

En la Villa de Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el núm. 388/2010 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. Cosme y D^a Gabriela, en nombre de sus hijos menores de edad, D^a Amina y D. Luis, aquí representados por la procuradora D^a Alicia Casado Deleito, contra la sentencia de fecha 29 de noviembre de 2009, dictada en grado de apelación, rollo núm. 442/2009, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.^a, dimanante de procedimiento de juicio ordinario núm. 1665/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid. Habiendo comparecido en calidad de partes recurridas el procurador D. Manuel Lanchares Perlado, en nombre y representación de la entidad mercantil Antena 3 Televisión, S.A. y de D. Jaime y, por otra parte, la procuradora D^a Almudena Gil Segura, en nombre y representación de la entidad Cuarzo Producciones, S.L. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de Madrid dictó sentencia de 19 de diciembre de 2008 en el juicio ordinario núm. 1665/2007, cuyo fallo dice:

“Fallo. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la procuradora Sra. Casado Deleito en nombre y representación de D. Cosme y D^a Gabriela en nombre de sus hijos menores de edad D^a Amina y D. Luis frente a Antena 3 Televisión S.A. y D. Jaime representados por el procurador Sr. Lanchares Perlado y frente a Cuarzo Producciones, S.L. y D. Antonio representados por la procuradora Sra. Gil Segura, siendo parte el Ministerio Fiscal, debo:

- 1.- Declarar y declaro la existencia de intromisión ilegítima de Antena 3 Televisión S.A., Cuarzo Producciones S.L. y D. Antonio en el derecho a la imagen de los menores Amina y Luis.
- 2.- Condenar y condeno a los antes citados demandados (Antena 3 Televisión S.A., Cuarzo Producciones S.L. y D. Antonio) a indemnizar solidariamente a la parte actora en la suma de 20.000 euros.
- 3.- Condenar y condeno a los citados demandados a cesar de forma inmediata en la intromisión ilegítima señalada, absteniéndose en lo sucesivo de emitir imágenes sin velar del rostro de los menores señalados.
- 4.- Desestimar la demanda en el resto, absolviendo a los demandados de las demás peticiones de condena contra ellos formuladas.
- 5.- Absolver y absuelvo a D. Jaime de las peticiones de condena formuladas contra él en la demanda.

6.- Condenar y condeno a cada parte a abonar las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo las derivadas de la intervención procesal de D. Jaime que serán de cargo de la parte actora.”

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

“Primero.- En el presente procedimiento la parte actora ejercita acción por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de sus hijos menores, alegando, en esencia, que el día 29 de octubre de 2007, el programa “A Tres Bandas” emitido por la cadena de televisión “Antena 3”, mostró sin tapar el rostro de sus hijos, en primer plano, siendo plenamente reconocible y al considerar que con ello se vulneran los derechos fundamentales señalados, interesa que sea declarado, con condena a los demandados para que se abstengan de realizar actos semejantes y a abonar la indemnización oportuna.

“Pretensión a la que se opusieron Cuarzo Producciones S.L. y D. Antonio, alegando falta de legitimación activa, ya resuelta en el trámite de audiencia previa, y respecto del fondo, si bien se reconoce que en el programa de televisión salió el rostro sin tapar de los menores hijos de los actores, se alegó que se trató de un error técnico que únicamente se detectó en el momento de emitirse las imágenes y que este hecho ha motivado que exigieran responsabilidades y que de inmediato el presentador del programa en directo y los responsables de la productora y de la cadena pidieran disculpas al actor y reiteraron su postura ante el defensor del menor, estimando que la indemnización interesada es excesiva, ya que incluso los menores han aparecido en diversos medios de comunicación con aquiescencia de sus padres.

“Por su parte Antena 3 Televisión S.A., también admitió que las imágenes de los niños fueron emitidas sin velar, reiterando que se trató de un fallo puntual como lo demuestra que llevan años informando sobre el actor y nunca antes había ocurrido, y que además no causó daño o perjuicio, por lo que consideran indebida la indemnización interesada.

“La defensa de D. Jaime alegó su falta de legitimación, pues únicamente es presentador del programa, sin que tenga responsabilidad en los contenidos del mismo o en las imágenes que se emiten, que desarrolla su función según unas instrucciones y guión predeterminados.

“Segundo.- Como señala la SAP de Madrid de 23-1-08 con cita de la STS de 24 de abril de 2000, “La imagen es la representación gráfica de la figura humana, visible y reconocible; concepto acuñado por la doctrina y recogido expresamente por reiterada jurisprudencia, desde las de 11 de abril de 1987, 29 de marzo de 1988, 9 de febrero de 1989, 13 de noviembre de 1989, 29 de septiembre de 1992 y 19 de octubre de 1992 hasta la reciente de 27 de marzo de 1999 que desarrolla el derecho a la imagen en los siguientes términos: de acuerdo con la doctrina jurisprudencial, el derecho a la propia imagen es el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto, de tal manera que todo acto de captación, reproducción o publicación por fotografía, filme u otro

procedimiento de la imagen de una persona en momentos de su vida privada o fuera de ellos supone una vulneración o ataque al derecho fundamental a la imagen, como también lo es la utilización para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. El derecho se vulnera, también, aunque la reproducción de la imagen de una persona, sin su consentimiento, se haga sin fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga". Por su parte, el TC, con relación al derecho a la propia imagen, señala 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 salvaguarda 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 (SSTC 231/1988, F. 3; 99/1994, de 11 de abril, F. 5)". También el Tribunal Constitucional en la sentencia número 72/07, de 16 de abril, dice en el fundamento jurídico tercero:

"Este Tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con quejas sobre vulneraciones del derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE EDL 1978/3879) en las SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 99/1994, de 11 de abril, 117/1994, de 17 de abril, 81/2001, de 26 de marzo, 139/2001, de 18 de junio, 156/2001, de 2 de julio, 83/2002, de 22 de abril, 14/2003, de 28 de enero, y 300/2006, de 23 de octubre. En lo que aquí interesa destacar, de dicha doctrina resulta que, en su dimensión constitucional, el derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE EDL 1978/3879) se configura como un derecho de la personalidad, que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación, lo que conlleva tanto el derecho a determinar la información gráfica generada por los rasgos físicos que le hagan reconocible que puede ser captada o tener difusión pública, como el derecho a impedir la obtención, reproducción o publicación de su propia imagen por un tercero no autorizado (STC 81/200, FJ 2)".

"La protección de este derecho constitucional cobra mayor intensidad para el caso de los menores, puesto que el art. 4 LO 1/96 de protección jurídica del menor, en su párrafo tercero considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor, cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales.

"Tercero.- En el presente supuesto, no se discrepa que la imagen de los menores apareció en el programa televisivo de Antena 3 Televisión S.A., antes mencionado, dirigido por el demandado Sr. Antonio y que produce la codemandada Cuarzo Producciones S.L., sin que su rostro apareciese velado, por lo que era plenamente reconocible, lo que supone intromisión ilegítima en los términos señalados por el art. 4.3 de la LO citada, ya que es contrario a sus intereses la divulgación de su rostro en

un medio televisivo, cuando además existía oposición de su padre, puesto que cuando la imagen difundida se refiere a menores, la protección es extrema y no puede justificarse en el derecho a la información, puesto que en este caso, la noticia se refería a un viaje privado y la persona “noticiable” era el padre, por lo que la divulgación de la imagen de los menores se hace innecesaria, y por otro lado tampoco puede admitirse que el hecho de haber aparecido en otros medios de comunicación modifique la conclusión anterior, puesto que, en este caso, las personas respecto de las que se pide protección de los derechos son los menores, y, por sí mismos, dada su edad, no han decidido sobre la exhibición consentida de su imagen.

“Bien es cierto que en este supuesto, de las pruebas practicadas, principalmente de la testifical, se extrae que la ausencia de velado en el rostro de los menores se debió a un fallo técnico al pasar la cinta que contenía las imágenes al soporte apto para emitir las, puesto que así se afirma con rotundidad por todos los demandados y se señaló incluso la exigencia de responsabilidad a las personas encargadas de esta sección, pero dados los amplios límites de protección, este hecho tampoco exonera de responsabilidad a los demandados, pues lo cierto es que las imágenes del rostro de los menores se emitieron y la cadena, la productora y el director del programa deben, cada uno dentro de sus competencias (o por la responsabilidad solidaria que se les atribuye) evitar que se produzcan situaciones como estas, puesto que para el caso de menores debe extremarse la diligencia, y, además, si es sabido que una vez que comienza la emisión es difícil “cortarlas” con rapidez, tal y como se declaró en prueba testifical, con mayor motivo es exigible que se extremen las cautelas.

“Por todo lo anterior, deben ser declarados responsables los tres demandados señalados, de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores demandantes, con las consecuencias que se señalarán.

“Cuarto.- Respecto del presentador del programa, Sr. Jaime, no consta probado en el procedimiento que elija los contenidos, que tenga constancia de los videos a emitir o que pueda “cortar” las imágenes que se están emitiendo, y más al contrario, se señala en la contestación y en prueba de interrogatorio que actúa a través de un guión establecido que le es facilitado, lo que implica que no pueda considerársele responsable de estos hechos (sin que la actuación intencionada que se le atribuye en la demanda haya quedado acreditada) tal y como para un supuesto similar establece la SAP Madrid 19-6-06 al señalar “el Ministerio Fiscal, actor en el presente proceso, no fundamentó en su demanda su pretensión de condena dirigida contra la Sra. Susana limitándose a citar el principio de solidaridad jurisprudencialmente establecido, y de la misma forma que en aquel supuesto, en este examinadas las pruebas obrantes en autos no resulta dato alguno del que pueda derivarse una intervención de la citada codemandada en el programa distinta a la de su mera presentación no habiéndose probado, ni intentado probar, que tuviera otra intervención distinta tanto en lo referente a su contenido como en su preparación, búsqueda del suceso noticiable o redacción de sus comentarios. No fijado en la demanda como se dijo, cual fuera el fundamento de la exigencia de responsabilidad concreta de tal codemandada, solo se ha basado la misma en el mencionado principio de la responsabilidad solidaria, lo que se ha

reiterado en el escrito de oposición al recurso de apelación, pero es claro que limitándose su actuación a esa presentación sin formular preguntas o realizar comentarios por su propia iniciativa, ninguna responsabilidad puede serle atribuida en el contenido del programa, mas aun cuando precisamente la condena al Sr. Juan Luis lo ha sido con fundamento en que en su condición de director de la cadena televisiva es el responsable de lo que en ella se emite, y la responsabilidad de la productora y directora del programa se ha fundamentado en que precisamente tales eligen los contenidos, y su puesta en escena de la misma manera que la cadena televisiva facilita sus medios técnicos y en definitiva su difusión, con independencia de quien sea el presentador, el cámara o los técnicos, salvo que el presentador a su vez sea director o efectúe su intervención, comentarios, entrevistas o preguntas según propia y exclusiva iniciativa y responsabilidad, lo que en modo alguno se ha acreditado, por lo que procede la estimación del recurso interpuesto en ese extremo, absolviéndose a la citada demandada.”

“Siendo por lo anterior procedente, desestimar la acción ejercitada frente al mismo.

“Quinto.- Se señala en la demanda que también se vulneró el derecho a la intimidad de los menores, si bien esta conclusión no puede compartirse, puesto que no consta que en el programa emitido se hicieran manifestaciones que por su relevancia pudieran afectar al derecho señalado de los menores, y además se tomaron en la vía pública y las manifestaciones que se incluyen no afectan al derecho, por lo que teniendo en cuenta, que tal y como ha señalado la STS 13-7-06 los derechos protegidos por el art. 18 CE son tres y totalmente independientes, siendo los actos que suponen intromisión en cada uno de ellos diferentes, también para el supuesto de los menores, en este caso, y de la emisión en televisión de las imágenes que se aportan, no puede considerarse que exista la vulneración señalada.

“Sexto.- Respecto a la indemnización interesada, y si bien es cierto que toda vulneración del derecho a la imagen conlleva la existencia de perjuicio (art. 9 LO 1/82), en este supuesto la suma solicitada se considera excesiva, puesto que partiendo de la existencia del daño moral que la emisión del rostro de los menores produce, no puede desconocerse que la emisión en el programa televisivo lo fue por muy poco tiempo y, casi siempre los niños se encontraban tapados por su padre, no se considera que la emisión le supusiera beneficio a la cadena, puesto que la “noticia” era el padre y, de haberse velado los rostros, el contenido se hubiera mantenido, además consta que en otros medios de comunicación también ha aparecido el rostro de los menores, y, en todo caso, la petición inmediata y constante de disculpas y la existencia de un error técnico, influyen en la cuantificación, y por todo lo expuesto se considera más apropiado cifrar la indemnización en 20.000 euros, que deberá ser abonada por los demandados condenados de forma solidaria.

“Séptimo.- Por todo lo anterior la demanda debe ser parcialmente estimada, debiendo también condenar a los demandados a cesar en la intromisión ilegítima declarada, que es comportamiento adoptado de forma voluntaria, según manifestaron las partes y además a abstenerse en lo sucesivo de emitir imágenes de los rostros sin velar de los

menores hijos de los actores, sin que proceda realizar pronunciamiento alguno respecto del Sr. Cosme, puesto que no actúa en nombre propio sino en el de sus menores hijos.

“Octavo.- De conformidad con lo establecido en el art. 394 LEC, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo las derivadas de la intervención procesal del Sr. Jaime, que serán de cargo de la parte actora.”

TERCERO.- La Sección 19.^a de la Audiencia Provincial de Madrid dictó sentencia de 29 de noviembre de 2009, en el rollo de apelación núm. 442/2009, cuyo fallo dice:

“Fallamos. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Cosme y D^a Cayetana contra la sentencia dictada con fecha 19 de diciembre de 2008 en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de los de Madrid bajo el núm. 1665/2007, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante”.

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

“Primero.- Es de comenzar señalando como a tenor de lo que prescribe el art. 465.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil esta sentencia se habrá de pronunciar exclusivamente sobre los puntos y cuestiones esgrimidos en el escrito de interposición del recurso y, en su relación, en el de oposición, todo ello teniendo presente lo dispuesto en el art. 456 del mismo texto legal, en cuanto delimita el ámbito del recurso de apelación a los fundamentos de hecho y derechos hechos valer ante el tribunal de la primera instancia, con prohibición de la “reformatio in peius”, o reforma peyorativa de la sentencia para la parte apelante única; desde todo lo precedente y viniendo recurrida la sentencia solo por la parte en la instancia demandante, que los pronunciamientos estimatorios de las pretensiones de la demanda, se hayan de tener por firmes, al venir consentidos por los demandados frente a los que se estiman, desde lo cual que se haya de tener por cierta la intromisión en el derecho a la propia imagen de los menores a que la demanda se contrae; entrando a conocer de los motivos de impugnación esgrimidos, lo haremos por el mismo orden en que vienen formulados, así en cuanto a la existencia de intromisión por parte del codemandado D. Jaime, que la sentencia desestima, es de señalar como la parte apelante sienta en su recurso una afirmación carente de soporte alguno, cual que el referido Sr. Jaime participó activamente en los hechos y que su actuación fue necesaria para que los mismos tuvieran lugar, y que pudo haberlos frenado como presentador, hechos, como indicábamos, no solo carentes de prueba, sino que de la prueba practicada se extrae lo contrario, así de las testificales practicadas en las personas de D^a Sonia y D^a Raquel, quienes con todo lujo de detalles describieron todo el proceso de elaboración del programa hasta que este se emite, quedando claro que el referido como presentador no participa en la elaboración o selección de contenidos, ni en los temas a tratar, declaraciones que hacen cobrar credibilidad a las manifestación del referido codemandado en interrogatorio de parte, vertidas, además, en términos de modo tal que producen convicción de verdad, a ello unido que también por probado se

ha de tener que nada pudo hacer para cortar inmediatamente las imágenes, aunque ciertamente desplegó la actividad que le fue posible y su alcance a tal efecto, obteniéndose de aquellos testigos la lógica y racional razón de esa imposibilidad por parte del presentador del corte inmediato; no cabe sin más acudir al art. 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, ciertamente no derogada, ni tampoco los arts. 1902 y 1903 del Código Civil, pues en cualquier caso aplicar la responsabilidad que contemplan con carácter solidario, exige que las personas responsable hayan tenido alguna intervención causal en el hecho que produce la intromisión, con poder de disposición sobre él mismo, lo que en el concreto caso no solo no se da, sino que como indicábamos, realizó cuanto estuvo a su alcance para impedirlo; desde lo precedente que estemos en el caso de desestimar el primero de los motivos del recurso.

“Segundo.- Siguiendo con el orden en que vienen esgrimidos los motivos de impugnación, se contrae el segundo al no acogimiento de intromisión en la intimidad, y en relación es de comenzar indicando con la STS de 30 de junio de 2009 que el derecho a la intimidad personal y familiar tiene un contenido específico y diferente del derecho al honor, y también es diferente, aunque tenga relación, con el derecho a la propia imagen (por todas, sentencias de 19 de julio de 2004 y 4 de mayo de 2005), en el concreto caso es de señalar como la imagen cuya reproducción se considera ilegítima, como así acoge la sentencia de instancia, era accesoria al reportaje, y ciertamente entre las conductas que la Ley Orgánica 1/82, de 5 de mayo, tienen la consideración de intromisiones ilegítimas en la intimidad de las personas, destaca (artículo 7.3) “la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre...”, siendo de señalar que en relación con lo antes indicado el carácter autónomo del derecho a la propia imagen, distinto al derecho a la intimidad, aunque se hallen ligados en la formulación constitucional y en la LO 1/1982, siendo consecuencia de esa configuración autónoma, como señala la STS de 18 de noviembre de 2008, no coincidente con ordenamientos de otros Estados de nuestro entorno ni con el art. 8 del Convenio de Roma según su interpretación por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, según razonó esta Sala en su sentencia de 22 de febrero de 2006, es que la publicación de la imagen de una persona puede constituir intromisión ilegítima en su honor, en su intimidad o en su derecho a la propia imagen, aumentando el desvalor de la conducta enjuiciada si esta vulnera más de uno de estos derechos (STC 14/03)”, pudiendo darse también la consideración de intromisión en la intimidad, como así se consideró en STS de 27-7-2003, en la de 28 de junio de 2004 o en las de 22 y 23 de octubre de 2008, pero en todos desvelando hechos de los menores que pertenecen a la esfera más íntima de los mismos, lo que nos ha de llevar a examinar el concepto de intimidad, desde su relatividad, pero quedando delimitado en el ámbito del círculo íntimo, señalando la STS de 17 junio 2009, que la intimidad personal (y familiar) “tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, no garantiza una intimidad determinada sino el derecho a poseerla, disponiendo a este fin de un poder jurídico sobre la publicidad de la información relativa al círculo reservado de su persona y su familia, con independencia del contenido de aquello que se desea mantener al abrigo del

conocimiento público, señalando también con la sentencia de 26 de septiembre de 2008, también citada por la de 13 de noviembre de este mismo año y 18 de febrero de 2009, que “implica la existencia de un ámbito propio y reservado de la vida frente a la acción y el conocimiento de los demás referido preferentemente a la esfera estrictamente personal de la vida o de lo íntimo, imponiendo a los terceros el deber de abstenerse de toda intromisión en esa esfera y la prohibición de hacer uso de lo conocido, salvo justificación legal o consentimiento del afectado”, viniendo delimitada, tanto por las leyes como por los usos sociales, atendiendo al ámbito que cada persona con su comportamiento (propios actos) mantiene reservado para sí misma o su familia (artículo 2.1 LO 1/82, de 5 de mayo); desde las precedentes consideraciones y en atención a que ninguna revelación de datos o circunstancias de los menores se realiza, que no exista motivo o razón alguna para estimar que además de la vulneración del derecho a la imagen desde la conceptualización de la misma antes realizada, se haya dado vulneración a la intimidad.

“Tercero.- El tercero de los motivos del recurso se contrae al quantum indemnizatorio que la sentencia acoge, 20.000 euros frente a los 600.000 euros, objetivación la en sentencia realizada que ya es de adelantar se estima adecuada y ponderada en atención a los propios razonamientos que la sentencia realiza, esto es atendiendo, al escaso tiempo de difusión indebida de las imágenes de los menores, al carácter accesorio de las mismas, que por sí y en sí no suponen beneficio alguno extra para los considerados autores, de lesión, a ello unido que la difusión no tenía por objeto la imagen de los mismos, sino en relación con sus padres y por hechos ajenos a los mismos, a ello unido la rápida intervención, dentro de la complejidad del sistema, para su retirada y las inmediatas disculpas en relación con su publicación, a ello unido la notoriedad de los padres, que ciertamente en modo alguno merma reduce el derecho de los hijos, pero si en el contexto que en la intromisión se produce debe llevar a ser considerada en el ámbito indemnizatorio; desde todo lo precedente que este motivo de recurso haya de correr igual suerte que los anteriores, a falta de concretos y probados parámetros que lleven a otra u otras consideraciones.

“Cuarto.- Resta por examinar el pronunciamiento relativo a costas, el que se ha de realizar desde el contenido de art. 394.2 que contempla el supuesto de parcial estimación o desestimación de las pretensiones, para establecer como regla general la no imposición de costas, estableciendo como excepción la existencia de temeridad o de haber litigado con temeridad alguna de las partes, temeridad que se ha de considerar globalmente, esto es, no solo cuando se dé total oposición sino también cuando se hace en relación con el quantum indemnizatorio, y en supuestos en que es acogida la oposición en términos de notoria disminución con lo en demanda solicitado, cual es el caso de autos; siendo que también se estima adecuada la imposición a la parte demandante de las causadas por el demandado frente al que se desestima demanda, ello a tenor de lo que prescribe el mismo art. 394 en su núm. 1, pues dicha desestimación no presenta serias dudas de hecho y de derecho, desde lo más arriba considerado.

“Quinto.- A tenor de lo que prescribe el art. 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con su expresa remisión al art. 394, que por la desestimación del recurso, proceda hacer expresa imposición de las costas del mismo derivadas a la parte apelante desde la consideración que el caso que a su través se trae a conocimiento de esta alzada, no presenta serias dudas de hecho o de derecho.”

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Cosme y D^a Gabriela, en nombre de sus hijos menores de edad, se formulan los siguientes motivos de casación:

Motivo Primero.- Se introduce con la siguiente fórmula: “Deficiente aplicación del artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982, en relación a la intromisión del Sr. Jaime en el derecho a la propia imagen de la hija menor de edad del actor”.

El recurso se funda, en resumen, en lo siguiente: considera que el demandado, como presentador del programa, tenía control sobre los videos emitidos pudiendo haber frenado su emisión nada más percatarse de la ausencia del velado en los rostros de los menores. Alega que el Sr. Jaime conocía el video que iba a ser emitido, su contenido y el enfado del recurrente por la grabación del mismo, sin que en su duración superior al minuto y medio, solicitara la paralización del video. Considera que en virtud del principio de solidaridad del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, no procede desestimar la acción frente al Sr. Jaime que ha actuado como cooperador necesario del ilícito por ser el último eslabón de la cadena, conocedor de la noticia, encargado de transmitirla, presentándola y dando paso a las imágenes objeto de autos.

Motivo segundo.- Se introduce con la siguiente fórmula “Deficiente aplicación del artículo 9.3 de la Ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo de 1982, con respecto a la indemnización concedida a esta parte”.

El motivo se funda, en síntesis, en su desacuerdo con las justificaciones esgrimidas en la sentencia para mantener la cuantía de la indemnización al considerar que un minuto y medio en un programa del corazón, no es un escaso tiempo de difusión. Considera también que las imágenes no son accesorias, sino que al mostrar el enfado del demandante con la prensa por la actitud de los periodistas grabando a los menores, los convierte en protagonistas principales del video, sin que se pueda hablar de rápida intervención al no haber sido cortado el video, ni de disculpas que de nada sirven cuando el daño está hecho. Mantiene que no existe un equilibrio lógico entre la lesión producida y la indemnización concedida y que en las circunstancias del caso hay que valorar la actitud de los demandantes, la gravedad del hecho y la difusión del medio y su beneficio, sin que se pueda permitir que quien se está lucrando ilegítimamente, se beneficie con ello.

Termina solicitando de la Sala “Que (...) tenga por interpuesto y formulado en tiempo y forma recurso de casación, oportunamente preparado contra la sentencia dictada en

apelación por esa Ilma. Sala en fecha 29 de noviembre de 2009, notificada a esta parte el pasado 17 de diciembre de 2009, a fin de que en su día previos los trámites oportunos, dicte sentencia por la que, deje sin efecto parcialmente la resolución recurrida, dictándose otra declarando la vulneración en el derecho a la propia imagen de los menores por parte del codemandado D. Jaime y aumentando el quantum indemnizatorio a la cantidad de 60.000 (Sesenta mil euros), todo ello con imposición de costas a la parte contraria”.

SEXTO.- Por auto de 28 de septiembre de 2010 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado, la representación procesal de Antena 3 Televisión, S.A. y D. Jaime se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones: consideran que el primer motivo del recurso debe ser desestimado por prescindir de la valoración de la prueba y por falta de aplicación de la Ley de Prensa e Imprenta. Se opone al segundo motivo de casación citando la jurisprudencia de esta Sala sobre el carácter excepcional de la revisión en casación de las cuantías de las indemnizaciones.

Termina solicitando de la Sala “Que por presentado este escrito con sus copias se sirva admitirlo, y por cumplido el traslado efectuado, y a su virtud tenga a esta representación por impugnado el recurso de casación formulado por la representación de D^a Gabriela y D. Cosme, en representación de sus hijos menores de edad, y tras los trámites legales, desestime el recurso por las razones expuestas por esta parte en el cuerpo de este escrito, con la expresa imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente”.

OCTAVO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado, la representación procesal de la entidad Cuarzo Producciones, S.L. se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones: Manifiesta la existencia de una defectuosa interposición del recurso de casación al reproducirse literalmente el recurso de apelación. Solicita la confirmación de la sentencia recurrida al considerar que el Sr. Jaime no tenía capacidad para dirigir el programa sin que esté incluido en los supuestos del artículo 65.2 de la Ley de Imprenta, y al considerar que la fijación de las cuantías de las indemnizaciones corresponde al juzgador de instancia.

Termina solicitando de la Sala “Que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, tenga por formulado, en la representación que ostento oposición al recurso de casación interpuesto de contrario y, en su día, seguido el recurso por sus trámites, se dicte sentencia por la que se desestime íntegramente el recurso de casación planteado de contrario, confirmándose la sentencia en todos sus extremos, con expresa imposición de las costas, a la adversa, por su temeridad”.

NOVENO.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del primer motivo de casación por efectuarse en este motivo una nueva valoración de la prueba practicada. En cuanto al segundo motivo de casación, interesa su desestimación en aplicación de la

Jurisprudencia de esta Sala al entender que en el caso se ha atendido a las pautas establecidas en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982.

DÉCIMO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 14 de marzo de 2011, en que tuvo lugar.

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

CE, Constitución Española.

FJ, fundamento jurídico.

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial.

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.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

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

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. D. Cosme y D^a Gabriela interpusieron en nombre de sus hijos menores de edad, demanda de protección de su intimidad e imagen, contra Antena 3 Televisión S.A., Cuarzo Producciones S.L., Antena 3 Televisión S.A. y Cuarzo Producciones S.L., así como frente al director D. Antonio y el presentador D. Jaime por la aparición del rostro sin velar de sus hijos el 29 de octubre de 2007 en el programa A tres bandas de Antena 3 Televisión.

2. La sentencia de primera instancia estimó parcialmente la demanda al considerar que la aparición del rostro sin velar de los menores suponía una intromisión ilegítima en su

imagen conforme al artículo 4.3 de la LO 1/1996 de protección jurídica del menor, intromisión que no se justificaba en el derecho a la información, al ser innecesaria la divulgación de la imagen de los menores. Se consideró probado que esta divulgación sin velar se debió a un fallo técnico, que, sin embargo, no exoneraba de responsabilidad a los demandados que debieron extremar las cautelas necesarias. Se desestimó la demanda respecto al presentador, Sr. Jaime al no considerarle responsable de estos hechos. Se consideró también que no se había producido una intromisión en la intimidad de los menores al no constar que en el programa se hicieran manifestaciones que por su relevancia pudieran afectar a este derecho.

3. La Audiencia Provincial de Madrid desestimó el recurso de apelación de los demandantes que impugnó la absolución del presentador del programa, la inexistencia de intromisión en la intimidad de los menores y la indemnización concedida. En cuanto a la absolución de presentador, la sentencia declaró que el presentador no participó en el proceso de elaboración ni selección de contenidos y que nada pudo hacer para cortar las imágenes, sin que se le pudiera atribuir responsabilidad por el artículo 62.5 de la Ley de Prensa e Imprenta de 1966 por no tener intervención causal en el hecho. En cuanto a la intimidad de los menores, se confirmó la resolución de primera instancia al considerar que ninguna revelación de datos o circunstancias de los menores se realizaba. Por último en cuanto a la cuantía de la indemnización concedida se consideró adecuada y ponderada en atención al escaso tiempo de difusión indebida, al carácter accesorio de las imágenes, a la rápida intervención para su retirada y las inmediatas disculpas por su publicación.

4. Los demandantes han interpuesto recurso de casación al amparo del ordinal 1.º del artículo 477.1 de la LEC.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero de casación.

El motivo primero del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula: "Deficiente aplicación del artículo 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo de 1982, en relación a la intromisión del Sr. Jaime en el derecho a la propia imagen de la hija menor de edad del actor".

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente: considera que el demandado, como presentador del programa, tenía control sobre los videos emitidos, pudiendo haber frenado su emisión nada más percatarse de la ausencia del velado en los rostros de los menores. Alega que el Sr. Jaime conocía el video que iba a ser emitido, su contenido y el enfado del recurrente por la grabación del mismo, sin que en su duración superior al minuto y medio, solicitara la paralización del video. Considera que en virtud del principio de solidaridad del artículo 65.2 de la Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966, no procede desestimar la acción frente al Sr. Jaime que ha actuado como cooperador necesario del ilícito por ser el último eslabón de la cadena, conocedor de la noticia, encargado de transmitirla, presentándola y dando paso a las imágenes objeto de autos.

Este motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- Facultades del Tribunal de casación para valorar los hechos.

Las partes recurridas y el Ministerio Fiscal interesan la desestimación de este motivo por pretender a través del mismo una modificación de los hechos valorados por la Audiencia Provincial, cuyo examen no corresponde al recurso de casación.

Es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, RC núm. 5623/2000, 25 de febrero de 2008, RC núm. 395/2001, 2 de junio de 2009, RC núm. 2622/2005).

Este criterio se admite, entre otras resoluciones, por la STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, RC núm. 2766/2001, declara (FJ 6), entre otros extremos, que “la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto”.

Sin embargo, este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, o proponiendo una calificación que hace supuesto de dicha revisión, pues:

- a) El objeto del recurso de casación se limita al examen de concretas infracciones del ordenamiento jurídico en virtud del llamado principio de especialidad;
- b) En el recurso de casación no pueden combatirse de modo abierto las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida, solicitando una valoración conjunta de los medios de prueba o un examen exhaustivo de la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, pues esto convertiría el recurso en una tercera instancia, lo que ha sido rechazado con reiteración por esta Sala (SSTS 5 de abril de 1999, 15 de abril de 1999, 11 de mayo de 2005, 12 de mayo de 2005, 30 de junio de 2005, 30 de abril de 2008 RC núm. 349/2001, 1 de abril de 2009, RC núm. 1056/2004, 1 de abril de 2009, RC núm. 1056/2004, 4 de febrero de 2009, RC núm. 1188/2006);
- c) El error en la valoración de la prueba únicamente puede plantearse ante el Tribunal Supremo con arreglo al régimen procesal vigente por los estrechos cauces que permite

la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4 LEC, cuando la valoración efectuada por el tribunal de instancia haya sido arbitraria, ilógica o irrazonable, pues esto comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

En consecuencia, al examinar el recurso de casación interpuesto debemos verificar las valoraciones realizadas por la sentencia recurrida para la apreciación de la posible existencia de la vulneración alegada por la parte recurrente, pero no podemos prescindir de los hechos concretos de carácter objetivo que aquella considera probados.

La aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado supone la aceptación de los hechos probados de la sentencia recurrida que ha declarado que el presentador D. Jaime “no participa en la elaboración o selección de contenidos, ni en los temas a tratar (...), que nada pudo hacer para cortar inmediatamente las imágenes, aunque ciertamente desplegó la actividad que le fue posible y a su alcance a tal efecto (...) realizó cuanto estuvo a su alcance para impedirlo”.

CUARTO.- La colisión entre el derecho a la imagen del menor y la libertad de información. Responsabilidad del presentador.

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 intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El artículo 20.1 d) CE especifica que las libertades en él reconocidas encuentran su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título y “especialmente en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.

En consonancia con lo anterior, la especial protección que debe darse a datos relativos a menores ha tenido su acogida normativa en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica de Menor.

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 reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o personas particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a su

divulgación por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

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 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.

Los derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según reiterada jurisprudencia, se encuentran limitados por las libertades de expresión e información.

La limitación del derecho a la intimidad personal y familiar por la libertad de expresión o de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre uno y otro derecho, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (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). 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 intimidad personal y a la propia imagen. Esta posición prevalente deriva de que aquel derecho resulta esencial como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (SSTC 134/1999, 154/1999, 52/2002).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión 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) La libertad de información, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor, exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, por la que se entiende el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales (STC 139/2007). Este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal y 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).

iv) La ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación de los datos de la vida privada está justificada por los usos sociales, o hay base para sostener que el afectado adoptó pautas de comportamiento en relación con su ámbito íntimo que permita entender que, con sus propios actos, lo despojó total o parcialmente del carácter privado o doméstico (STS de 6 de noviembre de 2003, RC núm. 157/1998).

v) En los casos en los que los intereses de los menores están afectados, la normativa tanto interna (artículo 4.3 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que establece que constituye intromisión ilegítima la utilización de imágenes de los menores en los medios de comunicación que sea contraria a sus intereses), como la internacional (artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966; artículo 6 del Convenio Europeo hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

Fundamentales; artículo 8 de las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de justicia de menores de 29 de noviembre de 1985 -Reglas de Beijing-; y artículo 3 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1989) otorgan una especial protección al interés del menor. La Carta Europea de derechos del niño de 21 de septiembre de 1992 reconoce que todo niño tiene derecho a ser protegido contra la utilización de su imagen de forma lesiva para su dignidad.

Esta especial protección legislativa ha sido reconocida en la jurisprudencia constitucional y de esta Sala. Así, la STC 158/2009 de 29 de junio establece que en “la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta, ..., que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor”. También ha señalado que “ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor “viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz” (SSTC 134/1999, de 24 de mayo; y 127/2003, de 30 de junio).

D) En relación al artículo 65-2 de la Ley de 18 de marzo de 1966, en STS de 17 de marzo de 2004, (RC núm. 1359/1998) “esta Sala de casación civil, viene declarando que cuando no está individualizada la responsabilidad personal de cada uno de los intervinientes, ha de decretarse la responsabilidad solidaria, tendente a dotar de mayor eficacia, lo que se obtiene sin necesidad de acudir al precepto invocado art. 65.2.º, si bien no se aprecia motivo que eluda su aplicación (sentencia de 4 de noviembre de 1986, 7 de marzo de 1988, 11 de febrero de 1988, 19 de febrero de 1988, 20 de febrero de 1988, 20 de febrero de 1989 y 4 de julio de 1991)”; y concluye: “la responsabilidad civil por vulneración de los derechos fundamentales regulada en la Ley 1/1982, de 5 de mayo, se rige por el principio culpabilístico de la responsabilidad como se pone de manifiesto en la descripción de las distintas conductas infractoras que se recogen en su articulado; en las que se pone de manifiesto la necesidad de la concurrencia de una intencionalidad dirigida a la publicación o divulgación de la noticia o información, tanto escrita como gráfica”.

QUINTO.- Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

La cuestión planteada a través del presente motivo es la responsabilidad del presentador del programa en el que se emitieron las imágenes de menores de edad cuya intromisión ilegítima ha sido declarada por la sentencia recurrida. No es necesario, por no plantearse, efectuar una valoración de los derechos fundamentales en colisión, sino que partiendo de la existencia de intromisión ilegítima en la imagen de los menores de edad, procede determinar si además de los declarados responsables

por la sentencia recurrida, debe responder el presentador del programa en el que se emitieron las imágenes de dicha intromisión.

La parte recurrente fundamenta esta responsabilidad en el control por parte del presentador sobre los videos emitidos, en su participación en los contenidos y en el hecho de que no hizo nada para cortar la emisión. Estas alegaciones contradicen el resultado de la prueba practicada en la instancia y la base fáctica de la sentencia recurrida que declaró que D. Jaime “no participa en la elaboración o selección de contenidos, ni en los temas a tratar (...), que nada pudo hacer para cortar inmediatamente las imágenes, aunque ciertamente desplegó la actividad que le fue posible y a su alcance a tal efecto (...) realizó cuanto estuvo a su alcance para impedirlo”.

Partiendo de esta base fáctica y atendiendo al principio culpabilístico que rige esta materia en la que es necesaria la concurrencia de una intencionalidad en el autor de los hechos, no puede exigirse responsabilidad al presentador del programa que no actuaba como director del mismo y que no había tenido ningún control ni sobre los contenidos, ni sobre los videos que se iban a emitir pues ello supondría exigirle una responsabilidad objetiva, incompatible con la interpretación del artículo 65. 2 de la Ley de Prensa e Imprenta realizada por el Tribunal Constitucional en STC de 21 de diciembre de 1992 (Recurso de amparo núm. 167/1990) que exige culpa in eligendo (en la elección) o culpa in vigilando (en la vigilancia), requisitos que no concurren en el presente caso a tenor de la base fáctica de la sentencia recurrida.

SEXTO.- Enunciación del motivo segundo de casación.

El motivo segundo del recurso de casación se introduce con la siguiente fórmula “Deficiente aplicación del artículo 9.3 de la Ley orgánica 1/1982 de 5 de mayo de 1982, con respecto a la indemnización concedida a esta parte”.

El motivo se funda, en síntesis, en su desacuerdo con las justificaciones esgrimidas en la sentencia para mantener la cuantía de la indemnización al considerar que un minuto y medio en un programa del corazón, no es un escaso tiempo de difusión. Considera también que las imágenes no son accesorias, sino que al mostrar el enfado del demandante con la prensa por la actitud de los periodistas grabando a los menores, los convierte en protagonistas principales del video, sin que se pueda hablar de rápida intervención al no haber sido cortado el video, ni tampoco de disculpas, que de nada sirven cuando el daño está hecho. Mantiene que no existe un equilibrio lógico entre la lesión producida y la indemnización concedida y que en las circunstancias del caso hay que valorar la actitud de los demandantes, la gravedad del hecho y la difusión del medio y su beneficio, sin que se pueda permitir que quien se está lucrando ilegítimamente, se beneficie con ello.

Este motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- 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), sólo susceptible de revisión por error notorio o arbitrariedad, cuando existe una notoria desproporción (SSTS de 20 de octubre de 1988, 19 de febrero de 1990, 19 de diciembre de 1991, 25 de febrero de 1992, 15 de diciembre de 1994, 24 de marzo de 1998, 23 de noviembre de 1999, 5 de diciembre de 2000, 31 de enero de 2001, 25 de enero de 2002, 10 de junio de 2002, 3 de febrero de 2004, 28 de marzo de 2005, recurso de casación núm. 4185/989 de junio de 2005, 21 de abril de 2005, 17 de enero de 2006, 27 de febrero de 2006, 5 de abril de 2006, 9 de junio de 2006, 13 de junio de 2006, 16 de noviembre de 2006) o se comete una infracción del Ordenamiento en la determinación de las bases tomadas para la determinación del quantum (cuantía) (SSTS de 15 de febrero de 1994, 18 de mayo de 1994, 21 de diciembre de 2006).

La sentencia recurrida confirmó la cuantía de la indemnización concedida en primera instancia que fue de 20000 euros frente a los 600 000 solicitados en la demanda. Para ello se atendió “al escaso tiempo de difusión indebida de las imágenes de los menores, al carácter accesorio de las mismas, que por sí y en sí no suponen beneficio alguno extra para los considerados autores, de lesión, a ello unido que la difusión no tenía por objeto la imagen de los mismos, sino en relación con sus padres y por hechos ajenos a los mismos, a ello unido la rápida intervención, dentro de la complejidad del sistema, para su retirada y las inmediatas disculpas en relación con su publicación, a ello unido la notoriedad de los padres, que ciertamente en modo alguno merma reduce el derecho de los hijos, pero si en el contexto que en la intromisión se produce debe llevar a ser considerada en el ámbito indemnizatorio (...)”.

Esta Sala 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, la notoria desproporción de la indemnización concedida, o su falta de equidad o desigualdad en relación con casos similares.

En suma, esta Sala considera ajustada y ponderada la cantidad recogida en la resolución recurrida, pues responde a una valoración objetivamente razonada y correcta de las circunstancias concurrentes en el caso enjuiciado, sin que se aprecie un proceder irreflexivo o no acorde a las reglas de la lógica que imponga su modificación o reducción.

OCTAVO.- Desestimación del recurso y costas.

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte

que interpuso el recurso, en virtud de lo dispuesto en el art. 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. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D. Cosme y D^a Gabriela, en nombre de sus hijos menores de edad, contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo núm. 442/2009, por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 19.ª de fecha 29 de noviembre de 2009, cuyo fallo dice:

“Fallamos. Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de D. Cosme y D^a Cayetana contra la sentencia dictada con fecha 19 de diciembre de 2008 en los autos seguidos en el Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de los de Madrid bajo el núm. 1665/2007, debemos confirmar y confirmamos dicha sentencia, con expresa imposición de las costas del presente recurso a la parte apelante”.

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

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte que lo ha 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.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trias.- Rafael Gimeno-Bayón Cobos.

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.