 de octubre de 2003 aportado por la demandada, procede fijar la indemnización de 36 000 euros reclamada, no existiendo otro pedimento ni justificación específica.

Quinto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se imponen las costas procesales causadas a la demandada rebelde.

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 3 de noviembre de 2008 en el rollo de apelación número 606/2007, cuyo fallo dice:

“Fallo: Que estimando parcialmente como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Javier Zabala Falcó en nombre y representación de Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. contra la sentencia de 28 de marzo de 2007 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 62 de Madrid, dictada en el juicio ordinario núm. 1312/05 sobre supuestas intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad personal y propia imagen de la actora a que el presente rollo se contrae, y estimándolo parcialmente debemos dar lugar al mismo, y en consecuencia, con revocación de la meritada resolución judicial, de la que mantenemos su declaración de que se ha vulnerado por la demandada Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., el derecho a la propia imagen de la actora Dª Marta, debemos condenar y condenamos a la demandada a pagar a la actora la indemnización de 18 000 €, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias a ambas partes litigantes”.

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

“Se aceptan los fundamentos jurídicos de la sentencia apelada, en cuanto no se opongan a los siguientes:

Primero.- Se recurren los fundamentos jurídicos y pronunciamientos de la sentencia de 28 de marzo de 2007 del Juzgado de 1ª Instancia núm. 62 de Madrid, dictada en el juicio ordinario núm. 1312/05 sobre supuestas intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad personal y propia imagen de Dª Marta, contra Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. En el fallo se estimó la demanda, por lo que recurre en apelación la parte demandada.

Segundo.- Dª Marta, basa su demanda en el hecho de que mientras se encontraba tomando el sol en “topless” junto con una compañera en una playa de Punta Cana (República Dominicana), fue grabada sin su autorización con una cámara oculta, por

dos chicas que se le acercaron e iniciaron una conversación, que sesgada y fuera de contexto fue emitida varias veces formando parte del programa de Antena 3:

Siete días, siete noches”. Los detalles de la grabación y de las distintas emisiones se relatan en el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, por lo que se tienen por reproducidos.

Tercero.- Los motivos del recurso son: Inexistencia de las intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad personal y propia imagen de D^a Marta, porque las imágenes de esta demandante se mostraron veladas, sombreándose completamente su rostro, sin que pueda deducirse que sea ella, no estando debidamente identificada, impugnándose el parecer contrario de la juzgadora de instancia, recogido en el segundo párrafo del fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, cuando se concluye resultando plenamente reconocible por cualquier persona de su ámbito familiar, vecinal o profesional, la imagen de la actora, pese a aparecer parcialmente velada su cara. Tacha de los testigos. Procedencia de los medios utilizados para la elaboración del reportaje y crítica del quantum indemnizatorio, falto de conexión con el documento núm. 2 de 15 de octubre de 2003 aportado por la demandada, del que no cabe inferir la conclusión a la que llega la juez “a quo” en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada sobre turismo sexual. La parte apelada se opuso a los motivos del recurso defendiendo la conformidad jurídica de la sentencia debatida.

Cuarto.- La Sala debe considerar que el M^o Fiscal solicitó una indemnización de 3 600 € teniendo en cuenta la gravedad de los hechos por la lesión a la intimidad y el principio de proporcionalidad. El ámbito de protección de la clase de demandas en que se puede clasificar la actualmente examinada, concierne a la buena fama de las personas actoras, como seres humanos, que es el centro del Derecho y los derechos de la personalidad se refieren a los aspectos o manifestaciones inherentes a la misma y especialmente trascendentes, tanto físicos, como la vida e integridad física, como morales, como el honor, intimidad e imagen. Los cuales -estos últimos- están protegidos constitucionalmente por el artículo 18 de la Constitución. Cuyo desarrollo se llevó a cabo por 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 conforme a la doctrina consolidada del Tribunal Supremo Sala 1^a, en sus Sentencias de 17-3-2004, núm. 218/2004, rec.1359/1998; 5-7-2006, núm. 687/2006, rec. 859/2002, y 13-7-2006, núm. 774/2006, rec. 2947/2000. No constituyen un solo derecho con varios aspectos (ius in se ipsum), derecho tricéfalo, sino tres derechos diferenciados (así, entre otras, nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional 83/2002, de 22 de abril, en que se citan otras muchas anteriores, y las SSTs de 4 de noviembre de 1986 EDJ1986/6947, 7 de marzo de 1988 EDJ1988/1857, 11 de febrero de 1988, 19 de febrero de 1988 EDJ1988/1338, 20 de febrero de 1988, 20 de febrero de 1989 EDJ1989/1795 y 4 de julio de 1991 EDJ1991/7250, 19 de octubre de 1992 y de 17 de diciembre de 1997). No concurriendo en este caso la pretendida violación de los artículos 18.1 y 20.4 de la Constitución, ni de la doctrina constitucional sobre el derecho a la intimidad.

El art. 20.1 d) de la Constitución reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión y el Tribunal Constitucional tiene declarado que la libertad de información por medio de la imagen gráfica tiene la misma protección constitucional que la libertad de comunicar información por medio de palabras escritas u oralmente vertidas (sentencia del Tribunal Constitucional 132/1995, de 11 de septiembre EDJ1995/4416), afirma la sentencia de la Sala 1^a del TS de 14 de marzo de 2003 EDJ2003/4256. Por otra parte, es doctrina reiterada tanto del Tribunal Constitucional como de dicha Sala, que en la ponderación de los límites entre la libertad de información y la protección de los derechos fundamentales objeto de la Ley

Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso particular. La información difundida en el programa televisivo en cuestión reiteradamente comentado en la sentencia recurrida, por lo que no precisa de mayor descripción, en que se manifiestan determinadas acciones relativas a los demandantes es veraz en líneas generales, salvando diversas matizaciones que se han realizado en la demanda y en el escrito de interposición del recurso de apelación, y se refiere a hechos que tenían interés para su conocimiento por el público en el ámbito territorial en que se desarrollaba la actuación profesional de la demandante que fue captada en parte de su imagen y voz en el programa televisivo objeto del litigio, habiendo dado lugar dicho interés a la divulgación de esos hechos. Ahora nos debemos plantear si ha existido o no intromisión ilegítima en la intimidad de la parte actora, por medio de las expresiones objeto de controversia sobre la actuación controvertida. Luego se puede considerar que en su propia imagen se pudiera ver afectada, y en su intimidad personal, porque no consta que algo cambiara en su vida después de la emisión del repetido programa televisivo. Evidentemente la contestación a dicho tema de la afectación al derecho a la intimidad no puede ser absoluta ni taxativa, sino ponderada según la valoración de todas las circunstancias concurrentes y la naturaleza de los derechos fundamentales en colisión. Se trata de verificar un juicio equilibrado, que viene determinado por una serie de reglas y criterios definidos por las doctrinas del Tribunal Constitucional y la jurisprudencial de la Sala 1ª del TS, cuya función en sede casacional es la de establecer, con sometimiento a la declaración de hechos probados por la sentencia de instancia, si la valoración efectuada por la misma ha respetado la definición constitucional de los derechos en colisión, referidos al derecho a la intimidad personal y a los relativos a la libertad de información y de expresión, y sus límites, para comprobar si la restricción impuesta por los Tribunales a uno y otros está constitucionalmente justificada.

En este caso, entendemos que son acertados los argumentos de la juez “a quo” para calificar de intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen el resultado de la emisión de dicha actividad televisiva. Nos hallamos, según lo define el Tribunal Supremo Sala 1ª, en su Sentencia de 18-5-2007, núm. 539/2007, rec. 292/2003, una vez adaptada su doctrina a las especiales peculiaridades del presente caso ante una información en que no concurren las condiciones del reportaje neutral, pues, como dice la STC 136/2004, de 13 de septiembre EDJ2004/116060 (entre otras muchas resoluciones de dicho Tribunal y de esta Sala), el medio de comunicación “ha de ser mero transmisor de las declaraciones, limitándose a narrarlas sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia”. Si bien es cierto que en la denominada información neutral sólo se exige constatar la verdad del hecho de la declaración sin extenderse a la veracidad de ésta, cuya constatación sólo es exigible al autor de la declaración (por todas, la sentencia de 6 junio 2003 EDJ2003/29654), sin embargo esta doctrina no es aplicable cuando se conoce que la información no es veraz o se desfigura mediante comentarios insidiosos o vejatorios para la imagen de la actora, y así lo tiene declarado, entre otras, la sentencia de la Sala 1ª de 22 de diciembre de 2003 EDJ2003/186220, que resalta que “el reportaje neutral o información neutral exige la ausencia de indicios racionales de falsedad evidente de lo transcrito, a fin de evitar que el reportaje neutro sirva indebidamente a la divulgación de simples rumores o insidias”. Resultaría absurdo que, con el pretexto de tratarse de un “reportaje neutral”, se pudiera difundir -reproduciéndola- una información sobre la que existe constancia de que supone una intromisión ilegítima en el ámbito de protección de un derecho fundamental, con independencia de cual sea la finalidad de la difusión (SSTS, entre otras, 7 oct. 1996 EDJ1996/6123 y 12 jul. 2002 EDJ2002/26078).

Quinto.- Con arreglo a la doctrina deducible de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 724/2004 (Sala de lo civil, sección 1), de 6 julio recurso de casación núm. 1156/2000, en que se confirmó la desestimación de una pretensión similar a la actual

sobre protección del derecho a la intimidad; con carácter excepcional, se puede apreciar arbitrariedad o falta de lógica (STS 13 mayo 2002), pero ello no sucede en el caso de autos, en el que es concebible discrepar de la valoración probatoria que hace el tribunal de instancia (en realidad el juzgado), pero no se debe pretender -como aduce la parte recurrente- que sea ilógica o arbitraria, lo que supone tanto como afirmar, sin el adecuado fundamento, que la argumentación impugnada “es fruto de un mero voluntarismo judicial o que expresa un proceso deductivo irracional o absurdo” (por todas, STC 33/2002, 11 febrero). La jurisprudencia tiene declarado que resulta innecesario examinar pormenorizadamente todas las pruebas, pues no se exige una investigación detallada de cada una de las practicadas, siendo suficiente que de su análisis se extraiga, con convicción, un resultado fruto de la conjunción de dichos elementos probatorios (SSTS: 18 marzo y 7 noviembre 1994, 10 diciembre 1996, 9 junio y 31 diciembre 1998, entre otras). pero ello no permite prescindir de la valoración de la prueba (STS 29 noviembre de 1996), o simplemente de una parte de ella, aunque sea la testifical, como explícitamente declara la sentencia de 16 de mayo 2000- “no se trata de que el tribunal “a quo” no haya atribuido a tales declaraciones testificales fuerza probatoria respecto a los hechos fundamentadores de la demanda, haciendo uso de sus facultades para la apreciación y valoración de las pruebas practicadas, sino que las ha dado por inexistentes en contradicción con lo que muestra la realidad de las actuaciones procesales”-.

En este caso, la valoración probatoria ha sido exhaustiva y concluyente por lo que la coherencia interna de la sentencia recurrida, con cita de numerosa doctrina, no es susceptible de desvirtuación por las alegaciones de la parte apelante, salvo en cuanto a la valoración económica del perjuicio por daño moral causado a la actora. Si bien hay que reconocer que en la alzada los abundantes argumentos de ambas partes han dificultado aún más la tarea de resolver el recurso, introduciendo un gran número de dudas interpretativas, al examinar en profundidad las profusas doctrinas analizadas por cada parte en sus sucesivos escritos de recurso y de oposición al mismo.

Asimismo según la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 672/1996 (Sala de lo Civil), de 4 septiembre Recurso de Casación núm. 3211/1992, entendemos que en la sentencia recurrida no se ha infringido la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, manifestada en la emblemática Sentencia 6 junio 1990, ratificada por las Sentencias 171 y 172, ambas de 12 noviembre del mismo año, en la que se acentúan los criterios de relevancia pública de prevalencia del derecho-deber de información veraz, a los del honor e intimidad. Toda ella estudiando los artículos 18 y 20 de la Constitución Española, y utilizándose el principio de proporcionalidad como vertebrador, no sólo del derecho a la información, sino de todos los derechos y comportamientos sociales. En la Sentencia del Tribunal Constitucional 171/1990, de 12 noviembre se concretó el carácter indisoluble de los derechos o libertades de expresión e información, cuando dice “que la comunicación periodística supone ejercicio no sólo de derecho de información..., sino también del derecho genérico de expresión”. Todo lo anterior sirve para concretar, en el presente caso, la existencia del ejercicio del derecho de información por una cadena de televisión privada, como exponente del ejercicio genérico del derecho fundamental de libertad de expresión. Ahora bien, al lado de esa formulación constitucional del derecho de información, es necesario contemplar las propias limitaciones constitucionalmente establecidas a dicho derecho. Y así, hay que tener en cuenta con arreglo a lo que preceptúa el artículo 10.2 del texto constitucional las limitaciones establecidas en el artículo 10 del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado por el Consejo de Europa en Roma el 4 de noviembre de 1950, cuando en el mismo se dice que la libertad de comunicar informaciones, puede tener como límite la protección de la reputación. En otras palabras y en base al artículo 18.1 de la CE el límite puede estar en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la

propia imagen. Y en su concreta plasmación de desarrollo legal de la Ley de Protección Civil al Honor, a la Intimidación y a la Propia Imagen de 5 mayo 1982. Estamos pues, ya, en la difícil frontera de la ponderación de las circunstancias cuando entran en colisión el derecho fundamental de informar y el derecho al honor. La jurisprudencia del máximo intérprete de las normas constitucionales, ha evolucionado desde la fase de declarar la no prevalencia de la libertad de información en relación al derecho al honor, a una última fase que considera preferente la libertad de información en cuanto es de todo punto necesario proteger aquel núcleo imbatible base de cualquier sistema de libertades; pasando por la teoría, como segunda fase, que propugna la ponderación de las circunstancias concurrentes para determinar la prevalencia -sistema de "balancing of interest"- . En la Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 512/2004 Madrid (Sección 10), de 7 abril Recurso de Apelación núm. 35/2003, se llega a una conclusión desestimatoria de la tesis actora semejante a la patrocinada en la sentencia recurrida, que también esta Sección comparte porque en consonancia con lo razonado en STC 105/1990 de 6 de junio, entendemos que en el derecho a la libertad de expresión se trata de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, y que con la libertad de información se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, y si bien en ocasiones "es difícil o imposible de separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos, en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante", de forma que, como indica el TS (S. 20-10-99, 7-3-2001), "libertad de expresión y de información -activa y pasiva- son indisolublemente complementarias, pero ello no significa que no tenga sentido la distinción entre libertad de expresión -emisión de juicios y opiniones- y la libertad de información - manifestación de hechos- y así lo mantiene el Tribunal Constitucional, cuando reconoce el carácter indisoluble de ambos derechos, cuando en ella se manifiesta que la comunicación periodística supone ejercicio no sólo del derecho de información sino también el derecho más genérico de expresión...", considera que del conjunto de manifestaciones vertidas por el demandado objeto de autos se desprende un contexto ideológico, no informativo, es decir, prepondera la expresión de ideas, opiniones y creencias sobre la narración de hechos que no son sino necesidad en la expresión de aquéllas y su corolario lógico, porque si la noticia no se explica carece de interés para el oyente, en esta clase de espacios radiofónicos de crítica social. Por ello, las manifestaciones objeto de autos han de entenderse efectuadas dentro de la libertad de expresión, tratándose de juicios de valor que se emitieron en una programación radiofónica de claro contexto crítico. Es decir, se trataba del ejercicio de la libertad de expresión en conexión con asuntos de interés general por las materias a las que se referían las manifestaciones del programa de televisión objeto de controversia, debiendo confirmarse la sentencia apelada, excepto en lo que se dirá a continuación.

Una vez analizada la prueba practicada en la primera instancia consideramos que todas ellas tienen suficiente validez sin que conste causa justificada para acceder a la tacha de los testigos, cuya fiabilidad no fue puesta en duda por la juzgadora de instancia en el segundo párrafo del segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida, concurriendo las intromisiones ilegítimas en el honor, intimidación personal y propia imagen de D^a Marta, que trascendieron a las personas de su entorno porque su voz resulta inconfundible en relación a su perfil y sus gestos, aunque sea cierto que las imágenes del rostro de esta demandante se mostraron veladas, sombreándose su cara, lo que no resultó bastante para impedir que pueda deducirse que sea ella, ajustándose a Derecho por estar debidamente motivado el criterio identificativo de la juzgadora de instancia, recogido en el segundo párrafo del fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida, cuando se concluye resultando plenamente reconocible por cualquier persona de su ámbito familiar, vecinal o profesional, la imagen de la actora, pese a aparecer parcialmente velada su cara. Siendo significativo

considerar que en relación a la improcedencia moral de los medios utilizados para la elaboración del reportaje, éstos aparecen basados en el engaño al emplearse la cámara oculta y la intervención de dos periodistas, autoras del reportaje, que sirven de gancho para dar conversación a la demandante sin que conste que ésta supiera, cuando estaba en “top les” tomando el sol sentada en una hamaca, con qué fin se la estaba entrevistando de modo camuflado y grabando audiovisualmente, para luego seleccionar un fragmento que integrara parte del programa televisado, y que no es fiel reflejo del pensamiento y comportamiento de la entrevistada, perjudicando su buena imagen.

Y con relación a la crítica del quantum indemnizatorio, entendemos que es demasiado alto el montante reconocido en la sentencia apelada, teniendo en consideración las circunstancias personales de la demandante, que son distintas de las consecuencias del caso debatido de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la actora, de modo que aquellas causas subjetivas, entendemos que carecen de conexión directa con el contexto del reportaje, porque en cuanto a la persona de la actora-apelada, hemos de apreciar que cuando se produce la emisión del programa se trata de una desconocida para el público en general, que da su opinión desenfadada sin conocer el destino de sus declaraciones informales respecto del turismo sexual, tema de fondo del reportaje, materia en que no se puede inferir que participara la demandante, no existiendo acreditada relación de causalidad alguna, por lo que no cabe obtener la conclusión, en la misma medida económica, a la que llega la juez “a quo” en el fundamento jurídico segundo de la sentencia apelada. Nos inclinamos más bien por preferir el criterio del Ministerio Fiscal de reducir dicho quantum indemnizatorio en su calificación económica del asunto, pero sin que nos conduzca a ser tan drásticos, pues es preciso introducir alguna matización, porque no está suficientemente ponderada su valoración en cuanto a las circunstancias concurrentes en el presente caso, procediendo que hagamos un cálculo mesurado hasta llegar a la determinación de una cantidad de condena de 18 000 €, que es la mitad de lo solicitado en la demanda y concedido en la sentencia recurrida, porque entendemos que responde mejor a la realidad social de los factores en juego, medio televisivo que recoge con engaño la pose y la opinión de una persona sin su consentimiento, con el resultado de dañar la imagen de la actora por el conocimiento sesgado que transmite de ella un programa televisivo emitido por una cadena de gran audiencia, aunque fuera en horario de medianoche, con una primera aproximación velada en parte, al quedar signos identificativos, como son su voz, su gesticulación, su perfil humano, etc., que la hacen identificable por sus conocidos, de modo que dicha exposición inconsentida en un medio público ha deteriorado el concepto público de su persona y opiniones, habiéndola perjudicado moralmente, y así se reconoce judicialmente, en virtud de la relevancia pública del reportaje al haber sido emitido en televisión, dentro de un programa que aborda un tema de interés general, por lo que el recurso de apelación debe ser estimado en parte.

Sexto.- Atendiendo al principio general de que quien pide lo más, está pidiendo lo menos, al solicitarse en el recurso la revocación total de la sentencia, se está suplicando la supresión o disminución de cada uno de sus elementos integrantes. Así, hemos de comprobar que en el suplico de la demanda no se solicitaron intereses legales, por lo que en virtud del principio de congruencia procesal, reflejado en el artículo 218.1º de la LEC, no cabe su concesión debiendo revocarse en este apartado la sentencia recurrida, y en el capítulo de las costas procesales, entendemos que al prosperar en parte la apelación, rebajándose la cuantía indemnizatoria y suprimiéndose los intereses, la estimación de la demanda también debe ser parcial, de conformidad a lo previsto en los artículos 394.1 y 398 de la LEC, por lo que no deben ser impuestas las costas devengadas en ambas instancias a ninguna de las partes litigantes”.

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., se formulan los siguientes motivos:

Motivo único. "Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477-2º-1º de la LEC, se formula este motivo de casación por vulneración del derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20 CE, en relación con el derecho a la propia imagen y la jurisprudencia que lo desarrolla".

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

1.- Actuación no vulneradora de los derechos individuales de la demandante.

Como de manera acertada recuerda la sentencia recurrida, la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) exige, para resolver de manera adecuada el conflicto entre libertad de información y protección de los derechos de la persona, atender a una serie de consideraciones; así, las libertades del artículo 20 CE no solo son derechos fundamentales de cada ciudadano, significan la declaración y la garantía de una institución política esencial, la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático (SSTC 6/1981, 12/1982, 104 y 159/1986, entre otras).

Cuando las libertades de expresión e información entran en conflicto con otros derechos fundamentales, las restricciones que puedan generarse nunca podrán desnaturalizar dichas libertades que tienen un núcleo esencial imbatible y, por ello, gozan de una posición preferente (SSTC 159/1986, 51/1989 y 20/1990, entre otras).

La regla de veracidad fija un deber de diligencia sobre el informador para que verifique los datos que transmite como hechos con las fuentes de la noticia (SSTC 6/1988, 171/1990, 172/1990, 40/1992 y 173/1995, por todas).

Según establece la jurisprudencia en los supuestos de colisión entre los derechos al honor, la intimidad y la propia imagen (artículo 18 CE) y el derecho a la información (artículo 20.10.d) CE), se determina una preeminencia de este último en el necesario juicio de ponderación constitucional, debiendo concurrir la veracidad, el interés y la relevancia de la información divulgada y, finalmente, el animus informandi del medio de comunicación.

La aparición de la imagen de la demandante es necesario considerarla dentro del contexto del reportaje audiovisual de investigación cuya finalidad era mostrar el creciente turismo sexual femenino que empezaba por aquel entonces en países del Caribe, lugar al que acuden cada vez más un mayor número de mujeres occidentales en busca de relaciones sexuales.

Siendo tal el contenido de la información, tales extremos hubieron de ser acreditados visualmente para que quedara patente al público la fidelidad del contenido del reportaje que justifica la aparición de la imagen de la demandante en el reportaje.

La sentencia recurrida reconoció que el reportaje de investigación producido por la entidad recurrente "Sexo en el Caribe", era veraz en líneas generales y se refería a hechos que tenían interés para el público. Por tanto, tales afirmaciones habrían de determinar la prevalencia del interés colectivo frente a los derechos individuales de D^a Marta con la consiguiente desestimación de todas sus pretensiones.

Considera la sentencia recurrida que la utilización de la cámara oculta en el reportaje es desproporcionada y que esta forma de proceder viola el derecho a la propia imagen de la demandante y no está amparada en el derecho a la información. Pero la sentencia recurrida contraviene los criterios del Tribunal Constitucional sobre los reportajes de investigación con cámara oculta, pues:

- i) la información sea veraz,
- ii) no se producen comentarios injuriosos o vejatorios;
- iii) la información es de relevancia pública; y,
- iv) tiene interés general.

Además, el uso de cámara oculta no puede calificar, por si mismo, la actividad periodística como lícita o ilícita, pues no corresponde a los tribunales sustituir a la prensa en la decisión de qué técnica de información deben aportar los periodistas (STEDH Jersiid contra Dinamarca de 23 de septiembre de 1994). Doctrina que ha sido expresamente acogida por nuestro Tribunal Constitucional en la doctrina del reportaje neutral (SSTC 114/1984 y 232 /1993 y SSTEDH de 7 de diciembre de 1986 y 8 de julio de 1986, casos Handyside y Linpens, respectivamente).

2.- Inexistencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante.

Yerra la sentencia recurrida cuando equivocadamente manifiesta que se ha vulnerado el derecho a la propia imagen porque la imagen que aparece en el reportaje resulta plenamente reconocible por cualquier persona de su ámbito familiar, vecinal o profesional, pues esta afirmación no se ajusta a la realidad de los hechos.

Del visionado del reportaje de investigación "Sexo en el Caribe" se extrae la imposibilidad de identificar a la demandante ya que su rostro fue sombreado de manera que lo único que la hacía reconocible era su torso, circunstancia que hace complicada su identificación razonable por terceros. Así, el reportaje no muestra de la demandante ni sus ojos, ni su nariz, ni su boca, tampoco su frente o sus pómulos; lo único que se aprecia es el cuerpo de una mujer en top-less cuya cara está distorsionada.

Según la jurisprudencia si se publica una fotografía con la cara velada no se atenta contra el derecho fundamental a la propia imagen. Incluso, en supuestos que implicaban a menores no existió una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen porque las fotografías reproducen su imagen de forma distorsionada y borrosa (ATS de 8 septiembre 2008).

Resulta complicado pensar que las personas del ámbito familiar, vecinal o profesional de la demandante, como dice la sentencia recurrida, hayan podido reconocerla únicamente por sus pechos, sobre todo, si tenemos en cuenta que es una parte de la anatomía femenina que normalmente aparece oculta. Los pechos que se ven en el reportaje corresponden a una mujer joven que hacia top-less en una playa dominicana y no presentan ninguna peculiaridad, cicatriz o tatuaje que los distinga.

Según la jurisprudencia la imagen de una persona viene determinada por su rostro sin que ninguna otra parte del cuerpo distinta de aquel, sirva para identificar a un sujeto.

Según las SSTS de 9 y 13 de julio de 2004 el no reconocimiento de un sujeto supone la imposibilidad de que se produzca una intromisión en el derecho a la propia imagen.

En el mismo sentido, cita las STS de 30 enero de 1998 y la STC 156/2001, de 2 julio.

3.- Importe desmesurado de la indemnización concedida.

Para el caso de que se entendiera que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante, la cuantía de la indemnización es desmesurada para reparar el supuesto daño moral. Y es que, atendidas las circunstancias que concurren, la propia sentencia recurrida ya entendió que el quantum (cuantía) fijado por la sentencia de instancia era "demasiado alto", y lo redujo a la mitad y fijándolo en 18 000 €. Pero dicho importe sigue siendo desproporcionado teniendo en cuenta que el reportaje es ajustado a derecho y no supone una intromisión en el derecho a la propia imagen de la demandante.

Incluso, el propio Ministerio Fiscal en su informe solicitó una indemnización de 3 600 € valorando tanto el contexto en que se tomó la imagen desde la perspectiva de la lesión como la proporcionalidad y teniendo en cuenta la gravedad de los hechos.

La demandante solicitó una indemnización a tanto alzado sin acreditación de los daños causados y sin establecer una base de apreciación objetiva que permita determinar, en su caso, la indemnización.

En aplicación de la LPDH la demandante debió haber demostrado la existencia del daño moral alegado como medio de cuantificar la indemnización y no lo hizo. Es más, la prueba practicada no acreditó el daño causado y cita la STS de 27 de octubre de 1989, FF JJ 3.º y 4.º.

La Ley prevé para la valoración del daño moral que se atienda a las circunstancias del caso y la gravedad de la lesión efectivamente producida, por lo que, para el hipotético supuesto de que la Sala estimase la existencia de una lesión en el derecho a la propia imagen de D^a Marta, habría que tener en cuenta que su aparición en el reportaje es limitada en el tiempo y que no se le ha causado ningún daño lo que ha imposibilitado a la demandante su prueba (STS de 9 de julio de 1992).

Si comparamos la cifra establecida por la sentencia recurrida con las indemnizaciones otorgadas en supuestos similares resulta igualmente desproporcionada y cita las siguientes SSTs:

STS de 12 julio de 2004, publicación de fotografías de una nudista a la que no se distorsionó el rostro se vulneró su derecho a la propia imagen, 6 000 €.

STS de 18 de octubre de 2004, indemnización por vulneración de los derechos al honor y a la imagen, 6000 €.

STS de 13 de julio de 2006, indemnización por vulneración del derecho a la imagen de un menor por la publicación de su fotografía, 6 000 €.

STS de 7 de marzo de 2006, indemnización por vulneración del derecho a la imagen de la hija de un conocido cantante de renombre internacional, 4 500 €.

STS de 11 de noviembre de 2004, indemnización por vulneración del derecho a la imagen, condena a un periódico al pago de 2 400 € a cada uno de los dos demandantes. Total 4 800 €.

Conclusiones:

El reportaje de investigación es ajustado a derecho, pues concurren los requisitos de veracidad, fin informativo e interés general.

Los medios utilizados son absolutamente lícitos según doctrina pacífica del Tribunal Constitucional y del TEDH.

La emisión del reportaje no produjo ninguna intromisión en el derecho a la propia imagen.

Según jurisprudencia reiterada, la imagen de una persona viene dada, primordialmente, por su rostro que sirve para identificarla sin que otra parte del cuerpo sirva para tal finalidad.

El rostro de la demandante apareció velado, por tanto, no resultaba razonablemente reconocible por terceros de manera objetiva, evidente e indubitada como exigen los Tribunales.

Incumbiéndole la carga de la prueba a la demandante, no está acreditada intromisión alguna en sus derechos individuales ni la existencia de daño lo cual excluye la posibilidad de exigir indemnización alguna.

Termina solicitando de la Sala “(...) dicte sentencia estimando el motivo y, en consecuencia, case la resolución impugnada, estimando íntegramente el recurso planteado por esta parte, se revoque la resolución recurrida, absolviéndose a mi mandante de todos los pedimentos solicitados de contrario, con condena en costas a la parte actora”.

SEXTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a Marta, se formulan los siguientes motivos:

Motivo único. “Se denuncia la infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 9.3 de la Ley 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 resulta de aplicación para resolver la cuestión objeto de debate, en cuanto al perjuicio causado por la vulneración del derecho a la propia imagen de D^a Marta”.

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Acreditada la intromisión ilegítima y la no concurrencia de causa legal exoneradora, la indemnización es insuficiente en relación a lo primeramente otorgado por el Juzgador de instancia. La resolución impugnada carece de una motivación adecuada a la hora de justificar este quantum y fija una indemnización a tanto alzado carente de motivación.

El inciso primero del artículo 9.3 LPDH contiene una presunción iuris et de iure y los incisos siguientes relacionan varios factores indicativos para la cuantificación del daño moral -circunstancias del caso, gravedad de la lesión, difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido y beneficio que haya obtenido el causante de la lesión-, que tienen carácter enunciativo, si bien, la amplia fórmula de circunstancias facilita la decisión del juzgador.

Aunque es cierto que el recurso de casación no es sede adecuada para debatir el quantum, salvo error notorio o arbitrariedad, si cabe plantear la omisión valorativa de los presupuestos que el precepto contiene, al constituir una *questio iuris* por infracción de la norma legal.

La sentencia de la Audiencia Provincial no razona acerca de la indemnización si bien cabe deducir que se remite (aceptándolos) a los argumentos de la de primera instancia y con relación a la cuantía de la indemnización manifiesta que es demasiado alta teniendo en consideración las circunstancias personales de la demandante que cuando se produce la emisión del programa es una persona desconocida para el público en general, que da su opinión desenfadada sin conocer el destino de sus declaraciones respecto del turismo sexual, materia en la que no se puede inferir que participara la demandante, no existiendo acreditada relación de causalidad alguna.

Esta argumentación es genérica e incompleta, pues los factores tomados en consideración no se concretan debidamente, pues habiéndose constatado la vulneración del derecho a la intimidad y a la propia imagen con los datos obrantes en las actuaciones sobre las circunstancias del caso se podía haber afinado más, en un tema tan importante como el de la fijación de la indemnización. Al ser la motivación insuficiente, la propia Sala debe fijar la indemnización procedente, completando la motivación adecuada, lo que es posible efectuar cuando no se quebrantan principios esenciales (audiencia, contradicción, defensa), ni reglas de la casación (valoración probatoria), aunque sea preciso examinar los autos (artículo 318 LEC), y, en su caso, proceder a la integración del factum.

A tales efectos, las circunstancias del caso que deben ser tomadas en consideración son:

La reproducción y la divulgación no consentida de la imagen de la recurrida en el reportaje de investigación sobre el turismo sexual y la pornografía, se produjo en un contexto de engaño y con anterioridad a su efectiva divulgación, se emitió parte del mismo con fines publicitarios o de reclamo.

El tratamiento que el reportaje hizo de la imagen de la recurrida dio lugar a que sus compañeros de trabajo, vecinos y conocidos hicieran comentarios burlescos y risas de tal forma que los efectos se produjeron durante un largo periodo de tiempo.

La indemnización no puede detenerse en el mero simbolismo, pues se trata de reparar en la medida de lo posible, el daño moral causado.

La STS de 7 de diciembre de 1995 se refiere a otra circunstancia también citada en el artículo 9.3 LPDH a la que ha de concederse también una significativa relevancia y es la del beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. El reportaje ha generado a la entidad demandada elevados beneficios que cubren sobradamente el abono de las menguadas indemnizaciones que, a menudo y por razones varias, conceden los tribunales de instancia a los ofendidos, pues no cabe duda de que debe otorgarse la debida relevancia, como ordena la Ley, al citado beneficio.

La indemnización fijada en la sentencia recurrida es ciertamente baja y existe una violación del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la recurrente buscada de propósito y con una determinada finalidad.

Pues bien, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, la reproducción y divulgación no consentida de la imagen plenamente reconocible de la recurrente para amigos, vecinos y conocidos y la gravedad de la lesión -al vincularse la imagen de D^a Marta, que no es un personaje públicamente conocido por alguna actividad, con la prostitución, sin su consentimiento y en un ambiente sacado de contexto y teniendo en cuenta que la entidad demandada, productora del citado reportaje de investigación,

obtuvo por su elaboración, importantes beneficios económicos que fueron acreditados y ascendieron inicialmente en virtud del contrato suscrito el 15 de octubre de 2003 a 64 800'42 €; teniendo en cuenta que la reproducción de su imagen también se produjo días antes de su emisión, unido todo ello al descrédito y la vergüenza a la que se ha sometido a la recurrente, es más ajustada a derecho y a las circunstancias concurrentes, la indemnización por importe de 36 000 € como entendió la sentencia del Juzgado (STS de 20 de julio de 2000).

Si la imagen en relación con la LPDH se concreta en la representación de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y si por derecho a la imagen ha de entenderse, en su aspecto positivo, la exclusiva facultad del interesado de difundirla o publicarla y, desde un prisma negativo, su derecho a evitar su reproducción (SSTS de 11 de abril de 1987, 9 de mayo de 1988, 13 de noviembre de 1989 y 19 y 29 de octubre de 1992, entre otras), fácil es inferir que el consentimiento del afectado (artículo 2.2 LPDH) como excluyente de posibles intromisiones ilegítimas en los derechos fundamentales que regula, -honor, intimidad personal y familiar y propia imagen-, cobra singular relieve cuando de esta última se trata.

Al revisar el quantum indemnizatorio correspondiente a la lesión del derecho a la intimidad y a la propia imagen de la recurrente, la sentencia impugnada realiza una interpretación que lejos de reparar tales derechos, los lesiona de nuevo, pues la indemnización de 18 000 €, frente a los 36 000 € fijados en la sentencia de instancia es una cantidad claramente insuficiente para reparar el perjuicio derivado de la lesión de los derechos de la recurrente que se encuentran protegidos por la CE como derechos reales y efectivos (STC 176/1988, de 4 de octubre) dado que no se han tomado en consideración todas las circunstancias concurrentes para ponderar cuantitativamente el daño moral -entre otras, la intencionalidad del autor, el tiempo de exposición de la situación ilegítima o la carga difamatoria de la noticia- circunstancias que suponen una motivación insuficiente en orden a la fijación de la indemnización, pues la incidencia del reportaje en la vida privada es evidente y no es inocua al entrañar un juicio de valor sobre su intimidad afectada por una previa valoración de un aspecto íntimo con proyección sobre su reputación y autoestima.

No habiéndolo entendido así la sentencia recurrida ha infringido por incorrecta aplicación, el artículo 9.3 LPDH en relación con el artículo 18.1 CE.

Termina solicitando de la Sala "(...) dicte sentencia estimándolo, casando la sentencia recurrida y, recuperando la instancia, estimando íntegramente la demanda formulada por D^a Marta contra Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. la condene a abonar a la actora la cantidad principal de treinta y seis mil euros (36 000 euros) en concepto de los daños y perjuicios causados al actor, más los intereses legales devengados desde la interposición de la demanda, haciendo el pronunciamiento procedente conforme a Ley sobre costas de las instancias, y de las de presente recurso".

SÉPTIMO.- Por ATS de 13 de octubre de 2009 se acuerda admitir los dos recursos de casación interpuestos.

OCTAVO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., se reproducen las alegaciones de su recurso de casación y termina solicitando de la Sala "(...), tenga por formulado en tiempo y forma oposición al recurso de casación interpuesto de contrario frente a la sentencia núm. 469 dictada con fecha de 3 de noviembre de 2008 por la Sección 8.^a de la Audiencia Provincial de Madrid y, en sus méritos, previos los trámites

legales oportunos, dicte en su día sentencia por la que se absuelva a mi mandante de todos los pedimentos solicitados de contrario, con condena en costas a la parte actora”.

NOVENO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de D^a Marta, se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

Primera. El único motivo de casación esgrimido por Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., carece de fundamento, pues nunca se predicó una vulneración del derecho a la información y si se ha producido una grave intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de D^a Marta que merecen una protección especial y garantista.

Ninguna de las dos sentencias dictadas han puesto en duda la existencia de una clara y evidente intromisión ilegítima conforme a los artículos 7 y 8 LPDH.

Se denunció la utilización de su imagen en el reportaje sin su consentimiento como exige la Ley, sin ser informada de que su imagen y declaraciones iban a ser utilizadas en un reportaje de ese tipo, de forma que hubiese podido decidir si autorizaba la utilización de su imagen en una playa de Punta Cana haciendo top-less con una amiga. Y se ha constatado también que las interlocutoras ocultaron su condición de periodistas.

Por tanto, ¿puede ampararse dicho uso ilegítimo dentro del derecho a la información? La prevalencia de la libertad de información frente al derecho del honor y la propia imagen requiere dos exigencias mínimas: en primer lugar, que la noticia afecte al interés general o que tenga relevancia pública, pues solo están amparadas frente al derecho al honor las informaciones que afecten al interés público por afectar a personajes públicos o a asuntos de interés general. Este requisito concurre por la materia tratada, el turismo sexual femenino, la información -de ser cierta- podría aportar a los ciudadanos datos relevantes. Y en segundo lugar, que la información sea veraz.

La veracidad, sin embargo, no debe ser entendida en un sentido absoluto. Por ello, por información veraz, según el sentido del artículo 20.1 d) CE hay que entender información comprobada según los cánones de la profesionalidad informativa, pero cuando la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere, como sucede en este caso, el nivel de diligencia exigible adquirirá su máxima intensidad y por ello la captación y difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia y previa conducta de aquel o las circunstancias en las que se encuentre inmerso, justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o público que pueden colisionar con aquel.

En este caso, la intromisión ilegítima se produce con la emisión de una determinada información que aunque en sí misma no era inveraz, si se convertía en ilícita al aparecer acompañada de una grabación en la que aparece imagen de una persona no implicada en las actividades que trataba el reportaje, pues la incorporación de la imagen a un reportaje que asocia el contenido de una información, en si misma neutral, a una persona determinada, puede provocar en el espectador la convicción de que la persona cuya imagen se utiliza indebidamente, es partícipe de los hechos narrados, convirtiendo, así, en inveraz la noticia en todo lo referente a dicha autoría y ocasionando un ilegítimo sacrificio de los derechos de la recurrente.

El verdadero núcleo de la cuestión radica en la negligencia del medio informativo al asociar la noticia sobre una actividad más o menos reprobable o, incluso, delictiva, con la imagen de quien nada tenía que ver con ella.

La recurrente resultó gravemente perjudicada por la reproducción de su imagen en un reportaje de pornografía y por mucho que se argumente que su cara aparece tapada es claramente reconocible por las personas de su entorno, compañeros de trabajo, familiares, vecinos, etc., lo que vulnera gravemente su derecho al honor.

Es evidente que respecto de la recurrente no puede hablarse de información veraz porque nada sobre ella se informaba, no puede hablarse del interés público de lo que opine una persona no pública sobre determinada realidad o situación, ni puede hablarse de voluntariedad en sus manifestaciones porque si bien es cierto que no fue forzada, también lo es que no conocía que estaba siendo grabada ni que sus palabras e imagen se iban a emitir en un reportaje, pues no sabía que las personas con quienes estuvo conversando en la playa, eran periodistas.

Cita la STS de 17 de junio de 2009.

No concurren las excepciones del artículo 8.2.a) y c) LPDH.

A continuación, reproduce en cuanto a la cuantía de la indemnización los argumentos de su recurso de casación.

Termina solicitando de la Sala "(...) tener por interpuesta en tiempo y forma oposición al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., tenga por evacuado el trámite conferido y hechas las alegaciones que anteceden, y tras los trámites judiciales oportunos, dicte sentencia en virtud de la cual:

"- Se desestime íntegramente el recurso de casación interpuesto por la parte recurrente, Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A.

- Que por su temeridad y mala fe, se condene a la parte recurrente a las costas del presente".

DÉCIMO.- El Ministerio Fiscal informa en resumen, lo siguiente:

El Fiscal considera acertada la doctrina de la Audiencia Provincial que no es desvirtuada por los recurrentes.

Está conforme con la doctrina de la Audiencia Provincial aplicable a los hechos concretos en los que se utilizó cámara oculta, porque esa es también la doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo sobre esta materia, y así el Pleno de esa Sala de fecha 16 de enero de 2009 (recurso número 1171/2002), cuyo FJ 2.º se transcribe.

El recurso de Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., debe ser desestimado y respecto al de Marta, según doctrina de esa Sala la valoración del daño se deja al prudente y buen criterio de los Tribunales de instancia cuando está motivado como ocurre en el presente caso, así STS de 25 de enero de 2002, por lo que su recurso debe ser también desestimado.

UNDÉCIMO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 17 de mayo de 2011, en que tuvo lugar.

DUODÉCIMO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

ATS, auto del Tribunal Supremo.

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPDH, 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.

RC, recurso de casación.

SAP, sentencia de la Audiencia Provincial.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTEDH, sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TC, Tribunal Constitucional.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. D^a Marta interpuso una demanda por infracción de su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen por la emisión de un reportaje de investigación titulado "Sexo en el Caribe", cuyo contenido abordaba el creciente turismo sexual femenino en distintos países como Cuba, Santo Domingo o Puerto Rico, reportaje que fue producido por Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. En dicho reportaje, apareció la demandante tomando el sol en top-less junto con una amiga en una playa de Punta Cana (Republica Dominicana) cuando se les acercan dos chicas e inician una conversación que fue grabada sin su autorización con cámara oculta y que forma parte del referido reportaje en el que salieron tanto su voz como su pecho desnudo e, incluso, se utilizó su imagen en los anuncios promocionales del reportaje. Y como consecuencia de dicho reportaje su ámbito profesional y familiar se han visto afectados por ello solicitó en su demanda una indemnización de 36 000 € por los daños y perjuicios causados.

2. El Juzgado estimó la demanda fundándose, en síntesis, en que:

a) del visionado de la grabación se desprende que con la cara parcialmente velada aparece la imagen de la demandante, desnuda de cintura para arriba y su propia voz resultando plenamente reconocible por cualquier persona de su ámbito familiar, vecinal o profesional como expresamente manifestaron los testigos;

b) es un hecho notorio la agresión gratuita que a su fama implican expresiones proferidas en su emisión tales como “los turistas buscan relaciones rápidas...”; “mujeres de todas las edades y nacionalidades, pero con el mismo objetivo...” y con carácter inmediato a la imagen de la demandante “por supuesto, también hay españolas;

c) las imágenes fueron obtenidas sin consentimiento de la demandante a la que sus interlocutoras ocultaron su condición de periodistas y utilizaron una grabación audiovisual con un dispositivo oculto y grabaron la imagen y las manifestaciones de la demandante con el objeto de incorporarlas al programa después emitido en un medio de comunicación de masas;

d) la ponderación de las circunstancias concurrentes en la grabación y difusión de la imagen conlleva que no puede entenderse que en el caso de autos deba primar el derecho de información esgrimido por la demandada sobre el derecho a la propia imagen de la demandante que es una persona que carece de toda notoriedad pública o de relevancia social en sus opiniones personales o su actividad, no concurriendo, por tanto, la excepción prevista en el artículo 8.2.a) LPDH;

e) la captación subrepticia de imágenes y palabras de la demandante mediante una cámara oculta y su posterior emisión en un programa televisivo de gran audiencia de una cadena generalista constituye una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen;

f) el artículo 9.3 LPDH presume la existencia de perjuicio siempre que se acredite la intromisión ilegítima y ponderando las circunstancias concurrentes y, en especial, las expresiones proferidas y su difusión pública con trascendencia a otros ámbitos (familiar, social) de la vida del demandante debe concluirse que la intromisión ilegítima ha existido y

g) tras la valoración del contenido de las cláusulas estipuladas en el documento núm. 2 de 15 de octubre de 2003 aportado por la demandada se fija la indemnización en 36 000 €

3. Contra la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia núm. 62 de Madrid interpuso recurso de apelación la productora Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A.

4. La Audiencia Provincial estimó parcialmente el recurso de apelación de Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., fundándose, en síntesis, en que:

a) la información difundida en el programa televisivo es veraz en líneas generales y se refería a hechos que tenían interés para el público. Sin embargo, el derecho de información está limitado constitucionalmente por el artículo 18.1 CE, por tanto, deben ponderarse las circunstancias cuando entran en colisión;

b) analizada la prueba practicada no existe causa justificada para acceder a la tacha de los testigos;

c) en la grabación la voz de la demandante resulta inconfundible en relación a su perfil y sus gestos, aunque sea cierto que las imágenes del rostro de la demandante se

mostraron veladas, sombreándose su cara, pero no fue bastante para impedir que pueda deducirse que sea ella;

d) impropiedad moral de los medios utilizados para la elaboración del reportaje basados en el engaño al emplearse una cámara oculta y la intervención de dos periodistas, autoras del reportaje, que sirven de gancho para dar conversación a la demandante sin que conste que supiera cuando estaba en top-less tomando el sol sentada en una hamaca con qué fin se la estaba entrevistando y grabando de modo camuflado para luego seleccionar un fragmento que integrara parte del programa que no es fiel reflejo del pensamiento y comportamiento de la entrevistada, perjudicando su buena imagen;

e) en cuanto a la indemnización es demasiado alto el montante reconocido en la sentencia apelada considerando que:

i) cuando se produce la emisión del programa se trata de una desconocida para el público en general;

ii) da su opinión desenfadada sin conocer el destino de sus declaraciones informales respecto del turismo sexual, tema de fondo del reportaje;

iii) no se puede inferir que participara la demandante en el tema del reportaje;

iv) se prefiere el criterio del Ministerio Fiscal de reducir la indemnización, pero sin ser tan drásticos, pues es preciso introducir alguna matización porque no está suficientemente ponderada su valoración en cuanto a las circunstancias concurrentes en el presente caso, procediendo un cálculo mesurado hasta 18 000 €, que es la mitad de lo solicitado en la demanda y concedido en la sentencia recurrida;

f) esta indemnización responde mejor a la realidad social de los factores en juego:

i) medio televisual que recoge con engaño la pose y la opinión de una persona sin su consentimiento;

ii) se daña la imagen de la demandante por el conocimiento sesgado que transmite de ella un programa televisivo emitido por una cadena de gran audiencia, aunque fuera en horario de medianoche;

iii) aunque la imagen aparece velada en parte quedan signos identificativos como son su voz, su gesticulación, su perfil humano, etc., que la hacen identificable por sus conocidos y dicha exposición no consentida en un medio público ha deteriorado el concepto público de su persona y opiniones habiéndola perjudicado moralmente; y

g) en el suplico de la demanda no se solicitaron intereses legales por lo que en virtud del principio de congruencia procesal no cabe su concesión debiendo revocarse en este apartado la sentencia recurrida.

5. Contra esta sentencia interponen recurso de casación la demandante y la productora que ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.1º LEC, por referirse el procedimiento a derechos fundamentales.

RECURSO DE CASACION DE CANAL MUNDO PRODUCCIONES AUDIOVISUALES S.A.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo único.

El motivo único se introduce con la siguiente fórmula:

Motivo único.- “Al amparo de lo dispuesto en el artículo 477-2º-1º de la LEC, se formula este motivo de casación por vulneración del derecho fundamental a la libertad de información del artículo 20 CE, en relación con el derecho a la propia imagen y la jurisprudencia que lo desarrolla”.

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que:

a) la aparición de la imagen de la demandante es necesario considerarla dentro del contexto del reportaje audiovisual de investigación cuya finalidad era mostrar el creciente turismo sexual femenino que empezaba por aquel entonces en los países del Caribe;

b) la sentencia recurrida reconoció que el reportaje era veraz en líneas generales y que se refería a hechos que tenían interés para su conocimiento por el público, sin embargo, la utilización de la cámara oculta era desproporcionada y se violó el derecho a la propia imagen de la demandante;

c) según la productora recurrente no existe intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante ya que:

i) es imposible identificar a la demandante, pues solo se aprecia el cuerpo de una mujer en top-less cuya cara está distorsionada;

ii) es complicado pensar que personas de su ámbito familiar, vecinal o profesional como dice la sentencia recurrida hayan podido reconocerla, únicamente, por sus pechos que corresponden a una mujer joven que hacía top-less y no tienen ninguna peculiaridad, cicatriz o tatuaje que los distinga;

iii) la imagen de una persona viene determinada por su rostro sin que ninguna otra parte del cuerpo distinta de aquel sirva para identificar a un sujeto y,

d) para el caso de que se entendiera que se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante, la cuantía de la indemnización es desmesurada.

Dicho motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- La ponderación entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen.

A) El artículo 20.1.a) y d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE garantiza con igual grado de protección el derecho a la propia imagen.

La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

El TC (entre otras, en SSTC 231/1988; 99/1994; 117/1994; 81/2001; 139/2001; 156/2001; 83/2002; 14/2003) caracteriza el derecho a la propia imagen como “un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública” y a “impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde”. El TC declara que “se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguardia de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”.

En resumen, el derecho a la propia imagen “garantiza un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita reconocer su identidad”.

El derecho a la propia imagen se halla protegido en el artículo 18.1 CE y desarrollado en la LPDH, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima 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 8.2 LPDH.

Sin embargo, el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y se encuentra sujeto a las limitaciones derivadas de los otros derechos fundamentales -en relación con un juicio de proporcionalidad-, de las leyes -artículos 2.1 y 8 (cuyos supuestos tienen carácter enumerativo) LPDH-, los usos sociales -artículo 2.1 LPDH-, o cuando concurren singulares circunstancias, diversas y casuísticas, de variada índole subjetiva u objetiva, que, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la apreciación de la ilicitud o ilegitimidad de la intromisión. Esto último resulta aplicable al caso que nos ocupa como a continuación se expondrá.

El derecho a la propia imagen, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La limitación del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen por la libertad de información, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (respecto del derecho al honor, SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005, 21 de julio de 2008, RC núm. 3633/2001, 2 de septiembre de 2004, RC núm. 3875/2000, 22 de julio de 2008, 12 de noviembre de 2008, RC núm. 841/2005, 19 de septiembre de 2008, RC núm. 2582/2002, 5 de febrero de 2009, RC núm. 129/2005, 19 de febrero de 2009, RC núm. 2625/2003, 6 de julio de 2009, RC núm. 906/2006, 4 de junio de 2009, RC núm. 2145/2005; respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, SSTS 16 de enero de 2009, Pleno, RC núm. 1171/2002, 15 de enero de 2009, RC núm. 773/2003, 6 de noviembre de 2003, RC núm. 157/1998; respecto del derecho a la imagen, STC 99/1994, de 11 de abril y SSTS 22 de febrero de 2007, RC núm. 512/2003, 16 de enero de 2009, Pleno, RC núm. 1171/2002, 17 de febrero de 2009, RC núm.

1541/2004, 30 de junio de 2009, RC núm. 1620/2006, 6 de julio de 2009, RC núm. 1801/2005, 7 de julio de 2009, RC núm. 1992/2005, 25 de marzo de 2010, RC núm. 420/2007 y 20 de mayo de 2010, RC núm. 1303/2007). Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

B) Cuando se trata de la libertad de información, la técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, la ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC núm. 1457/2006).

La protección constitucional de la libertad de información alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4). Este criterio jurisprudencial es hoy admitido expresamente por el artículo 11 CDFUE, el cual, al reconocer los derechos a la libertad de expresión y a recibir y comunicar información, hace una referencia específica al respeto a la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

C) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva:

i) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general en cuanto puede contribuir al debate en una sociedad democrática cuando se proyecta sobre personas que desempeñan un cargo público o tienen una personalidad política y ejercen funciones oficiales o se trata, simplemente, de satisfacer la curiosidad humana por conocer la vida de personas con notoriedad pública que no ejerzan tales funciones (SSTEDH 1991/51, Observer y Guardian, 2004/36, Plon, Von Hannover y Alemania, SSTC 115/2000 y 143/1999 y SSTS de 5 de abril de 1994, 7 de diciembre de 1995, 29 de diciembre de 1995, 8 de julio de 2004, 21 de abril de 2005).

ii) El requisito de la veracidad no empece que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 40/1992, de 30 de marzo, 232/1992, de 14 de diciembre, 240/1992, de 21 de diciembre, 15/1993, de 18 de enero, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo, 6/1996, de 16 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio, 134/1999, de 15 de julio, 192/1999, de 25 de octubre, 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6). Cabe el denominado reportaje neutral (STC 76/2002, de 8 de abril), el cual exige que las declaraciones recogidas sean por sí noticia y se pongan en boca de personas determinadas responsables de ellas y que el medio informativo sea mero transmisor de tales declaraciones sin alterar la importancia que tengan en el conjunto de la noticia

ni reelaborarlas o provocarlas; en este caso la veracidad exigible se limita a la verdad objetiva de la existencia de la declaración.

Este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la propia imagen.

iii) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de esta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS 19 de marzo de 1990).

CUARTO.- Prevalencia del derecho a la propia imagen sobre el derecho a la información en el caso enjuiciado.

Si bien la acción ejercitada en la demanda se basaba en la vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la Audiencia Provincial de Madrid, estimó parcialmente el recurso de apelación que interpuso la productora del programa y declaró que se había producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante y, aún cuando los aspectos más relevantes de la vulneración apreciada puedan corresponder al derecho a la propia imagen, en el supuesto que nos ocupa los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen están íntimamente relacionados entre sí, teniendo en cuenta los hechos que dieron origen a la presentación de la demanda. Incluso, en supuestos como el que nos ocupa, de grabación con cámara oculta, la intromisión ilegítima en el derecho al honor y en el derecho a la intimidad puede ser de mayor intensidad que la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. No obstante, en atención al motivo de casación formulado por la productora del reportaje que niega la existencia de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante, la ponderación a realizar entre los derechos fundamentales que entran en colisión se limitará al derecho a la información y al derecho a la propia imagen.

A) La aplicación de la doctrina expuesta en el fundamento jurídico anterior al caso examinado conduce a la conclusión de que, frente a la intromisión en el derecho a la propia imagen de la demandante, atendidas las circunstancias del caso, no puede prevalecer la libertad de información y, en consecuencia, debe apreciarse la existencia de una vulneración del derecho a la propia imagen. Esta conclusión, conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal, se funda en los siguientes razonamientos:

B) En el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libre información (en su máxima expresión, por ejercitarse por profesionales de la información en el cauce institucionalizado de los medios de comunicación) y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho a la propia imagen de la parte demandante.

C) El examen del peso relativo de los derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

i) Interés público.

Las partes reconocen que la información que era materia del reportaje objeto de controversia tiene relevancia pública e interés general y este extremo, admitido por la sentencia recurrida, no resulta discutido.

No puede desconocerse la existencia de este fenómeno en la sociedad actual y el interés que puede tener para la opinión pública, pues el objeto del reportaje era el turismo sexual para poner de manifiesto que no solo participan hombres, pues lo novedoso del reportaje de investigación es que se refiere exclusivamente a las mujeres que buscan tener relaciones sexuales en lugares distintos del de su área de residencia aprovechando la ocasión que les brinda un viaje.

Desde este punto de vista, el grado de afectación de la libertad de información es relevante frente a la protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

ii) Veracidad.

Aunque el requisito de veracidad resulta de menor trascendencia cuando se afecta el derecho a la propia imagen, en este supuesto, hay que tener en cuenta que si bien la sentencia recurrida reconoce que el reportaje de investigación es veraz en líneas generales deja de serlo por la inclusión de la imagen y de la voz de la demandante y no resulta aplicable la doctrina del reportaje neutral, pues el medio informativo no se limitó a transmitir lo informado por otros, sino que provocó el contenido de gran parte de los hechos noticiados, a través de las preguntas que le hicieron a la demandante las dos chicas que se dirigieron a ella ocultándole su condición de periodistas. En este sentido, se pronunció la sentencia del Pleno de esta Sala de 16 de enero de 2009, RC núm. 1171/2002, criterio reiterado en las SSTs de 6 de julio de 2009, RC núm. 1801/2005, 7 de julio de 2009, RC núm. 1992/2005, 25 de marzo de 2010, RC núm. 420/2007 y 20 de mayo de 2010, RC núm. 1303/2007. De este modo, la falta de veracidad de la información transmitida impide considerar prevalente en el supuesto examinado la libertad de información sobre el derecho a la propia imagen.

iii) Proporcionalidad.

La demandante era una persona desconocida hasta que su imagen y su voz se grabaron sin su consentimiento con una cámara oculta y se emitieron formando parte de un reportaje de investigación titulado "Sexo en el Caribe". Y, por tanto, aunque la información era de interés general, la cuestión es si el derecho a la propia imagen debe ceder, en este supuesto concreto, ante la libertad de información.

El derecho a la libertad de información no puede prevalecer en el presente caso, pues la imagen de la demandante no era un elemento imprescindible para la finalidad informativa, la demandante no ejercía una profesión de notoriedad o proyección pública, todo lo cual hace que la imagen de la demandante no fuera de esencial importancia para la transmisión a la opinión pública de la información que se quería ofrecer y según los hechos declarados como probados por la sentencia recurrida, la imagen ofrecida de la demandante aunque su rostro apareció velado resultaba suficiente para que fuera reconocida y dicho reconocimiento tuvo suficiente trascendencia para afectar a su vida personal, familiar y profesional de modo que se ha producido una intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen conforme al artículo 7 LPDH. De este modo, la actuación de la productora recurrente no supera el juicio de proporcionalidad, pues se ha producido una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen.

En suma, esta Sala considera que la intromisión que supuso la grabación con cámara oculta de la demandante cuando hacía top-less no se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y que se lleve a cabo utilizando solo los medios necesarios para lograr una mínima afectación del ámbito garantizado por el derecho a la propia imagen.

El reportaje producido por Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., supone una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de la demandante en cuanto que el reportaje se ilustra con la voz y la imagen de la demandante sin su consentimiento y no son aplicables la excepciones del artículo 8.2.a) y c) LPDH, pues como ha quedado expuesto era una persona desconocida y según la sentencia de la Audiencia Provincial su imagen es la principal.

La consideración de las circunstancias concurrentes conduce a estimar que la libertad de información no puede en este caso prevalecer sobre el derecho a la propia imagen de la demandante, pues el grado de afectación de la primera es muy débil y el grado de afectación del segundo es de gran intensidad.

No se advierte, pues, que la sentencia recurrida, cuya valoración es sustancialmente acorde con todo lo aquí razonado, incurra en la infracción que se le reprocha.

QUINTO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

RECURSO DE CASACION DE D^a MARTA.

PRIMERO.- Enunciación del motivo único.

El motivo único se introduce con la siguiente fórmula:

Motivo único. "Se denuncia la infracción del artículo 18.1 de la Constitución Española en relación con el artículo 9.3 de la Ley 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 resulta de aplicación para resolver la cuestión objeto de debate, en cuanto al perjuicio causado por la vulneración del derecho a la propia imagen de D^a Marta".

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que:

- a) la resolución impugnada fija una indemnización a tanto alzado que carece de motivación;
- b) aunque en el recurso de casación no se puede debatir el quantum (cuantía), salvo error notorio o arbitrariedad si cabe plantear la omisión valorativa de los presupuestos del artículo 9.3 LPDH por infracción de la norma legal;
- c) la sentencia de la Audiencia Provincial con relación al quantum (cuantía) considera que es demasiado alto, en atención a:
- i) las circunstancias personales de la demandante, pues cuando se emite el programa era una persona desconocida para el público en general;

- ii) que la demandante da su opinión desenfadada sin conocer el destino de sus declaraciones y
- iii) que no se puede inferir que participara la demandante en la materia del reportaje;
- d) a efectos de revisar la cuantía de la indemnización deben tenerse en cuenta las siguientes circunstancias:
 - i) la reproducción y divulgación no consentida de la imagen plenamente reconocible de la recurrente para amigos, vecinos y conocidos;
 - ii) la gravedad de la lesión -al vincularse la imagen de D^a Marta-, que no es un personaje públicamente conocido con la prostitución en un ambiente sacado de contexto;
 - iii) el reportaje se realizó con engaño y con anterioridad a su efectiva divulgación, se emitió parte del mismo con fines publicitarios o de reclamo;
 - iv) la indemnización no puede ser simbólica;
 - v) el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma; así, el reportaje ha generado a la productora elevados beneficios que fueron acreditados y ascendieron inicialmente en virtud del contrato suscrito el 15 de octubre de 2003 a 64 800'42 €, y,
- e) por el descrédito y la vergüenza a la que se ha sometido a la recurrente es más ajustada a derecho y a las circunstancias concurrentes, la indemnización de 36 000 € como entendió la sentencia del Juzgado.

SEGUNDO.- Cuantía de la indemnización.

Esta Sala viene reiterando 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, 9 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 para la fijación del quantum (cuantía) (SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006).

Esta Sala, de acuerdo con el dictamen del Ministerio Fiscal, considera que la fundamentación de este motivo de casación es insuficiente para desvirtuar las apreciaciones de la sentencia recurrida, pues no se aportan datos objetivos o precedentes que, en aplicación de los criterios previstos en la LPDH, sean suficientes para justificar el incumplimiento o la defectuosa aplicación de los criterios establecidos en la LPDH, teniendo en cuenta que la indemnización se ha fijado atendiendo a los criterios establecidos en el artículo 9.3 LPDH, pues la sentencia dictada por la Audiencia Provincial en su FD 5.º argumenta detalladamente sobre las diversas circunstancias concurrentes para justificar el cálculo de la indemnización concedida. Y

también ha valorado que el Ministerio Fiscal solicitó una indemnización de 3 600 €. En consecuencia, estima desproporcionada la petición de la demanda y fija la indemnización en 18 000 €.

TERCERO.- Desestimación del recurso.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394.1 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

FALLAMOS

1. Se desestiman los recursos de casación interpuestos, respectivamente, por una parte, por la representación procesal de Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., por otra, por la representación procesal de D^a Marta, contra la sentencia de 3 de noviembre de 2008, dictada en grado de apelación, rollo núm. 606/2007, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 8^a, cuyo fallo dice:

“Fallo: Que estimando parcialmente como estimamos el recurso de apelación interpuesto por el Procurador de los Tribunales D. Javier Zabala Falcó en nombre y representación de Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A. contra la sentencia de 28 de marzo de 2007 del Juzgado de 1^a Instancia núm. 62 de Madrid, dictada en el juicio ordinario núm. 1312/05 sobre supuestas intromisiones ilegítimas en el honor, intimidad personal y propia imagen de la actora a que el presente rollo se contrae, y estimándolo parcialmente debemos dar lugar al mismo, y en consecuencia, con revocación de la meritada resolución judicial, de la que mantenemos su declaración de que se ha vulnerado por la demandada Canal Mundo Producciones Audiovisuales, S.A., el derecho a la propia imagen de la actora D^a Marta, debemos condenar y condenamos a la demandada a pagar a la actora la indemnización de 18 000 €, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas en ninguna de las instancias a ambas partes litigantes”.

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

3. Se imponen las costas los recursos de casación a las partes que respectivamente los han interpuesto.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.- Román García Varela.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, 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.