T R I B U N A L S U P R E M O
Sala de lo Civil

Presidente Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos

SENTENCIA

Sentencia Nº: 400/2009
***Fecha Sentencia**:* 12/06/2009
CASACIÓN
***Recurso Nº**:* 2451/2005
Fallo/Acuerdo:
Votación y Fallo: 14/05/2009
***Ponente Excmo. Sr. D.**:* Francisco Marín Castán
Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid
***Secretaría de Sala**:* Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo
***Escrito por**:* KSR

DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIA IMAGEN: Fotografías de una modelo, antigua "Mis España", mientras disfrutaba de un día de playa, en un lugar normalmente concurrido, sin la pieza superior del biquini. Inexistencia de intromisión ilegítima: interés informativo para los medios del género frívolo o de entretenimiento y tolerancia por los usos sociales.

CASACIÓN Num.: **2451/2005**
Ponente Excmo. Sr. D.: **Francisco Marín Castán**
Votación y Fallo: **14/05/2009**
Secretaría de Sala: **Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo**

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Civil

***SENTENCIA Nº:* 400/2009**

Excmos. Sres.:

D. Román García Varela
D. Francisco Marín Castán
D. José Antonio Seijas Quintana
D. Vicente Luis Montés Penadés
Dª. Encarnación Roca Trías

En la Villa de Madrid, a doce de Junio de dos mil nueve

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por la demandada EDICIONES ZETA S.A., representada ante esta Sala por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco, contra la sentencia dictada con fecha 12 de septiembre de 2005 por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 243/04 dimanante de los autos de juicio ordinario nº 1066/02 del Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Madrid, sobre intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen. Ha sido parte recurrida la demandante Dª M.R.V., representada por la Procuradora Dª María Colina Sánchez, y también ha sido parte, por disposición de la ley, el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 7 de noviembre de 2002 se presentó demanda interpuesta por Dª M.R.V. contra la compañía mercantil EDICIONES ZETA S.A. solicitando se dictara sentencia por la que se condenase a la demandada a:

> *"retirar los ejemplares donde aparece la fotografía de la actora.*
> *a hacer entrega a ésta de los negativos de las mismas.*
> *publicar el fallo de la Sentencia en la revista y a*
> *indemnizar a la actora en la cantidad de 450.760 € por violación del derecho a la propia imagen, violación del derecho al honor, y enriquecimiento injusto.*
> *Se haga expresa declaración de condena en costas a la parte demandada."*

SEGUNDO.- Turnada la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Madrid, dando lugar a los autos nº 1066/02 de juicio ordinario, emplazada la demandada y dado traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, aquélla compareció y contestó a la demanda oponiéndose a la misma y solicitando su desestimación y la condena en costas de la demandante, en tanto el Ministerio Fiscal presentó escrito remitiéndose a lo que resultara de la prueba y su valoración en el momento procesal oportuno.

TERCERO.- Admitida prueba y seguido el juicio por sus trámites, la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del mencionado Juzgado dictó sentencia con fecha 25 de noviembre de 2003 cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: *"Que estimando en parte la demanda presentada por DOÑA M.R.V., contra EDICIONES ZETA S.A., debo condenar y condeno a esta a hacer entrega a la actora de los negativos de las fotografías publicadas, a publicar el fallo de la sentencia en la revista y a indemnizar a la actora en la cantidad de 60.000 Euros. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".*

CUARTO.- Interpuesto por ambas partes contra dicha sentencia sendos recursos de apelación, que se tramitaron con el nº 243/04 de la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid, dicho tribunal dictó sentencia en fecha 2 de

septiembre de 2005 con el siguiente fallo: *"Que, desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la demandante Dª M.R.V., y estimando en parte el deducido por la representación procesal de la demandada Ediciones Zeta S.A., uno y otro contra la sentencia dictada el 25 de noviembre de 2003 por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez de Primera Instancia nº. 6 de Madrid en los autos de Juicio Ordinario allí seguidos con el número 1066/02, debemos revocar y revocamos dicha resolución exclusivamente en el sentido de dejar reducida a TREINTA MIL EUROS (30.000€) la cantidad que en ella se mandaba pagar, confirmándola en cuanto al resto de sus pronunciamientos y sin hacer especial imposición en uno y otro caso de las costas de esta alzada."*

QUINTO.- Anunciado recurso de casación por la parte demandada contra la sentencia de apelación, el tribunal de instancia lo tuvo por preparado y, a continuación, dicha parte lo interpuso ante el propio tribunal articulándolo en tres motivos.

SEXTO.- Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los Procuradores mencionados en el encabezamiento, por auto de 6 de noviembre de 2007 se inadmitió el tercer motivo del recurso y se admitieron los otros dos.

SÉPTIMO.- El primero de los dos motivos admitidos se funda en infracción del art 8.2 en relación con el 7.5 de la LO 1/82, así como de la doctrina jurisprudencial que los desarrolla, y el segundo en infracción del art. 20 CE y de la doctrina que lo desarrolla.

OCTAVO.- La parte recurrida presentó escrito de oposición al recurso, teniendo por impugnada su admisión y pidiendo se declarase no haber lugar al mismo con expresa condena en costas de la recurrente, y el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso.

NOVENO.- Por providencia de 1 de abril del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 14 de mayo siguiente, en que ha tenido lugar después de que por providencia de 29 de abril se acordara unir a las actuaciones dos recientes sentencias de esta Sala

sobre la materia, una a petición de cada parte, a efectos meramente ilustrativos.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **FRANCISCO MARÍN CASTÁN**,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación, interpuesto por la compañía mercantil demandada, editora de la revista *Interviú*, e integrado por dos motivos tras la inadmisión en su momento del tercero y último por auto de esta Sala de 6 de noviembre de 2007, versa sobre la licitud o ilicitud civil de la publicación de unas fotografías de la demandante, miss España 1995, y luego reconocida modelo fotográfica y de pasarela, en el número 1367 de dicha revista, correspondiente a la semana del 8 al 14 de julio de 2002, habiéndose captado dichas fotografías mientras la demandante disfrutaba de una jornada habitual de playa en Ibiza sin la pieza superior del biquini.

La sentencia de primera instancia, estimando parcialmente la demanda, condenó a la editora demandada a entregar a la actora los negativos de las fotografías, a publicar el fallo en la revista y a indemnizar a la demandante en 60.000 euros. Razones esenciales de este fallo fueron que la demandante no había consentido la captación de su imagen; que el anonimato es un valor relevante que permite a los individuos decidir qué aspectos de su persona desean preservar de la difusión pública; que los hechos eran incardinables en el art. 7.5 LO 1/82 y no concurría la excepción de su art. 8.2 *"aun cuando se trata de una playa, lugar abierto al público"*, porque *"la actora se encontraba en el ámbito de su vida privada, en el entorno propio y reservado de su esfera personal, disfrutando con unos amigos de un día de playa, que evidentemente no era noticia"*; que la presentación del reportaje fotográfico podía dar a entender que estaba pactado y por tanto consentido por la demandante; que la difusión de las imágenes excedía incluso del ámbito de los compradores de la revista, al exhibirse la portada en los puntos de venta y en los programas de televisión *"dedicados al género"*; que la profesión de notoriedad o proyección pública de la demandante no la privaba de su derecho a la imagen, delimitado por la voluntad de su titular; que por tanto no podía aceptarse el argumento de que la

demandante, por su profesión de modelo, exhibía en ocasiones su busto casi desnudo, *"al tratarse del ejercicio de su profesión y por tanto de su voluntad de difundir su imagen"*; y en fin, que sin embargo no se apreciaba intromisión ilegítima en el derecho al honor porque la revista *Interviú* recurriera al desnudo en mayor medida que otras del mismo género ni por la prenda de baño que vestía la actora, elegida por ella misma y frecuente en las playas.

Apelada la sentencia por ambas partes, el tribunal de segunda instancia desestimó el recurso de la demandante, ratificando la inexistencia de una intromisión añadida en su derecho fundamental al honor, y estimó en parte el de la demandada para rebajar la indemnización a 30.000 euros. Las razones por las que se confirma la apreciación de una intromisión ilegítima en el derecho de la demandante a la propia imagen son, en esencia, que ésta era muy libre de exhibirse como le viniera en gana, es decir en "top less", en un lugar público, *"máxime si consideramos lo usual de tal exhibición en tales pasajes"*, sin que ello justificase la captación mediante teleobjetivo y reproducción de su imagen en una revista de tirada nacional; que el interés público o general del reportaje fotográfico brillaba por su ausencia; que la finalidad de su publicación fue exclusivamente comercial o lucrativa; y que la excepción contemplada en el art. 8.2a) LO 1/82 requería, además del carácter público de la persona y el lugar público de captación de la imagen, *"el llamado elemento teleológico"* del interés público.

Contra dicha sentencia únicamente ha recurrido en casación la demandada, y de los dos motivos admitidos de su recurso el primero se funda en infracción del art. 8.2 en relación con el art. 7.5, ambos de la LO 1/82, así como de la jurisprudencia que los desarrolla, y el segundo en infracción del art. 20 de la Constitución y de la doctrina que lo desarrolla.

SEGUNDO.- La parte recurrida, en su escrito de oposición al recurso, denuncia un óbice de admisibilidad del motivo primero, que por lógica debe referirse en realidad al segundo, consistente en poner en relación el art. 20 de la Constitución con la Ley 62/1978 de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, lo que dotaría al motivo de una finalidad procesal ajena al ámbito del recurso de casación.

Semejante planteamiento es inacogible porque la mera mención de la Ley 62/78 en el apartado *"Requisitos previos"* del escrito de interposición del recurso no puede tener el sentido que pretende la parte recurrida, siquiera sea por la elemental razón de que el art. 20 de la Constitución se cita ya autónomamente en

el motivo segundo como norma infringida y no con una finalidad procesal sino con la sustantiva de justificar la publicación de las imágenes por su interés informativo.

TERCERO.- Procede por tanto entrar a conocer de ambos motivos, cuyo examen se hará conjuntamente por su interdependencia ya que la sentencia recurrida rechaza aplicar la excepción del art. 8.2 a) LO 1/82 por la falta de interés informativo de las imágenes, la existencia de este interés se defiende en el segundo motivo del recurso invocando el art. 20 de la Constitución y, a su vez, la infracción del citado art. 8.2 a) se denuncia en el motivo primero. Además sus respectivos alegatos siguen una misma línea, marcada por la inexigibilidad de un interés informativo distinto del ya implícito en la condición subjetiva de la proyección y notoriedad pública de la persona cuya imagen se reproduce, dada la atención que sus actos privados despiertan en los medios de comunicación, especialmente en los de la llamada "prensa rosa". Indica también la parte recurrente que el interés informativo de la demandante no depende de que luzca su figura en "top less" o no, pues si así fuera se daría el contrasentido de apreciar el interés informativo cuando la demandante aparezca en traje de baño o biquini y negarlo cuando lo haga en "top less".

La respuesta casacional a los motivos así planteados pasa por dejar sentados, como hechos indiscutidos, la profesión de notoriedad o proyección pública de la demandante, reconocida modelo fotográfica y de pasarela después de haber sido Miss España en 1995, el carácter de lugar abierto al público y normalmente concurrido de la playa ibicenca en la que estaba la demandante cuando se tomaron las fotografías, su falta de consentimiento para la captación y publicación de las mismas y la habitualidad con que la demandante disfruta de la playa en "top less" o sin la pieza superior del biquini.

A partir de estos hechos, lo que el recurso somete a la consideración de la Sala se reduce prácticamente a si la excepción contemplada en el art. 8.2a) LO 1/82 impone, además del carácter público de la persona y del lugar, otro requisito implícito constituido por el interés informativo de las imágenes, requisito entendido por la parte recurrente como inherente a los otros dos y por la sentencia recurrida como interés general propio de los medios informativos.

Para decidir al respecto habrá de reseñarse la jurisprudencia de esta Sala más directamente aplicable al caso, esto es, la representada por sentencias que versan sobre la publicación inconsentida de imágenes de personas de notoriedad

o proyección pública que disfrutan de la playa o la piscina desnudas o sin la parte superior del biquini y son fotografiadas en actitudes no reveladoras de momentos íntimos de su vida privada ni dañosas para su reputación y buen nombre; esto es, imágenes que únicamente pueden afectar al derecho fundamental a la propia imagen y no, además, a los derechos, también fundamentales, al honor y a la intimidad personal y familiar, ya que el ordenamiento jurídico español, a diferencia de los de otros Estados de nuestro entorno y del art. 8 del Convenio de Roma, configuran esos tres derechos fundamentales como independientes o autónomos, según señaló la sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 2006, con la consecuencia de que si la publicación de la imagen de una persona afecta a su derecho a la propia imagen pero también a su derecho al honor o a su derecho a la intimidad, el desvalor de la conducta enjuiciada aumentará a medida que vulnere más de uno de estos derechos (STC 14/2003).

Esta jurisprudencia más específica se recopila en la reciente sentencia de esta Sala de 18 de noviembre de 2008 (rec. 1669/03) mediante una expresa referencia a las de 29 de marzo de 1988, 1 de julio de 2004, 7 de abril de 2004, 28 de mayo de 2002, 12 de julio de 2004, 6 de mayo de 2002 y 18 de mayo de 2007 y a los casos sobre los que versaba cada una, desprendiéndose de su examen conjunto que la intromisión será ilegítima si la persona ha sido fotografiada en un lugar no público o, también, en un lugar público pero recóndito, apartado, buscado por la persona afectada precisamente para preservar la intimidad o determinados aspectos de su imagen.

Otras dos sentencias posteriores, aunque de fechas muy próximas, no desmienten ese dato determinante de la ilicitud de la intromisión. Así, la de 24 de noviembre de 2008 (rec. 2013/02), sobre el caso de una actriz fotografiada desnuda en una playa, no entra a examinar el problema del derecho a la propia imagen porque la editora demandada y recurrente se había aquietado con su condena en la instancia por la vulneración de tal derecho; y la de 28 de noviembre de 2008 (rec. 29/04), sobre la publicación de fotografías de una conocida modelo y presentadora y su pareja bañándose desnudos en una playa, recalca que éstos "*habían puesto los medios necesarios para sustraerse a la curiosidad ajena"* y que la interpretación del concepto *"lugar abierto al público"* ha de ser *"finalista y no meramente literal",* de suerte que no cabe entender por tal *"todo aquel al que cualquier persona pueda tener acceso en un momento determinado –como, en el caso, una playa recóndita- sino el que resulta del uso*

normal por una generalidad de personas que acceden a él fuera del ámbito estricto de su vida privada".

De otro lado, la citada sentencia de 18 de noviembre de 2008 también intentó precisar el sentido del art. 7.6 LO 1/82 en relación con el apdo. 5 del mismo artículo y con el apdo. 2 a) del art. 8. Se trataba, en definitiva, de determinar si la finalidad del medio informativo de aumentar su tirada o su audiencia mediante la publicación de las imágenes conflictivas impedía aplicar la excepción contemplada en el art. 8.2 a) cuando, pese al carácter público tanto de la persona afectada como del lugar en que se encontraba, no concurría un interés general de la información transmitida por dichas imágenes. Tras hacerse cargo esta Sala de las dificultades técnicas que plantea la inclusión en la LO 1/82 del derecho a la propia imagen no sólo en su dimensión de derecho fundamental sino también en su aspecto patrimonial, declaraba que *"no puede confundirse el legítimo objetivo de obtener beneficios económicos, propio de cualquier actividad mercantil y por tanto también de las empresas de comunicación, con los fines publicitarios, comerciales o análogos a que se refiere el art. 7.6 LO 1/82. De ser así, resultaría que cualquier información ilustrada con imágenes inconsentidas de una persona de proyección o notoriedad pública en un lugar público nunca podría ampararse en el art. 8.2 a) LO 1/82, a no ser que la empresa titular del medio informativo excluyera totalmente de sus objetivos el beneficio económico, algo difícilmente imaginable en sociedades anónimas editoras, como es la codemandada-recurrente, desde el momento en que el art. 1-2º del Código de Comercio considera comerciantes a las compañías mercantiles.*

Así las cosas, las imágenes enjuiciadas no son encuadrables en el art. 7.6 LO 1/82, normalmente reservado a imágenes consentidas en su captación pero sin consentimiento simultáneo o posterior para su publicación (p. ej. SSTS 9-5-88 y 3-10-96), o bien a imágenes inconsentidas también en su captación pero de personas sin relevancia pública alguna (así, STC 99/94 y SSTS 9-5-03 en rec. 2882/97, 17-6-04 en rec. 1754/00, 2-7-04 en rec. 1293/00, y 19-7-04 en rec. 3735/00), pues no son fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga los consistentes en obtener beneficios económicos mediante el ejercicio de la actividad mercantil propia de la empresa titular de un medio informativo, en este caso un semanario de información general.

En consecuencia, la sentencia recurrida infringió el art. 20.1.a) de la Constitución, en relación con el art. 7.6 LO 1/82, porque el derecho constitucional a comunicar libremente información veraz no desaparece ni se debilita por la

circunstancia de que mediante la transmisión de la información se obtengan beneficios económicos, como parece consustancial a toda empresa del sector, ni por el hecho, también consustancial al mundo de la información, de que una primicia o exclusiva aumente la tirada o la audiencia, y por tanto también los beneficios económicos, de la empresa titular del medio."

En cuanto al interés informativo protegible con arreglo al art. 20.1 a) de la Constitución, la misma sentencia señalaba que *"no toda información tiene que ser necesariamente política, económica, científica o cultural",* pues también *"existe el género más frívolo de la información de espectáculo o entretenimiento"*, y entender lo contrario *"equivaldría a que los medios no dedicados estrictamente a la información política, científica, cultural o económica sólo pudieran publicar imágenes consentidas por sus protagonistas, lo cual no resulta compatible con la excepción que contempla el art. 8.2 a) LO 1/82 ni tampoco con la relevancia que el art. 2.1 de la propia Ley Orgánica atribuye a los usos sociales para delimitar la protección civil del honor, la intimidad y la propia imagen".*

Pues bien, de proyectar lo antedicho sobre los dos motivos examinados resulta que procede su estimación por haber infringido la sentencia recurrida el art. 7.5 LO 1/82 en relación con sus arts. 8.2 a) y 2.1 y con el art. 20.1 d) de la Constitución: de un lado, al no admitir más interés informativo que el general y no reconocer, por tanto, la existencia de un interés propio de los medios pertenecientes al género frívolo, de entretenimiento o espectáculo, plenamente admitido por los usos sociales, para el que puede ser noticia el físico de una reconocida modelo que, además, fue Miss España; y de otro, porque si ciertamente está admitido por los usos sociales disfrutar de la playa sin la pieza superior del biquini, la consecuencia lógica no puede ser que sea ilícita la imagen de quien así es fotografiada sin su consentimiento y no lo sea si viste de otro modo en la playa o es fotografiada en ropa de calle. En definitiva, y como también se declaró en la referida sentencia, la licitud o ilicitud de las imágenes de una persona de notoriedad o proyección pública en una playa pública normalmente concurrida no puede depender de que tenga puesta o no la pieza superior del biquini, pues si así fuera se estaría reconociendo implícitamente que prescindir de dicha pieza no está admitido por los usos sociales.

Por todo ello, y dado que la realidad social demuestra que raramente se interponen demandas por imágenes inconsentidas en los medios frívolos o de entretenimiento si la persona famosa afectada viste ropa de calle o de fiesta o si disfruta de la playa en traje de baño o biquini, habrá de concluirse que el

personaje público que en lugar público se expone a la mirada ajena asume que su imagen pueda ser captada y difundida sin su consentimiento aunque no le satisfaga el resultado y siempre que tenga interés según el género socialmente admitido al que pertenezca el medio.

Esta conclusión no desconoce, desde luego, la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 24 de junio de 2004 (caso Von Hannover contra Alemania, demanda nº 59320/00), porque en el caso aquí enjuiciado no se ha dado el elemento de acoso permanente por los periodistas gráficos que en aquel otro determinó la protección efectiva de la vida privada de la demandante por no serle exigible un "aislamiento espacial" para poder disfrutar de su privacidad, versando además el enjuiciamiento del TEDH sobre imágenes de índole muy diversa entre las que se encontraban algunas de la demandante tropezando cuando estaba en un club privado, al que el acceso de periodistas y fotógrafos se encontraba *"estrictamente reglamentado"* (apdo. 68 de la citada sentencia).

CUARTO-. La estimación de los dos motivos del recurso comporta que la sentencia impugnada deba ser casada totalmente por no haber estimado el recurso de la demandada y que en su lugar, revocando también la sentencia de primera instancia, proceda desestimar íntegramente la demanda.

QUINTO-. Consecuencia de tal pronunciamiento es que las costas de la primera instancia deban imponerse a la parte demandante (art. 394.1 LEC de 2000); también procede imponerle las causadas por su recurso de apelación, que en cualquier caso tenía que haber sido desestimado al proceder la estimación total del recurso de la demandada (art. 398.1 en relación con el 394.1 de la misma ley); y no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de apelación y por el recurso de casación de la demandada, ya que el primero tenía que haber sido estimado y por ello se estima ahora el de casación (art. 398.2 de idéntica ley procesal).

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

F A L L A M O S

1º.- **ESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por la demandada EDICIONES ZETA S.A., representada ante esta Sala por el Procurador D. Felipe Juanas Blanco, contra la sentencia dictada con fecha 12 de septiembre de 2005 por la Sección 9ª de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación nº 243/04.

2º.- **CASAR TOTALMENTE LA SENTENCIA RECURRIDA**, dejándola sin efecto, y revocar también la sentencia de primera instancia.

3º.- En su lugar, **DESESTIMAR LA DEMANDA** interpuesta en su día por Dª M.R.V. y absolver de la misma a dicha demandada-recurrente.

4º.- Imponer a la referida demandante las costas de la primera instancia y las causadas por su recurso de apelación.

5º.- Y no imponer especialmente a ninguna de las partes las costas causadas por el recurso de apelación de la parte demandada y por el 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**.-Román García Varela.-Francisco Marín Castán.-José Antonio Seijas Quintana.-Encarnación Roca Trías.-FIRMADO Y RUBRICADO; habiendo votado y no pudiendo firmar Vicente Luis Montés Penadés.-** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Francisco Marín Castán**, 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.