

En la Villa de Madrid, a trece de septiembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados los recursos por infracción procesal y de casación contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 3 de Sevilla, cuyos recursos fueron preparados ante la mencionada Audiencia y en esta alzada se personaron en concepto de partes recurrentes el Procurador D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, en nombre y representación de “Gestevisión Telecinco S.A” y “Atlas España SL” y la Procuradora Dª María Teresa García Aparicio, en nombre y representación de D. Rafael; siendo parte recurrida el Procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de RBA Edipresse S.L y D. Jerónimo; siendo parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora Dª Inmaculada del Nido Mateo, en nombre y representación de D. Rafael, interpuso demanda de juicio ordinario sobre derecho a la intimidad y propia imagen, contra Edipresse HymSA, S.A., Jerónimo, Gestevisión Telecinco S.A” y “Atlas España SL” y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando se dictara sentencia por la que:

1.- El reportaje publicado por la Revista Sorpresa y emitido por el programa Aquí hay tomate de Gestevisión Telecinco, producido por Atlas España SA, vulneran gravemente los derechos al honor, intimidad y propia imagen de mi mandante.

2.- Que la Sentencia que en su día se dicte sea publicada en tres periódicos de difusión nacional y sea difundida en el programa de televisión Aquí hay tomate, en horario de máxima audiencia y en los telediarios de la cadena Gestevisión Telecinco S.A; así como en la Revista Sorpresa ocupando el mismo espacio que el reportaje vulnerador de los derechos fundamentales de mi representado.

3.- Que se condene solidariamente a los codemandados a abonar a D. Rafael la cantidad de ochenta mil euros (80.000 euros) en concepto de daños morales.

4.- Se requiera a los demandados para que en lo sucesivo se abstengan, respectivamente de hacer manifestaciones y/o producir programas de televisión que vulneren el derecho al honor de mi patrocinado.

5.- Se condene expresamente en costas a los demandados por su temeridad y mala fe demostradas y/o vencimiento objetivo

2.- La Procuradora D^a Ana M^a Asensio Vegas, en nombre y representación de “Gestevisión Telecinco S.A” y “Atlas España SL”, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda condenando en costas al actor.

3.- El Procurador D. Laureano Leyva Montoto, en nombre y representación de “Edipresse HymSA, S.A.” y D. Jerónimo, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimatoria de la demanda inicial en todas y cada una de las peticiones contenidas en su suplico, con expresa imposición en costas a la demandante.

4.- El Fiscal contestó a la demanda en el sentido de se niegan los hechos fundamentadores de la demanda en cuanto no resulten debidamente acreditados, si bien se admite en principio que la documentación aportada en autos es fiel reflejo de la difusión que en su día se realizara.

5.- Practicadas las pruebas, las partes formularon oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos. La Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Sevilla, dictó sentencia con fecha 24 de julio de 2006, cuya parte dispositiva es como sigue:

Fallo: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Del Nido Mateo, en nombre y representación de D. Rafael, contra Edipresse

Hymosa, S.A., y contra D. Jerónimo, respectivamente grupo editorial y director de la revista "Sorpresa", ambos representados por el Procurador de los Tribunales D. Laureano Leyva Montoto, y contra Gestevisión Telecinco, S.A. y la productora Atlas España, S.L., respectivamente en concepto de cadena de televisión emisora y de encargada de la producción del programa "Aquí hay tomate", ambas representadas por la Procuradora de los Tribunales D^a Ana María Asensio Vegas, debo declarar y declaro que la conducta desarrollada por cada grupo de codemandadas constituye una intromisión ilegítima en los derechos al honor y a la propia imagen de D. Rafael, en la forma expresada en la fundamentación jurídica con respecto a cada una, y, en consecuencia:

1º.- Condeno a Edipresse Hymosa, S.A. y a D. Jerónimo, solidariamente entre sí, a indemnizar al demandante en la suma de 15.000 euros.

2º.- Del mismo modo condeno a Gestevisión Telecinco, S.A. y a la productora Atlas España, S.L., solidariamente entre sí, a indemnizar al demandante en la suma de 15.000 euros.

3º.- Condeno a las demandadas a dar público conocimiento del fallo de esta sentencia, a su cargo, Edipresse Hymosa, S.A. y D. Jerónimo en las páginas 10 1 12 de la revista "Sorpresa", y Gestevisión Telecinco, S.A. y la productora Atlas España, S.L., en el programa "Aquí hay tomate" durante igual espacio de tiempo al dedicado a la notifica vulneradora y en horario de máxima audiencia.

4º.- Cada parte abonará las costas causadas a su instancias y las comunes por mitad."

SEGUNDO.- Interpuesto recursos de apelación contra la anterior sentencia por la representaciones procesales de "Gestevisión Telecinco S.A" y "Atlas España SL" y de RBA Edipresse S.L y D. Jerónimo, la Sección 2^a de la Audiencia Provincial de Sevilla, dictó sentencia con fecha 11 de julio de 2008, cuya parte dispositiva es como sigue:

Fallamos: Que estimando el recurso deducido por la representación procesal de D. Jerónimo y Edipress Hymosa S.A., y desestimando el recurso interpuesto por la representación procesal de Gestevisión Telecinco S.A. y Agencia de

Televisión Latino Americana de Servicios y Noticias SA (Atlas), contra la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Sevilla recaída en las actuaciones de que este Rollo dimana, debemos revocar dicha resolución en el sólo sentido de absolver a los demandados D. Jerónimo y Edipress Hyma S.A., de los pedimentos de la demanda, confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia apelada y con imposición a los apelantes Gestevisión Telecinco S.A. y Agencia de Televisión Latino Americana de Servicios y Noticias SA (Atlas), de las costas causadas en esta segunda instancia con su recurso, sin que proceda hacer expresa imposición de las causadas con el recurso interpuestos por los apelantes D. Jerónimo y Edipress Hyma S.A.

TERCERO.- 1.- La Procuradora D^a Ana M^a Asensio Vegas, en nombre y representación de “Gestevisión Telecinco S.A” y “Atlas España SL” interpuso recursos por infracción procesal y de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos del recurso por infracción procesal:

Primero.- Al amparo del artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia y en concreto infracción del artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Motivos de casación: Primero.- Al amparo del artículo 477.1.1 y 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 20 b) y d) de la Constitución en relación con el artículo 18 a su vez en relación con los artículos 2.1, 7, 8.1 y 8.2 de la Ley 1/82.

2.- La Procuradora D^a Inmaculada del Nido Mateo, en nombre y representación de D. Rafael, interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, con apoyo en los siguientes motivos: motivo de casación:

Primero.- Infracción del artículo 18 de la Constitución Española por no haber considerado la sentencia recurrida la vulneración de los derechos a la intimidad y propia imagen del actor.

Segundo.- Muestra su conformidad con la condena a una de las partes codemandadas.

Tercero.- Se refiere a la indemnización, sin cita de norma infringida.

3.- Por Auto de fecha 6 de octubre de 2009, se acordó admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Rafael y admitir los motivos primeros del recurso por infracción procesal y del de casación interpuestos por la representación procesal de “Gestevisión Telecinco S.A” y “Atlas España SL” y no admitir los motivos segundos del recurso por infracción procesal y de casación interpuestos por dicho recurrente y dar traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición en el plazo de veinte días.

4.- Evacuado el traslado conferido, la Procuradora D^a María Teresa García Aparicio, en nombre y representación de D. Rafael, presentó escrito de impugnación al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de “Gestevisión Telecinco S.A” y “Atlas España SL”; asimismo los Procuradores D. Manuel Sánchez-Puelles y González-Carvajal, en nombre y representación de “Gestevisión Telecinco S.A” y “Atlas España SL” y D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de RBA Edipresse S.L y D. Jerónimo presentaron escritos de impugnación al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Rafael.

5.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 30 de marzo del 2011, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El demandante en la instancia, recurrente en casación, D. Rafael, formuló, en su día, demanda “para la tutela de los derechos a la intimidad y propia imagen” como expresa literalmente su encabezamiento y los hechos, base de la presente causa, se concretaban en dos actuaciones: la primera, un reportaje gráfico y con texto comentando de las fotografías, de la revista “Sorpresa” editada por Edipresse Hymosa, S.A., y dirigida por D. Jerónimo, ambos codemandados y, la segunda, proyección de dos fotografías de la

mencionada revista y comentarios en el programa de la televisión, canal Telecinco, "Aquí hay tomate" de la titularidad Gestevisión Telecinco S.A", programa producido por "Atlas España SL", ambos también codemandados y recurrentes por infracción procesal y casación.

En los fundamentos de derecho de la demanda relativos al fondo se estudia:

A) Derecho a la propia imagen y a la vida privada;

B) Derecho a la intimidad;

C) Derecho a la intimidad, frente a la libertad de información;

D) Libertad de expresión, colisión con los derechos al honor y a la intimidad;

E) Derecho a la propia imagen; se trata a continuación del daño. En el suplico de la demanda se interesa la declaración de que se ha producido la vulneración de los derechos al honor, intimidad y propia imagen con pronunciamientos subsiguientes y la condena solidaria a los demandados en la cantidad de 80.000_.

La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número tres de Sevilla, de 24 de julio de 2006, calificó los hechos, con mucho detalle, como intromisión ilegítima en el derecho al honor ("existe una lesión independiente e indudable del derecho al honor" dice textualmente) y, asimismo, una intromisión en el derecho a la propia imagen, silenciando toda referencia al derecho a la intimidad tanto en relación a la actuación en la revista "Sorpresa", como en el programa televisivo "Aquí hay tomate" y les condenó a indemnizar a los responsables de una y otra actuación, solidariamente, cada uno a indemnizarle en 15.000_.

Contra esta sentencia formularon recurso de apelación los demandados condenados. No así el demandante, que se aquietó ante el rechazo implícito de la pretendida vulneración del derecho a la intimidad.

La sentencia de 1ª Instancia fue revocada parcialmente por la dictada por la Audiencia Provincial, Sección 2ª, de la misma ciudad, de 11 de julio de 2008.

No consideró la existencia de vulneración respecto a la revista "Sorpresa" ("no puede considerarse acreditada la existencia de intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y propia imagen", dice textualmente) y mantiene que sí hubo vulneración del derecho al honor en el programa "Aquí hay tomate" ("lesionan la dignidad del señor Medina Abascal y menoscaban su fama haciendo al mismo objeto de una mofa y un público escarnio que no está obligado a soportar", dice literalmente); por lo cual absuelve a los codemandados señor Jerónimo y Edipresse Hymosa, S.A., y confirma la condena a la cadena y a la productora de "Aquí hay tomate".

Han formulado sendos recursos el demandante y los codemandados condenados. El primero, recurso de casación, mantiene en su primer motivo que debe darse la condena por la revista "Sorpresa" y estima vulneración del artículo 18 de la Constitución Española por no haber considerado la sentencia recurrida acreditada la intromisión ilegítima en la intimidad y propia imagen; en el segundo motivo, muestra su conformidad con la condena a los demás codemandados (lo que no es un motivo de casación) y en el tercer motivo se refiere a la indemnización de daños y perjuicios, sin mencionar qué norma del ordenamiento jurídico aplicable al caso, considera infringida. Tras la exposición del desarrollo de los motivos, incluye un amplio estudio jurisprudencial de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal de derechos humanos y un estudio constitucional de la del Tribunal Constitucional en relación con los derechos fundamentales y concluye, literalmente: "Como conclusión de todo lo expuesto, entendemos que el derecho fundamental a la intimidad y a la propia imagen de mi representado D. Rafael, reconocido en el artículo 18 de la Constitución ha sido vulnerado mediante la publicación de un reportaje en la revista Sorpresa y la emisión del programa Aquí hay tomate, en el que se publicó un vídeo de una serie de actos privados de mi mandante sin haber este otorgado su consentimiento para ello, produciéndole así unos perjuicios, por lo que esta parte solicitó inicialmente una indemnización en concepto de daños morales de 80.000_, indemnización que en primera instancia se fijó en 30.000_ y que la Audiencia Provincial de Sevilla al absolver a dos de los codemandados posteriormente modificó por no valorar todas las circunstancias de este caso concreto, y es por lo que recurrimos la referida sentencia de 11 de julio de 2008 dictada por la Ilustrísima Audiencia Provincial de Sevilla Sección 2ª."

En cuanto a los recursos formulados por los codemandados condenados Gestevisión Telecinco S.A” y “Atlas España SL” en relación con el programa de televisión “aquí hay tomate”, y el de infracción procesal contiene, admitido, un solo motivo que viene referido a la valoración de la prueba y considera infringido el artículo 218.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y el de casación, también con un solo motivo admitido, se centra en la libertad de expresión y combate la vulneración del derecho al honor.

SEGUNDO.- Antes de entrar en el análisis pormenorizado de los recursos formulados, conviene precisar los conceptos y el tratamiento doctrinal y jurisprudencial de los derechos fundamentales que han sido objeto de la litis, son contemplados en el artículo 18 de la Constitución Española y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo y están constantemente confundidos a lo largo de los escritos de las partes e incluso de las sentencias dictadas. Ante todo, hay que partir de que no se aprecia un derecho único, como si fuera tricéfalo, sino que son derechos distintos, así tratados en la legislación española como los del honor, intimidad e imagen. Tal como recuerdan, tras unánime jurisprudencia, las sentencias de 26 de julio de 2008 y 31 de marzo de 2010: “no procede la mezcla o confusión de los derechos fundamentales, pues es indiscutible que son tres derechos distintos y no un solo derecho trifronte, resultando en consecuencia distinto el análisis a practicar, ante una posible vulneración de cada uno de ellos. “ En cuanto al derecho al honor, como dice la sentencia de 21 de junio de 2001, recogiendo una amplia jurisprudencia: “Siendo el concepto de honor comúnmente aceptado y referido al concepto de dignidad, no es posible dar una definición que pueda incardinarse o tipificar cada caso, que la infinita variedad de las conductas humanas produce en la realidad social. Así, la definición doctrinal, aceptada jurisprudencialmente, como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, viene reflejada en el artículo 7.7 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, tanto en su redacción original, como en la dada por la disposición final cuarta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 noviembre, del Código penal y destaca el aspecto interno, subjetivo o dimensión individual y el aspecto externo, objetivo o dimensión o valoración social.”

Es de destacar el sentido subjetivo y el sentido objetivo, como hacen las sentencias de 22 de julio de 2008, 17 de febrero de 2009 y 14 de junio de 2010: “No hay que obviar que el honor tiene un sentido subjetivo y un sentido objetivo. Aquél es sentimiento de la propia persona, en su consideración personal, la inmanencia, representado por la estimación que cada persona

hace de sí mismo y éste es el criterio objetivo, la trascendencia o exteriorización, representado por la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad (lo que reitera la jurisprudencia desde la sentencia de 2 de marzo de 1989). Ambos sentidos se deben complementar y no puede una persona encerrarse en su sentido subjetivo, prescindiendo del objetivo”.

Lo cual, aplicado al presente caso, es de recordar lo que dice la sentencia de 3 de marzo de 2011: “La ponderación debe tener en cuenta que la libertad de expresión comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F.

4) Pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe “sociedad democrática”.

El demandante ve publicadas en una revista unas fotografías y unos comentarios sobre unos momentos, en nada indignos, de un joven que se divierte, con unos amigos y un vaso de whisky en la mano; lo cual es reproducido y comentado en un programa de televisión. Puede el tono de uno y otro ser desagradable, pero es jocosos en todo caso; puede sentirse subjetivamente molesto, pero no es objetivamente ofensivo; puede ser una burla, pero es un contexto en un tipo de revista y un programa de televisión que manejan información y emiten expresiones que no tratan de ofender.

En la demanda no se expone, a lo largo de la misma una intromisión en el derecho al honor, hasta tal punto que los codemandados no entran en tal derecho en sus escritos de contestación a la demanda, ni a él se refiere la contestación del Ministerio Fiscal, si bien sí se menciona en una ocasión en los fundamentos de derecho al referirse a la colisión con la libertad de expresión y sí se incluye en el suplico de la demanda, junto a los demás derechos fundamentales. Pese a lo cual, la sentencia de primera instancia considera que hay vulneración a tal derecho por parte de los demandados, lo que es confirmado por la Audiencia Provincial respecto a uno de ellos. Nada se opone por ninguna de las partes; incluso en el suplico del recurso de casación no se interesa la consideración de ataque al honor. Todo ello se destaca, no ya por estimar que es un tema ajeno a la acción ejercitada, sino para comprender que ni el mismo demandante se consideró atacado en su honor.

En cuanto al derecho a la intimidad, no se plantea cuestión alguna. La sentencia de primera instancia ignoró totalmente este derecho cuya vulneración se alegaba en la demanda y en ella ni se trató en los fundamentos, ni se mencionó en el fallo. La parte demandante no interpuso recurso de apelación, con lo cual se aquietó ante la desestimación implícita de la pretensión referida en la demanda. No cabe en este momento procesal entrar en ello.

En cuanto al derecho a la imagen, aparecen una serie de fotografías en la revista y se muestra alguna de ellas en el programa televisivo; queda claro la falta de consentimiento por parte del demandante. Ya desde las sentencias de 11 de abril de 1987, 29 de marzo de 1988, 9 de febrero de 1989 y 19 de octubre de 1992 se considera la imagen como la representación de la figura humana. Estas últimas dicen así: “define la imagen como la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa, entendiéndose por aquella a los efectos de protección civil por la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982, la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción y en sentido jurídico, que es la facultad del interesado a difundir o publicar su propia imagen y, por ende, su derecho a evitar su reproducción, en tanto en cuanto se trata de un derecho de la personalidad”.

A su vez el Tribunal Constitucional, como recoge la sentencia de esta Sala de 20 de noviembre de 2008, dice: “El Tribunal Constitucional se ha pronunciado repetidas veces sobre el derecho a la imagen, reconociéndolo y, en su caso otorgando el amparo. La sentencia 99/1994, de 11 de abril destaca que su función es salvaguardar el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico y añade que la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible cuando la propia -y previa- conducta que aquél o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquél. Las sentencias 139/20001, de 18 de junio y 83/2002, de 22 de abril reconocen el derecho a la imagen, estiman que lo vulneran justamente con el de la intimidad y otorgan el amparo en sendas fotografías publicadas sin recabar el consentimiento de los que aparecen en ellas.” En el presente caso, no cabe la consideración de que se ha producido una vulneración del derecho a la imagen, en primer lugar, por la aplicación de la norma del artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que dispone que el derecho a la propia imagen, junto con los demás, quedará delimitada... por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma... y en segundo lugar, por la

exclusión de la protección de este derecho que establece el artículo 8.2 de la misma ley al disponer que el derecho a la propia imagen no impedirá: En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

a) Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.

El demandante es persona de indiscutida proyección pública y cuyos usos sociales, en su ámbito propio, se manifiestan en constantes apariciones públicas, proyectadas en prensa, revistas y televisión; no deja de ser extraño que en el presente caso se haya formulado demanda, no ya por los comentarios jocosos, sino por las imágenes publicadas (ya se ha mencionado que no acciona por el honor y se ha aquietado a la desestimación de la pretensión por la intimidad). Por lo cual, esta delimitación por los propios usos sociales excluye la protección a su derecho a la imagen. Además, siendo persona de proyección pública, el artículo 8 la excluye también ya que la imagen se ha captado en acto público, cual es la diversión en una caseta de la feria de Sevilla y si bien la misma no se puede calificar claramente como lugar abierto, es claro, como hecho notorio, que no es un lugar cerrado, como lo puede ser el domicilio de una familia o de un grupo social. Tanto el Ministerio Fiscal como la sentencia de la Audiencia Provincial mantienen que es un espacio público; dice así esta última: “Las imágenes se captan en un espacio abierto al público, una caseta de la feria de Sevilla”.

TERCERO.- El recurso de casación interpuesto por la representación procesal del demandante, D. Rafael contiene tres motivos, aunque sólo el primero merece la consideración de tal.

Dicho motivo, el primero, denuncia la infracción del artículo 18 de la Constitución Española en cuanto a la desestimación de la demanda respecto a la revista “Sorpresa” y precisa que la sentencia recurrida considera “que no se ha vulnerado el derecho a la intimidad y propia imagen del actor”. En el desarrollo del motivo se vierten consideraciones sobre el derecho al honor, pese a que no lo menciona en el enunciado del motivo y no se desarrolló (aunque sí se mencionó y también se incluyó en el suplico) en la demanda. Además, ya se ha dicho que no puede admitirse que la publicación en revistas y la exposición en televisión, sin perjuicio de que puedan no agrandar al sujeto,

alcancen la categoría de atentado al derecho fundamental del honor. Apenas se refiere, en el desarrollo del motivo, al derecho a la intimidad, pese a que sí se menciona en el enunciado del motivo, ya que se aquietó a su desestimación en primera instancia.

Y en cuanto derecho de imagen, basta con remitirse a lo dicho en el fundamento anterior en el sentido de que por sus propios actos y por la condición de personaje público en lugar público, no merece la protección del derecho fundamental de la imagen.

El motivo segundo del recurso, no es un motivo de casación sino que simplemente manifiesta su conformidad con la sentencia recurrida (no recurrida en este motivo) en su condena a los codemandados en relación con la emisión del programa “Aquí hay tomate”.

El motivo tercero se refiere a la indemnización de daños y perjuicios y se rechaza por tres razones. La primera, por la formal de no mencionar el precepto infringido tal como exige el artículo 477.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La segunda, porque no puede la parte demandante discutir la indemnización a la que se aquietó a la señalada en la sentencia de primera instancia, contra la que no formuló recurso de apelación. La tercera, porque es reiterada la jurisprudencia que señala que no es revisable en casación el quantum indemnizatorio determinado en la instancia, a no ser que se acredite la vulneración de los parámetros legales para su fijación, lo que no ocurre en el presente caso.

CUARTO.- El recurso por infracción procesal que ha formulado la parte codemandada condenada, integrada por las entidades “Gestevisión Telecinco S.A” y “Atlas España SL” en relación con la emisión del programa “Aquí hay tomate”, ha sido admitido tan sólo en su motivo primero.

Este se ha fundado en el artículo 469.1.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, en concreto el artículo 218.2 de la misma ley, por, como dice literalmente, “haber realizado (la sentencia recurrida) una valoración lógica e injustificada de la prueba practicada”.

El motivo debe rechazarse totalmente porque no cabe la revisión de la valoración probatoria en este recurso, cuya posible infracción no se halla en el mencionado artículo 469.1 ni cabe incluirlo en número segundo. Así lo ha dicho una reiteradísima jurisprudencia: sentencias de 15 de junio de 2009, 2 de julio de 2009, 30 de septiembre de 2009, 14 de octubre de 2009 (ésta trata del derecho al honor), 6 de mayo de 2010, 14 de junio de 2010, 23 de julio de 2010, 13 de octubre de 2010, 2 de noviembre de 2010, 4 de febrero de 2011, 9 de mayo de 2011, 2 de junio de 2011, 1 de julio de 2011. Estas tres últimas dicen literalmente: “Los errores en la valoración de la prueba no pueden ser canalizados por la vía del artículo 469.1.2 LEC. Este motivo de infracción procesal está reservado al examen del cumplimiento de “las normas procesales reguladoras de la sentencia”. Estas normas comprenden el procedimiento para dictarla, la forma y el contenido de la sentencia y los requisitos internos de ella, pero no con carácter general las reglas y principios que deben observarse en la valoración de los distintos medios de prueba, las cuales constituyen premisas de carácter epistemológico o jurídico-institucional a las que debe ajustarse la operación lógica de enjuiciamiento necesaria para la resolución del asunto planteado. La valoración probatoria solo puede excepcionalmente tener acceso al recurso extraordinario por infracción procesal por la existencia de un error patente o arbitrariedad o por la infracción de una norma tasada de valoración de prueba que haya sido vulnerada, al amparo del artículo 469. 1.4 LEC en cuanto, al ser manifiestamente arbitraria o ilógica, no supera conforme a la doctrina constitucional el test de la razonabilidad constitucionalmente exigible para respetar el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en artículo 24 CE (SSTS 28 de noviembre de 2008; 30 de junio y 6 de noviembre de 2009; 26 de febrero 2011, entre otras).” Además, a mayor abundamiento, las cuestiones aquí planteadas no son fácticas, necesitadas de prueba, sino jurídicas que han sido objeto de calificación y ésta ha sido la base de las sentencias de instancia y lo va a ser del recurso de casación formulado por la misma parte.

QUINTO.- El recurso de casación formulado por la misma parte codemandada contiene, al igual que el anterior, un solo motivo admitido. Se ha fundado en el artículo 477.1. y 477.2,1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción del artículo 20 b) y d) en relación con el artículo 18 de la Constitución al prevalecer el derecho a la información y a la libertad de expresión, preceptos constitucionales en relación con los artículos 2.1, 7, 8.1 y 8.2 de la Ley 1/1982, de 5 de mayo.

El motivo se estima. En el desarrollo del mismo se discute la vulneración declarada en la sentencia recurrida, de los derechos fundamentales y recuerda la doctrina que ha reiterado esta Sala en el sentido de: “que cuando el sujeto

pasivo, es una persona de proyección pública, su protección del derecho al honor disminuye, el derecho a la intimidad se diluye, y el derecho a la imagen se excluye (éste por el artículo 8.2.a de la Ley 1/1982)”.

Tal como se ha expuesto en líneas anteriores, no se acepta la vulneración del derecho al honor que declaran las sentencias de instancia respecto a esta parte codemandada, por las razones que allí se exponen. Esta Sala entiende que las expresiones sobre el actor pueden llegar a molestar, pero no ser constitutivas de lesión a un derecho fundamental. La sentencia del Tribunal Constitucional 125/2007, de 21 de mayo, ha dicho con referencia a la libertad de expresión, que: “este derecho comprende la crítica de la conducta de otro, aún cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige”.

Lo cual ha sido reiterado también por esta Sala. No se trata en el presente caso, tanto de ponderación de derechos, como que no se produce un atentado al honor del demandante. En cuyo caso, prevalece, sin discusión, el derecho de información y la libertad de expresión, en relación al reportaje jocoso, sobre un acto de diversión de una persona de proyección pública que, como tal, ha de soportar comentarios o críticas a su conducta, que no sean realmente infamantes.

Lo mismo cabe decir, en la remisión a lo dicho, respecto al derecho a la imagen. Los usos sociales del demandante y la captación de fotografías en la caseta ferial excluyen la protección de tal derecho.

En este sentido, pues, se ha de estimar este recurso de casación.

En cuanto a las costas, en todos los recursos formulados ante esta Sala, deben aplicarse los artículos 398 y 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

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

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Rafael contra la sentencia dictada por la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Sevilla, en fecha 11 de julio de 2008.

Segundo.- Se condena a este recurrente en las costas causadas por su recurso.

Tercero.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso por infracción procesal formulado por la representación procesal de “Gestevisión Telecinco S.A” y “Atlas España SL” contra la misma sentencia.

Cuarto.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación formulado por estas mismas sociedades codemandadas contra la misma sentencia, que se casa y anula, en el sentido de que se desestima totalmente la demanda formulada en su día por la representación procesal de D. Rafael.

Quinto.- En cuanto a las costas de este último recurso, no se hace pronunciamiento alguno. Tampoco se impone condena en las causadas en el recurso de apelación. Se imponen a este mismo recurrente las causadas por su recurso por infracción procesal. Se imponen al mencionado demandante las costas causadas en primera instancia.

Sexto.- Líbrese a la mencionada Audiencia certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Xavier O'Callaghan Muñoz.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Francisco Javier Arroyo Fiestas.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz, 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.