

En la Villa de Madrid, a diecisiete de octubre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal que con el núm. 299/2010 ante la misma penden de resolución, interpuestos por la representación procesal de D^a María José, aquí representada por el procurador D. Federico J. Olivares de Santiago, contra la sentencia de fecha 9 de noviembre de 2009, dictada en grado de apelación, rollo núm. 224/2009, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 5^a, dimanante de procedimiento de juicio ordinario núm. 1829/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Málaga. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de D. José y D. Antonio. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Málaga dictó sentencia de 10 de octubre de 2008 en el juicio ordinario núm. 1829/2007, cuyo fallo dice:

“Fallo: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el procurador D. José Carlos González Fernández, en nombre y representación de D^a María José, contra D. José y D. Antonio, sobre protección civil del honor y la propia imagen, debo dictar sentencia con los siguientes pronunciamientos:

1º) Declarar que D^a María José ha sufrido intromisión ilegítima en el derecho a su propia imagen tanto por la captación y utilización de la misma en la fotografía que ilustra la noticia publicada por el diario Málaga Hoy en su página 23, de fecha treinta de mayo de 2007 como por su asociación con el contenido de dicha noticia.

2º) Condenar a D. José y D. Antonio a que, de forma solidaria, indemnicen a D^a María José en la suma de tres mil euros (3.000 euros) por dicha intromisión al derecho a su propia imagen.

3º) Condenar a D. José y D. Antonio a que procedan a la rectificación de la noticia mediante difusión del encabezamiento y el fallo de la presente resolución en espacio, ubicación y topología similares a los utilizados para la publicación de la noticia objeto del procedimiento de fecha treinta de mayo de 2007, así como a la destrucción de los soportes en los que figure la citada fotografía.

4º) No hacer especial pronunciamiento en materia de costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes, por mitad.”

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

Primero: Ejercita la demandante la acción que los artículos 1.1, 7, 8.2 c) y 9.1 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo otorgan frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen garantizados por el artículo 18.1 de la Constitución Española, dirigiendo su pretensión, solidariamente, contra D. José y D. Antonio, en su respectiva condición de editor y director del periódico Málaga Hoy, diario de esta provincia en el que se publicó una noticia con ilustrada con una fotografía en la que aparece aquella y que no guarda relación con su titular ni con su contenido, lo que lesiona su derecho al honor, tanto por la captación y su imagen como por asociarla a la noticia ajena a su esfera personal.

Segundo: No es hecho controvertido que el día treinta de mayo de 2007, en el número 1.101, el diario Málaga Hoy publicó en su página 23 una noticia a cuatro columnas con el titular siguiente: “Agrade a su ex pareja tras salir de la Audiencia y ser detenido por maltratarla”. Como subtítulo de la noticia y con caracteres de menor tamaño, si bien destacado sobre el texto, se reseñaba que “Sobre el detenido pesaban dos órdenes de alejamiento, la última dictada media hora antes de que volviese a golpear a su ex mujer”. El texto se ilustró con una fotografía de la entrada al antiguo Palacio de Justicia del Miramar en la que puede verse una fila de personas de espaldas al fotógrafo (en la parte derecha) que pretendían entrar en dichas dependencias y en la izquierda tres personas, dos de ellas mujeres y un hombre, saliendo del edificio que fueron captados por el fotógrafo de frente y por tanto perfectamente identificables, siendo una de ellas la demandante (documento Uno B del escrito de demanda).

Tercero: Como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 1997, en la doctrina se ha aceptado unánimemente la definición procedente de la italiana, según la cual el honor es la dignidad personal reflejada en la consideración de las demás y en el sentimiento de la propia persona, tesis aceptada y seguida por el Tribunal Supremo en sentencias de 23 de marzo de 1987 hasta la de 15 de julio de 1996, la cual reitera que el honor se integra por dos aspectos: el de la inminencia representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y el de trascendencia integrado por el reconocimiento que los demás hacen de nuestra dignidad. Ello entronca con el elemento de la divulgación, imprescindible para que pueda apreciarse intromisión ilegítima en el derecho al honor, como reiteradamente viene proclamando la jurisprudencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 1989, 30 de diciembre de 1991, 6 de julio de 1992, 23 de marzo de 1993 y 15 de febrero de 1994.

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo vienen señalando que la colisión entre los derechos fundamentales libertad de información, honor, intimidad e imagen, encuadrados en la categoría de derechos de la personalidad, impide fijar apriorísticamente los verdaderos límites y fronteras de uno y otro, lo que ha de verificarse en cada caso concreto sometido a enjuiciamiento, huyendo, más que en ninguna otra materia, de formalismos enervantes, siquiera haya de afirmarse siguiendo la doctrina constitucional que “el artículo 20 de la Constitución Española, en sus distintos apartados, garantiza el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vacíos de contenido real derechos que la Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de la legitimidad democrática que se enuncia en el artículo 1 apartado 2, de la Constitución Española y que es base de nuestra ordenación jurídico-política (sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de marzo de 1986), puntualizando que la Constitución otorga a las libertades del artículo 20 “una valoración que trasciende a la que es común y propia de todos los derechos fundamentales (sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de julio de 1986).

La libertad de información, indisoluble del pluralismo político, es garantía de la opinión pública y ha de prevalecer sobre hechos de interés general, con trascendencia política, social o económica, primando entonces sobre el interés a la dignidad e intimidad personal, de tal manera que la veracidad que se exige a la información no priva de protección a aquellas que puedan resultar erróneas o no probadas en juicio, si han sido contrastadas con datos objetivos, aun cuando su total exactitud sea controvertible (sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de junio de 1988) en relación al requisito de veracidad de la información. Las sentencias del Tribunal Constitucional 6/1988, 105/1990 y 183/95, indican que la exigencia constitucional de la veracidad de la información, a que se refiere el artículo 21.1 d) de la Constitución Española significa que el informador tiene un especial deber de contrastar la información en orden a comprobar la veracidad de los hechos que expone mediante las oportunas averiguaciones debidamente contrastadas y empleando una diligencia media exigible a un profesional.

Cuarto: Aplicando dicha doctrina al presente supuesto debe indicarse que, sin perjuicio del derecho de información y de libre comunicación que debe reconocerse al periódico Málaga Hoy (del que los demandados son, respectivamente, editor y director), la fotografía que ilustra la noticia publicada el día treinta de mayo de 2007 carece de relación con el contenido de la misma, pues siendo esta cierta en su contenido pudo acompañarse de una imagen que no captara la imagen de terceros que nada tienen que ver con los hechos relatados, no pudiendo calificarse la fotografía como “accesoria” en los términos previstos en el artículo 8.2.c) de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, pues como indica la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 14 de marzo de 2003, 17 de marzo de 2004, 15 de junio de 2005 y 22 de febrero de 2007) existe accesoriadad cuando la imagen no es elemento principal, porque no es

necesaria la presencia ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, pudiendo ser excluida sin que afecte al interés de la información. Antes al contrario, su tamaño y el hecho de que las tres personas que aparecen en la misma resalten sobre el conjunto integrado por la puerta de entrada del antiguo Palacio de Justicia del Miramar frente al grupo de personas que pretende entrar en las dependencias y que figuran en el lado derecho, de espaldas al fotógrafo, permiten concluir que el centro de atención del lector se dirige a esas tres personas que son perfectamente identificables y que atentan contra el derecho a la propia imagen por esa difusión del aspecto físico de personas ajenas a la noticia.

Es legítimo el derecho del periodista autor de la noticia de ilustrarla convenientemente, para ello nada mejor que emplear una fotografía relacionada con el ámbito judicial y, concretamente, con sus dependencias, al producirse el altercado a la salida del Palacio de Justicia, pero ello no justifica que, empleando una imagen de dicho edificio, se elija una que permite identificar a unas personas determinadas, circunstancia que pudo evitarse ocultando o difuminando el rostro de las personas ajenas a la noticia, con la consecuente vulneración del derecho a la propia imagen de la demandante.

Quinto: Solicita la demandante como pronunciamientos judiciales, tras la declaración de que la captación y utilización en la noticia publicada en la página 23 de la edición de fecha treinta de mayo de 2007 supone una intromisión ilegítima en su derecho a preservar su imagen, varios pronunciamientos judiciales: La declaración de que D^a María José ha sufrido también una intromisión ilegítima en su derecho al honor al haberse asociado su imagen con un suceso al que ella es totalmente ajena, como es la agresión a una mujer a la que se refiere la noticia publicada por el diario Málaga Hoy en su página 23, de fecha treinta de mayo de 2007. La condena de los demandados, solidariamente, a indemnizar a la demandante en la suma de 3.000 euros por la captación y utilización ilegítima de su imagen. La condena de los demandados, también solidariamente, a indemnizar a la demandante en la suma de 3.000 euros por la intromisión ilegítima en su derecho al honor. La condena de los demandados a que procedan a la rectificación de la noticia sobre la agresión a una mujer publicada por el diario Málaga Hoy en su página 23, de fecha treinta de mayo de 2007, mediante la difusión de la cabecera y el fallo de la sentencia que se dicte en este proceso, en espacio y topología similares a los utilizados para la publicación de dicha noticia, y la condena de los demandados a que, en garantía de que no se producirá en el futuro una nueva utilización indebida de la imagen de la demandante, destruyan todos los soportes en que figure la fotografía de ella publicada el treinta de mayo de 2007.

De dichos pronunciamientos derivados del declarativo de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de D^a M^a José, únicamente procede estimar una de las indemnizaciones solicitadas, pues la demandante pretende duplicarlas alegando que el hecho denunciado implica dos intromisiones distintas cuando en realidad constituyen una sola, pues el empleo inadecuado de la fotografía atenta contra el derecho a la propia imagen por asociarse con una noticia ajena a la demandante y que

puede inducir a error sobre su implicación en la misma, no por su empleo en sí, por lo que únicamente debe estimarse una de las indemnizaciones solicitadas, por importe de 3.000 euros. Sí procede estimar la petición de rectificación de la noticia mediante difusión del encabezamiento y el fallo de la presente resolución en espacio, ubicación y tipología similares a los utilizados para la publicación de la noticia objeto del procedimiento, así como la destrucción de los soportes en los que figure la citada fotografía.

Sexto: Al estimarse parcialmente la demanda, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no procede hacer especial pronunciamiento en materia de costas, debiendo cada parte abonar las causadas a su instancia y las comunes, por mitad.”

TERCERO.- La Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia de 9 de noviembre de 2009, en el rollo de apelación núm. 224/2009, cuyo fallo dice:

“Fallamos: Que estimándose el recurso de apelación formulado por D. José y contra D. Antonio, representados en esta alzada por el procurador Sr. Gross Leiva y desestimándose el interpuesto por la representación procesal de D^a M^a José, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Málaga, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, dejando sin efecto dicha resolución, debemos desestimar y desestimamos la demanda entablada por D^a M^a José contra D. José y contra D. Antonio, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. Todo ello, con imposición a la actora del pago de las costas causadas en la instancia y de las ocasionadas por su recurso, sin pronunciamiento sobre las causadas por el recurso interpuesto por los demandados.”

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

Primero.- Por D^a M^a José se formuló demanda de juicio ordinario de protección civil del honor y de la propia imagen contra D. José y contra D. Antonio, recayendo en la instancia sentencia parcialmente estimatoria de sus pretensiones. Por la representación procesal de D^a M^a José se interpone el presente recurso de apelación contra la mencionada resolución impugnando el pronunciamiento que desestima la indemnización solicitada por la intromisión ilegítima en su derecho al honor. Así mismo, por la representación procesal de D. José y contra D. Antonio, se interpone, también, recurso de apelación contra dicha resolución alegando error en la valoración de la prueba, negando la intromisión alegada de contrario y vulneración de la normativa y jurisprudencia aplicable en torno a la figura de la imagen accesoria.

Segundo.- En este orden de cosas, examinada la prueba practicada en autos y siendo reconocido por ambas partes, queda acreditado que el día 30 de mayo de 2007 el diario Málaga Hoy publicó en la página 23 de su núm. 1101 y a cuatro columnas, una noticia titulada "Agrede a su ex pareja tras salir de la Audiencia y ser detenido por maltratarla". Como subtítulo y en caracteres de menor tamaño pero destacado sobre el texto se reseñaba "Sobre el detenido pesaban dos órdenes de alejamiento, la última dictada media hora antes de que volviese a golpear a su ex mujer" y a continuación pasaba a narrarse el texto de la noticia en caracteres más pequeños. Como ilustración se publicaba una fotografía insertada en la parte superior de la página sobre los titulares y el texto en la que aparecía la fachada y entrada principal del Palacio de Justicia del Miramar de Málaga en un momento de gran afluencia de público, en la que podía verse en su parte derecha una fila de personas de espaldas esperando para entrar y en su parte izquierda tres personas de frente que parecían salir del edificio, una de las cuales era la ahora actora. La noticia no guardaba relación con ninguna de las personas que aparecían en la fotografía, ni en la misma se hacía referencia alguna a quienes pudieran ser, ni estas resultaban identificadas más allá de la consideración de público en los accesos del edificio judicial.

Tercero.- Como la jurisprudencia constitucional y de nuestro Tribunal Supremo ha dicho en innumerables ocasiones, la protección jurídica de los derechos fundamentales al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que la Constitución contempla en su artículo 18.1, se lleva a cabo a través de la Ley Orgánica 1/82 de 5 de mayo, que es la norma que concreta -en su artículo 7- las intromisiones ilegítimas en tales derechos, entendiéndose por tales, según de forma sintética plasma la sentencia de 19 de noviembre de 2008, "la instalación de dispositivos que permitan la captación de imágenes y/o sonido relativos a la intimidad de las personas, su utilización, la difusión de datos sobre la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, la divulgación de datos privados obtenidos en el ejercicio de la profesión de quien los revela, 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 (con las salvedades establecidas en la propia ley), así como la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación".

Promovida una acción para tutelar un derecho de la personalidad, por posible existencia de una intromisión ilegítima en los términos previstos en el artículo 7 de la referida Ley, como es el caso, se ha de tener presente que los derechos, inclusive los que gozan de rango constitucional, carecen de un carácter absoluto o ilimitado, de modo que todos -también los de la personalidad, entre los que se encuentra el que se tiene sobre la propia imagen-, aparecen limitados en su ejercicio por otros derechos y bienes constitucionales, en particular, por el derecho a la comunicación de información y a las libertades de expresión y creación artística. Así lo explica la referida sentencia de 19 de noviembre de 2008, que indica al respecto que la Ley 1/82, de 5 de mayo

“ofrece una garantía de los derechos fundamentales a los que se refiere, partiendo de la base de que, como todos los derechos de la persona, no tienen un contenido ilimitado, sino que su colisión con otros derechos, como el de la información o el de la libertad de expresión, debe ser tratada caso por caso, atendiendo a la adecuada ponderación de los intereses públicos y privados en juego”.

Siendo habitual, entonces, la colisión entre derechos fundamentales -que aquí se produce entre el derecho a la propia imagen de la actora y la libertad de información del medio informativo-, es doctrina pacífica y constante ante esa ya clásica confrontación, determinar, en cada caso concreto, -y, por ende, en el supuesto enjuiciado-, cuál de ellos ha de considerarse preeminente y más digno de protección, o, dicho de otro modo, cuál de los dos derechos en conflicto ha de ser sacrificado en beneficio del otro, lo que se hará por el tribunal a través de un juicio de ponderación -por todas, sentencia de 20 de noviembre de 2008- “que en todo caso ha de respetar la definición constitucional y los límites de los derechos en conflicto” cuya efectiva observancia corresponde verificar a este Tribunal, siendo objeto de este recurso determinar si se han vulnerado los derechos en juego atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados en la instancia. Y ello porque para analizar y ponderar los derechos en juego (imagen de la actora, frente a la libertad de información de la publicación), la delimitación de la colisión ha de hacerse caso por caso, sin que puedan establecerse apriorísticamente límites o fronteras entre uno y otro derecho -sentencias de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005 y 22 de julio de 2008-, sin perjuicio de que esa tarea de ponderación tenga en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la CE, ostentan los derechos a la libertad de expresión e información, siempre que esta sea veraz, afecte a asuntos de relevancia pública o interés general por la materia o personas a las que se refieran, y no se viertan insultos o expresiones injuriosas o vejatorias innecesarias para comunicarla, lo que como ya hemos dicho no concurre en este caso.

Cuarto.- Tiene dicho el Tribunal Supremo en muchas ocasiones (por todas SSTs de 11 abr. 1987 y 9 feb. 1989) que el derecho a la propia imagen confiere a su titular la facultad exclusiva de “difundir o publicar su propia imagen y, por ende, de evitar su reproducción”, entendiéndose por imagen la reproducción o representación de la figura humana en forma visible y reconocible. El citado derecho tiene por tanto una doble dimensión o faceta, la positiva o facultad de decidir sobre la obtención, reproducción y publicación de la propia imagen, y la negativa, que autoriza para impedir la mera obtención, la reproducción o la difusión de la propia imagen por un tercero sin que medie el consentimiento de su titular. En consonancia con lo dicho, el art. 7.5 de la LO 1/1982 de 5 may. considera una 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 la vida privada o fuera de ellos”. El art. 8.2 contempla, sin embargo, una serie de supuestos en los que no obstante producirse aquella captación, reproducción y publicación no existiría vulneración del derecho a la

propia imagen, se trata de verdaderas excepciones a la regla general que, de concurrir, excluyen la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y honor.

En concreto, señala dicho artículo 8.2.c. (al que se remite expresamente el artículo 7.5 in fine) que el derecho a la propia imagen no impedirá la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público, y la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesoria. Por su parte la sentencia de 20 de noviembre de 2008, con cita de la de 19 de octubre de 1992, entre otras muchas, establece que imagen accesoria es aquella que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal (la accesoriadad en la Ley hace referencia a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje). Así, en aquellos casos en que la información periodística se realiza por medio de fotografías en que se plasma un suceso o acontecimiento o en que el texto escrito va ilustrado con fotografías del evento objeto de la información, la imagen accesoria es aquella que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal. Y esto es lo que ocurre en el caso de la imagen de la actora, que ni aparece en el centro de la fotografía, ni se centra sobre ella la información que se vierte en la noticia publicada. Tal y como antes se expresó, la fotografía tiene un carácter meramente accesorio respecto de la información publicada, lo que nos lleva a establecer dos observaciones. En primer lugar la excepción que nos ocupa no se refiere a un carácter accesorio del reportaje gráfico respecto de la información escrita, sino al carácter accesorio de la imagen de la persona que aparece en la información gráfica respecto de esta, y parece evidente que la imagen de la actora es accesoria en la fotografía que se publica cuando además el pie de foto no se refiere precisamente a ella ni la identifica en relación con la noticia.

Quinto.- No discutida la veracidad de la información, tampoco lo es que la imagen fuese captada en un lugar público, lo que permite excluir la ilegitimidad de la intromisión y amparar la conducta del medio en el ámbito constitucionalmente protegido de su libertad de información, habida cuenta que si la verdadera intención de los demandados fue, como aseguran, informar a sus lectores de un hecho ocurrido a la salida del Palacio Miramar, es lógico que quisiera acompañar su información de la imagen de dicho edificio, así como el carácter público que tienen sus accesos. Las imágenes en cuestión no solo son fugaces, sino que presentan un carácter supletorio y subordinado a la información que pretendía transmitirse, por lo que en modo alguno puede sostenerse que hayan vulnerado ni el derecho al honor ni al derecho a la propia imagen en la actora, al tratarse de una información veraz sobre hechos ocurridos en un lugar público, que presentaba relevancia e interés. Al leer el reportaje se puede comprobar que no hay ni una sola alusión a la demandante, ni ninguna mención a su nombre o identidad. De manera que el reportaje es perfectamente entendido aun sin conocerse la identidad de la demandante y del resto de las personas que aparecen en la fotografía con que aquel está ilustrado. Se trata de una información que va más en la dirección de exaltar el lugar público donde ocurrieron los hechos a que se refiere la

noticia publicada. Por lo que, en este sentido, tampoco añade nada específico al reportaje la figura fotografiada de la demandante.

Y precisamente porque a lo que se invita desde el reportaje es al conocimiento del tránsito público en la zona de acceso al Palacio Miramar. Y de hecho ni en la demanda ni en las demás alegaciones de las partes se ha puesto de manifiesto dato alguno que pudiera otorgar una relevancia esencial a la fotografía de la demandante dentro del reportaje en cuestión. Y tampoco consta una afección negativa que haya podido tener lugar ni en el ámbito familiar, ni en el laboral, ni en el social de la actora. Se da en el presente caso, que junto al núcleo principal, escrito, del reportaje informativo sobre lo ocurrido a la salida del Palacio Miramar, aparece de forma accesorio, anónima e innominada, la fotografía de varias personas, y entre ellas, la demandante. Más con el carácter de un elemento accidental o complementivo de la información que como un elemento esencial e insustituible. Lo que determina que sea aplicable a este caso la excepción prevista en el art. 8.2 c), de la LO 1/1982. Vemos, pues, que en la confrontación entre el derecho a la imagen (invocado por la demandante) y el derecho a la información (opuesto por la parte demandada) debe prevalecer, en este caso, concreto el derecho a la información, dada la accesoriedad con que aparece la fotografía de aquella, que impide la apreciación de una intromisión ilegítima en este derecho de su persona. Razones que llevan a estimar el recurso entablado por la representación procesal de los demandados y con ello, la desestimación tanto del interpuesto de contrario por la actora, como de la demanda rectora de estas actuaciones.

Sexto.- Desestimándose la demanda y el recurso de apelación formulado por la actora, esta deberá abonar las costas causadas en la instancia y las ocasionadas por su recurso, a tenor de lo establecido en los artículos 394 y 398 de la LEC. Así mismo, estimándose el recurso entablado por los demandados, no cabe hacer pronunciamiento sobre las costas causadas por su recurso, de conformidad con lo preceptuado en el citado artículo 398 de la LEC.”

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

Motivo primero. “Formulado al amparo del art. 477.1 LEC, por considerar que la sentencia dictada en grado de apelación ha infringido los arts. 18.1 y 20.4 de la Constitución Española, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la delimitación entre los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE, y el derecho a como recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, reconocido en el art. 20.1.d) de la Constitución, recogida en la sentencia de Pleno de la Sala Primera, de fecha 16/01/2009, y en la sentencia 506/2009, de 6/07/2009, entre otras.” El motivo se

funda, en resumen, en lo siguiente: La sentencia impugnada ha considerado erróneamente que el derecho a transmitir información prevalece en este caso sobre el derecho a la propia imagen y no ha aplicado correctamente los criterios delimitadores establecidos por la jurisprudencia para los supuestos de colisión entre ambos derechos, que se recogen en la STS 506/2009, de 6 de julio de 2009. Añade que no es suficiente con que se cumpla el requisito de veracidad, así como que resultaba innecesario sacrificar el derecho la imagen de la demandante para ejercer el derecho a la información y transmitir el reportaje sin merma alguna de su contenido, pudiendo haberse velado sus rasgos físicos.

Motivo segundo. “Formulado al amparo del art. 477 LEC, apartados 1 y 2.1º por considerar que la sentencia dictada en grado de apelación ha infringido el art. 18.1 de la Constitución, en relación con los arts. 7.5 y 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y la jurisprudencia sobre accesoriedad, sacrificando indebidamente los derechos al honor y a la propia imagen de mi representada en favor del derecho a la información de la demandada, por considerar que existe accesoriedad en la fotografía publicada.” El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente: En el caso que nos ocupa, el texto del reportaje publicado narra lo sucedido, pero la fotografía que lo acompaña no muestra imágenes del suceso, sino del lugar donde se produjo, tomadas en otro momento, por lo que no puede decirse que la información periodística se complementa con fotografías que plasmen el suceso o que el texto escrito esté ilustrado con fotografías del evento objeto de la información. Por tanto, concluye que en la fotografía publicada no puede apreciarse que la imagen de la demandante sea accesorio y por ende, excluya la intromisión ilegítima, pues no se dan los requisitos que configuran el supuesto de excepción a la regla general del art. 7.5 de la LO 1/1982. Añade que el art. 8.2.c) de la LO 1/1982 es inaplicable cuando se trata de una fotografía en la que el fotógrafo periodista no recoge imágenes de un acontecimiento que sucede en un determinado instante, sino que se limita a informar sobre el estado de un lugar público, pudiendo elegir libremente el lugar y el momento en el que captar la imagen.

Termina solicitando de la Sala “Que teniendo por presentado este escrito, con la certificación de la sentencia impugnada, y sus correspondientes copias, se sirva admitirlo y tener por interpuestos en tiempo y forma hábiles recurso extraordinario por infracción procesal y recurso extraordinario de casación contra la sentencia dictada con fecha 9 de noviembre de 2009 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Málaga, en el rollo de apelación 224/09, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo a efectos de que dicho Alto Tribunal pueda decidir sobre su admisión y, en su caso, tras la tramitación pertinente, sobre su estimación.”

SEXTO.- Por auto de 10 de diciembre de 2010 se acordó no admitir el recurso extraordinario por infracción procesal y admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado, la representación procesal de D. José y D. Antonio formula en síntesis, las siguientes alegaciones:

Primera. El Tribunal ha analizado y ponderado correctamente los derechos fundamentales en conflicto, resolviendo desestimar la pretensión de la actora al concluir que la información gráfica era veraz, relevante y captada en un lugar público, sin que en modo alguno atentase contra su derecho al honor. En el caso concreto, resulta patente el interés general de la información publicada, dado que se trata de hechos relevantes, tipificados penalmente, lo que unido a la singularidad de la agresión, al lugar en que se produjo y a la obligación de los medios de contribuir a la erradicación de tales conductas convertían a la misma en objeto ineludible de información. Además no se ha probado a lo largo del procedimiento que se hubiera irrogado algún perjuicio a la demandante.

Segunda. La publicación cuestionada no vulnera el derecho a la propia imagen de la demandante pues estamos ante una imagen de una persona que aparece como meramente accesoria en la información gráfica sobre un determinado suceso o acaecimiento, resultando de aplicación el citado art. 8.2 c) de la LO 1/1982. Además resulta acreditado que la información publicada resulta totalmente ajena a la recurrente, que ni siquiera se la nombra o se la identifica en el artículo, que el interés informativo de la fotografía se centra en retratar la salida de los Juzgados en un momento cualquiera, resultando de todo lo anterior que aun cuando la imagen de la demandante aparezca en la fotografía lo hace de manera colateral y accesoria, lo que excluye cualquier posibilidad de que su publicación implique una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de aquella.

Termina solicitando de la Sala “que tenga por presentado este escrito, teniendo por formalizada la oposición al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a María José el 2 de febrero de 2010 y, tras los trámites legales, se proceda a su desestimación, condenando a la recurrente al pago de las costas.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal informa, en resumen, lo siguiente: Sostiene, en cuanto al primer motivo, que la imagen de la demandante es accesoria al encontrarse dentro del reportaje de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal. Respecto al motivo segundo, considera, al igual que la sentencia recurrida, que las imágenes no solo son fugaces sino que presentan un carácter supletorio y subordinado a la información que pretendía transmitirse, la cual además de ser veraz, versaba sobre hechos ocurridos en un lugar público y presentaba interés y relevancia. Además en el reportaje escrito no se contiene ninguna alusión a la demandante, ni se menciona su identidad, sin que la figura de la fotografiada aporte nada relevante al reportaje, de manera que puede decirse que junto al núcleo principal escrito del

reportaje informativo sobre lo ocurrido a la salida del Palacio Miramar aparece de forma accesoria, anónima e innominada la fotografía de varias personas, entre las que accidentalmente se encontraba la demandante. Por todo esto, considera aplicable al caso la excepción prevista en el art. 8.2 c) de la LO 1/1982 e interesa la desestimación del recurso.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 5 de octubre de 2011, en que tuvo lugar.

DÉCIMO.- 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 Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. D^a M^a José formuló demanda de protección civil del derecho al honor y de la propia imagen frente a D. José y contra D. Antonio, en su respectiva condición de editor y director del periódico Málaga Hoy, por la publicación en el mismo, el 30 de mayo de

2007, de una noticia referida a la agresión de una mujer por parte de su ex pareja a la salida de la sede de la Audiencia Provincial de Málaga, la cual se ilustraba con una fotografía de la entrada al antiguo Palacio de Justicia de Miramar en cuya parte derecha podía verse una fila de personas de espaldas al fotógrafo que pretendían entrar en dichas dependencias y en la izquierda a tres personas, que fueron captadas de frente saliendo del edificio, perfectamente identificables, siendo una de ellas la demandante, quien no guardaba ninguna relación con la noticia. Reclamaba que se declarase que la captación y utilización ilegítima de su imagen en el diario representaba una vulneración de su derecho a la propia imagen y de su honor al haberse asociado su imagen con un suceso del que ella era totalmente ajena, que se condenase solidariamente a los demandados a indemnizarla en la suma de 3 000 euros por cada una de las intromisiones alegadas, así como que se procediese a la rectificación de la noticia y a la destrucción de los soportes en los que figurase la citada fotografía.

2. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda por considerar acreditada la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de D^a M^a José, por la captación como por la utilización de su imagen en la fotografía que ilustraba la noticia publicada por el diario, como por su asociación con el contenido de la misma induciendo así a error sobre su implicación en los hechos y condenó solidariamente a los demandados a indemnizarla en la suma de 3 000 euros, a la rectificación de la noticia y a la destrucción de los soportes en los que figurase la citada fotografía.

Se fundó, en síntesis, en que:

(a) La fotografía que ilustra la noticia ofrecida carecía de relación con el contenido de la misma, pudiendo haberse acompañado la noticia de una imagen que no captara la figura de terceros que nada tenían que ver con los hechos relatados.

(b) La imagen no podía calificarse de accesoria, antes al contrario, su tamaño y el hecho de que las tres personas que aparecen en la misma destacasen sobre el resto del conjunto, provocaba que se convirtieran en el centro de atención del lector, resultando por su físico plenamente identificables, pudiendo haberse utilizado una imagen del edificio en la que se ocultara o difuminara el rostro de las personas que a su entrada se encontraban.

3. La Audiencia Provincial desestimó el recurso formulado por la parte demandante, estimó el recurso de los demandados, revocó la sentencia de primera instancia y absolvió a los demandados de las pretensiones formuladas. Declaró que no se había producido lesión al derecho al honor y a la propia imagen de la demandante puesto que la aparición de la imagen de esta en la fotografía que ilustraba la información

periodística era meramente accesorio, secundaria, no se refería a ella la noticia, ni se la identificaba de alguna forma, pretendiéndose con la fotografía representar gráficamente el lugar público donde ocurrieron los hechos y el tránsito público de la zona de acceso al edificio sin que se otorgase relevancia especial a la imagen de la demandante dentro del reportaje en cuestión, lo que determinó la aplicación de la excepción prevista en el artículo 8.2 c) de la LO 1/1982.

4. Contra esta sentencia interpone recursos extraordinario por infracción procesal y de casación la demandante, de los cuales solo ha sido admitido el de casación al amparo del artículo 477.1.1 LEC, por referirse el procedimiento a derechos fundamentales.

SEGUNDO.- Enunciación de los motivos de casación.

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

“Formulado al amparo del art. 477.1 LEC, por considerar que la sentencia dictada en grado de apelación ha infringido los arts. 18.1 y 20.4 de la Constitución Española, y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la delimitación entre los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE, y el derecho a como recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, reconocido en el art. 20.1.d) de la Constitución, recogida en la sentencia de Pleno de la Sala Primera, de fecha 16/01/2009, y en la sentencia 506/2009, de 6/07/2009, entre otras.” El motivo se funda, en síntesis, en que la sentencia impugnada ha considerado erróneamente que el derecho a transmitir información prevalece en este caso sobre el derecho a la propia imagen y no ha aplicado correctamente los criterios delimitadores establecidos por la jurisprudencia para los supuestos de colisión entre ambos derechos.

El motivo segundo se introduce con la siguiente fórmula:

“Formulado al amparo del art. 477 LEC, apartados 1 y 2.1º por considerar que la sentencia dictada en grado de apelación ha infringido el art. 18.1 de la Constitución, en relación con los arts. 7.5 y 8.2 c) de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y la jurisprudencia sobre accesoriedad, sacrificando indebidamente los derechos al honor y a la propia imagen de mi representada en favor del derecho a la información de la demandada, por considerar que existe accesoriedad en la fotografía publicada.” El motivo se funda, en síntesis, en que de la fotografía publicada no puede apreciarse que la imagen de la demandante sea accesorio y por ende, excluya la intromisión ilegítima, pues no se dan los requisitos que configuran el supuesto de excepción a la regla general del artículo 7.5 de la LO 1/1982.

Estos dos motivos están en estrecha relación entre sí y deben ser examinados conjuntamente. Ambos deben ser desestimados.

TERCERO.- Colisión de la libertad de información con el derecho a la propia imagen.

A) Si bien la acción ejercitada en la demanda se basaba en la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen por la captación y utilización en la noticia sobre un episodio de violencia de género de una fotografía, tomada en la entrada del Palacio de Justicia de Miramar de la ciudad de Málaga, en la que aparece perfectamente identificada la imagen de la recurrente junto con la de otras personas en un momento de gran afluencia de público, al entender que pudiera inducir a error al lector respecto de su participación en los hechos sobre los que se informaba, el fundamento principal en que se apoya el recurso de casación, como se deduce de la argumentación de sus dos motivos, se limita a la vulneración del derecho a la propia imagen por la utilización ilegítima de la imagen de la recurrente en la citada fotografía al postular que no opere la excepción del artículo 8.2, c) de la LPDH. De ahí que el objeto del recurso se circunscriba a determinar si el derecho a la imagen de la demandante ha sufrido un atentado constitucionalmente intolerable como consecuencia de haber aparecido su imagen en la citada fotografía publicada en la prensa.

B) 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 comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el art. 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho a la propia imagen.

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

El TC entre otras, en SSTC 231/1988, 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; 300/2006, de 23 de octubre; 72/2007, de 16 de abril y 77/2009, de 23 de marzo) caracteriza el derecho a la propia imagen como “un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus

rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública” y a “impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde”. El TC declara que “se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguardia de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual”.

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

El derecho a la propia imagen se halla protegido en el artículo 18.1 CE y desarrollado en la LPDH, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 LPDH.

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

C) De acuerdo con la disciplina constitucional de la materia, esta Sala considera que las circunstancias que rodearon la utilización de la imagen de la recurrente determinan, contrariamente a lo que declara la sentencia recurrida, que pueda considerarse vulnerado su derecho a la propia imagen.

Hay abundante doctrina de esta Sala que toma en cuenta el carácter accesorio de la imagen de una persona, respecto del texto escrito o el contexto de la fotografía o fotograma (SSTS, entre otras, 19 de octubre de 1992, RC núm. 1449/1990, 24 de

octubre de 1996, RC núm. 3914/1992, 28 de diciembre de 1996, RC núm. 564/1993, 7 de julio de 1998 RC. núm. 1630/1994, 25 de septiembre de 1998, RC núm. 1563/1994, 27 de marzo de 1999, RC núm. 2716/1994, 14 de marzo de 2003, RC núm. 2113/1997, 17 de marzo de 2004, RC núm. 1359/1998, 15 de julio de 2005, RC núm. 3118/2001 y 22 de febrero de 2007, RC núm. 512/2003) y que declara que existe tal carácter cuando la imagen no es elemento principal, porque no es necesaria la presencia, ni tiene especial relación con el objeto de la captación o proyección, y no hay nada desmerecedor o de desdoro para el afectado. La sentencia recurrida considera aplicable al caso la causa de exclusión por el carácter accesorio de la imagen del artículo 8.2 c) de la LPDH, al considerar que la figura de la recurrente en la fotografía es meramente accesorio, puesto que su imagen no aparece en el centro de la fotografía, ni la información que se ofrece se refiere a ella o se la nombre e identifica en relación a la noticia que se da, siendo la finalidad de la publicación informar sobre la agresión de género ocurrida a la salida del Palacio de Justicia de Miramar, motivo por el se acompañaba la imagen de dicho edificio y sus accesos, que era el objeto principal de la fotografía, sin perjuicio de que en la misma aparecieran de manera accesorio, anónima e innominada varias personas y, entre ellas, la recurrente, pero siempre como un elemento accidental y no esencial de un acontecimiento noticiable.

Ahora bien, esta Sala no puede compartir esta argumentación puesto que si bien es cierto que la imagen de la demandante que figura en la fotografía publicada pudiera considerarse como accesorio de una información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público -agresión de violencia de género producida a la salida de la Audiencia Provincial- no lo es menos que su imagen era irrelevante para la información que se daba, careciendo de relación con el contenido de la misma, entendiendo esta Sala, al igual que se apreció en la sentencia de primera instancia, que el periódico debió extremar las precauciones y cuidar especialmente la posibilidad de confusión o vinculación con los hechos relatados dadas las connotaciones negativas desde el punto de vista social que un supuesto como el que se noticiaba podía acarrear en la persona de la demandante que nada tenía que ver con el. Además si el objeto principal de la fotografía, como mantienen los recurridos era ilustrar al lector sobre el lugar en que tuvo lugar la agresión, la entrada del Palacio de Justicia, donde momentos antes, paradójicamente, había estado declarando por una detención anterior, no era necesario reproducir la imagen física o gráfica de las personas que en la misma aparecen y, en concreto la de la recurrente, pudiendo haberse prescindido de la misma o empleado algún medio para ocultar sus rasgos sin merma de la finalidad informativa que se pretendía.

Tampoco puede mantenerse que en la fotografía que ilustra la noticia publicada la imagen de la demandante no ocupase un lugar destacado, antes al contrario goza de un primer plano desde el que se permite verla e identificarla con total claridad, siendo susceptible de ser relacionada con el suceso del que se informaba y con el que no guardaba relación alguna. En estas circunstancias, aun en contra de lo dispuesto por el Ministerio Fiscal, esta Sala estima que debe prevalecer el derecho a la propia imagen de la demandante sobre la libertad de información.

CUARTO.- Estimación del recurso.

Según el artículo 487.2 LEC, si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1 y 2 del apartado 2 del art. 477, la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Estimándose fundado el recurso, procede, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y desestimar los recursos de apelación presentados, confirmando la sentencia de primera instancia. De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no ha lugar a imponer las costas de la primera instancia al haber sido estimada la demanda parcialmente, ni las de apelación ni las de este recurso de casación.

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de casación interpuesto por la representación procesal de D^a M^a José contra la sentencia de 9 de noviembre de 2009, dictada por la Sección 5.^a de la Audiencia Provincial de Málaga en el rollo de apelación núm. 224/2009, cuyo fallo dice:

“Fallamos: Que estimándose el recurso de apelación formulado por D. José y contra D. Antonio, representados en esta alzada por el procurador Sr. Gross Leiva y desestimándose el interpuesto por la representación procesal de D^a M^a José, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Málaga, debemos revocar y revocamos dicha resolución y, en consecuencia, dejando sin efecto dicha resolución, debemos desestimar y desestimamos la demanda entablada por D^a M^a José contra D. José y contra D. Antonio, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en su contra. Todo ello, con imposición a la actora del pago de las costas causadas en la instancia y de las ocasionadas por su recurso, sin pronunciamiento sobre las causadas por el recurso interpuesto por los demandados.”

2. Ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, desestimamos los recursos de apelación interpuestos por la demandante, D^a M^a José y los demandados, D. José y D. Antonio, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Málaga, en el procedimiento ordinario núm. 1829/2007, que confirmamos y que estima parcialmente la demanda.

4. No ha lugar a imponer las costas de la primera instancia, ni las de apelación ni las de este recurso de casación.

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.- Jesús Corbal Fernández.- José Ramón Ferrándiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Encarnación Roca Trías.- 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.