



Roj: STS 3118/2012
Id Cendoj: 28079110012012100315
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 1805/2010
Nº de Resolución: 311/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: JUAN ANTONIO XIOL RIOS
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a siete de Mayo 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 n.º 1805/2010 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de la entidad Publicaciones del Sur, S.A., aquí representada por la procuradora D.ª María Rodríguez Puyol, contra la sentencia de fecha 16 de junio de 2010, dictada en grado de apelación, rollo n.º 65/2010, por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, con sede en Jerez de la Frontera, dimanante de procedimiento de juicio ordinario n.º 1215/2008, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Jerez de la Frontera. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D.ª Carmen Madrid Sanz, en nombre y representación de D. Yolanda . Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia n.º 2 de Jerez de la Frontera dictó sentencia de 25 de noviembre de 2009 en el juicio ordinario n.º 1215/2008, cuyo fallo dice:

«Fallo.

»Que estimando como estimo en parte la demanda origen de estos autos interpuesta por D.ª Yolanda contra diario *Información* (Publicaciones del Sur, S.A.), debo declarar y declaro la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y al honor de la Sra. Yolanda con la difusión de su imagen en la noticia publicada en el periódico diario *Información* el 6 de enero de 2008 en la sección Sociedad, condenando a dicha demandada a publicar la presente resolución en el citado medio de comunicación en lugar preferente, sin comentarios ni apostillas, prohibiéndole difundir en lo sucesivo la imagen de la actora en las condiciones efectuadas, así como a que indemnicen a la demandante por los daños y perjuicios causados en la cantidad de dos mil quinientos euros (2.500) más el interés previsto en el artículo 576 de la LEC devengado desde la fecha de esta resolución, y sin hacer expresa imposición de las costas causadas en esta instancia.»

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

«Primero.- Muestran las partes conformidad en los siguientes hechos que, por tal motivo y de conformidad con el artículo 281.3 de la LEC , están exentos de prueba: Diario *Información* publicó el 6 de enero de 2008 en la página 41, sección Sociedad, una fotografía de la actora bailando el día de su boda con el siguiente pie "Las jóvenes de raza gitana se someten en su boda a la famosa prueba del pañuelo para demostrar que llegan puras al matrimonio", y formando parte de una noticia con el titular "Recuperar la honra por 600 euros". La actora Yolanda había contraído matrimonio el 7 de julio de 2007 y la fotografía se tomó en el lugar de celebración de la boda, en domicilio privado al que se permitía el acceso de cualquier persona. No se prohibió hacer fotografías en dicho lugar, pero no conocía la actora que había un fotógrafo de un diario haciendo fotos.

»Segundo.- El derecho a la imagen está consagrado en el artículo 18 de la Constitución Española , y desarrollado en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, que regula la protección de este derecho frente a todo género de intromisiones ilegítimas. Como indica la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de noviembre de 2008 "La imagen, como el honor y la intimidad, constituye hoy un derecho fundamental de la persona consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución , que pertenece a los derechos de la personalidad, con todas

las características de estos derechos y que se concreta en la facultad exclusiva del titular de difundir o publicar su propia imagen pudiendo en consecuencia evitar o impedir la reproducción y difusión, con independencia de cuál sea la finalidad de esta difusión. El derecho a la imagen trata de impedir que sea reproducida o dada a conocer públicamente; el sentido que la persona tiene de su propia individualidad impone la exigencia de reserva o de que sea ella misma quien deba consentir la reproducción de su imagen, más todavía cuando los progresos técnicos actuales facilitan notablemente esa reproducción. Este derecho de la personalidad solo puede limitarse por el propio titular, consintiendo la divulgación de su propia imagen, o por la ley, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público (artículo 8.2.a) Ley 1/1982)".

»En lo relativo a la caracterización del derecho a la propia imagen, indica la sentencia del Alto Tribunal de 24 de julio de 2008 que "en la sentencia de esta Sala de 22 de febrero de 2006 se recordaba que aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya considerado que el artículo 8 del Convenio no permite construir un derecho autónomo a la imagen, el Tribunal Constitucional, en sus últimas sentencias, le ha otorgado un valor autónomo, distinto, por tanto, a los derechos a la intimidad y al honor, con los que se halla ligado en la formulación constitucional y en la LO 1/1982. El Tribunal Constitucional ha definido este derecho de la forma siguiente: «el derecho a la propia imagen consagrado en el artículo 18.1 Constitución Española se configura 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 puede tener dimensión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde» - sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo , así como la 14/2003, de 28 de enero y la 127/2003, de 30 de junio -. La sentencia del Tribunal Constitucional 117/1994, de 25 de abril había señalado ya que «el derecho a la propia imagen, reconocido por el artículo 18.1 Constitución Española al par de los del honor y la intimidad personal, forma parte de los derechos de la personalidad y como tal garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, como son la imagen física, la voz o el nombre, cualidades definitorias del ser propio y atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona». Ciertamente, no se apreciara intromisión ilegítima en los derechos fundamentales cuando «el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso», según establece el artículo 2.2 LO 1/1982 . Por ello, el contenido del derecho a la imagen tiene un aspecto negativo, es decir, el de prohibir a terceros obtener, reproducir o divulgar la imagen de la persona, sin su consentimiento - artículo 7.6 LO 1/1982 y sentencia de 9 de mayo de 1988 -, así como, en positivo permite a la persona la facultad de reproducir su propia imagen".

»De otra parte, el concepto de honor, como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 , deriva del propio concepto de la dignidad del ser humano: es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona, cuyo concepto comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás; por lo que siendo tan relativo el concepto de honor, debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, con el fin de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor; y para la calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso. Y sostiene la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 31 de julio de 2007 que el derecho al honor se define como el derecho que "ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que puedan hacerla desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o al ser tenidas en el concepto público por afrentosas. Por ello las libertades del art. 20.1 a) y d), ni protegen la divulgación de hechos que, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, no son sino simples rumores, invenciones o insinuaciones carentes de fundamento, ni dan cobertura constitucional a expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para el mensaje que se desea divulgar, en las que simplemente su emisor exterioriza su personal menosprecio o animosidad respecto del ofendido", o sea, que en definitiva es el derecho a que otros no condicionen negativamente la opinión que los demás hayan de formarse de una persona (sentencia del Tribunal Constitucional 49/200), el artículo 18.1 CE otorga rango constitucional a no ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás (STC 85/1992, de 8 de junio)". Y añade que proclama la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2004 que "el insulto no es compatible con la Constitución, la cual no reconoce en modo alguno un pretendido derecho al insulto (SSTC 223/2002, 9 diciembre y TS 13 febrero 2004)".

»Tras la redacción dada al artículo 7.7 de la LO 1/1982 por la Ley Orgánica 10/1995 no es requisito exigible la divulgación de las expresiones o hechos. Y concretándose la intromisión ilegítima en el derecho al honor en la imputación de hechos, es al demandado a quien compete probar la veracidad de los mismos, en cuyo caso no supondrían un atentado al honor. Señalando en este sentido la sentencia de la Audiencia de La Coruña de 31 de julio de 2007 que "resulta coherente atribuir al demandado la carga de probar la veracidad de las expresiones que imputó al actor, y caso de no poder hacerlo, debió haber acomodado su conducta a tal evento, bien no dando lugar a la situación (...), o bien rectificando", abonando "idéntica solución procesal, con arreglo a la normalidad de las cosas ("quod plerumque accidit"), que quien atribuye a otro una determinada conducta o actuación deba probar la atribución o imputación" (STS de 6/7/2004). Y como precisa la sentencia del TS de 6 de febrero de 1996 , para que se produzca esta intromisión ilegítima no se requiere la constatación de un específico "animus difamandi" ni un beneficio para el ofensor.

»La ausencia de una intención de atentar contra el derecho al honor no excluye la intromisión. El uso del elemento subjetivo del ánimo de ofender en el ámbito de protección civil del derecho al honor, al que aluden algunas sentencias del Tribunal Supremo (por ejemplo en la STS de 23 de febrero de 1989 y 4 de enero de 1990), ha sido criticado con razones convincentes: por carecer de base legal, ser posible la difamación por imprudencia, introducir un juicio de introspección difícil de realizar o de contrastar. En este sentido la STS de 29 de febrero de 2000 dice que "además del requisito de la antijuridicidad, será preciso que en la conducta del demandado como responsable civil de una intromisión ilegítima tipificada en la LO 1/82 se aprecie culpabilidad en cualquiera de sus dos formas posibles, sea dolo como voluntad de dañar, sea culpa como imprudencia o negligencia, es decir, como inobservancia de la diligencia exigible al agente en función, de un lado, de la actividad en cuyo ejercicio se haya producido la denunciada intromisión y, de otro, de las circunstancias en que tal actividad se haya llevado a cabo" (sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 12 de septiembre de 2007, también la de la Las Palmas de 30 de enero de 2009).

»En lo atinente al problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal, de un lado, y los de libertad de información y expresión, del otro, se ha de partir de que no es posible el ejercicio absoluto e incondicional de estos últimos, ya que la Constitución en su artículo 20.4 dispone que la libertad de expresión y la de información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen. Y en este conflicto, como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 25-7-07 , "la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha decantado sobre las directrices que, en síntesis, recoge entre otras la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 1997 y que son las siguientes: 1) que la delimitación de la colisión entre tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; 2) que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo 18 de la Constitución Española , ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen; 3) que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues solo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad; 4) que tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor y la intimidad, de una parte, y la libertad de información, de la otra; 5) que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueren los usos sociales del momento; 6) y que información veraz debe significar información comprobada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa (sentencias de fechas, entre otras, de 23 marzo y 26 junio 1987, y del TC 12 noviembre 1990 , 30 marzo 1992 , y 28 abril y 4 octubre 1993). La doctrina constitucional expuesta resulta coincidente con lo que ha venido y viene manteniendo la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en torno a la colisión entre los referidos derechos fundamentales, destacando la imposibilidad de fijar apriorísticamente los verdaderos límites o fronteras de uno y otro, por lo que se exige, en cada caso concreto, que el texto publicado

y difundido ha de ser interpretado en su conjunto y totalidad, sin que sea lícito aislar expresiones que, en su significación individual, pudieran merecer sentido distinto al que tienen dentro de la total publicación, y de ahí, que no pueda hacerse abstracción, en absoluto, del elemento intencional de la noticia".

»Tercero.- En el caso de autos se ejercita, como resulta del Fundamento de Derecho Sexto de la demanda (aun cuando en el suplico se hable de vulneración del derecho al honor), acción de protección del derecho al honor y a la propia imagen, estimando la actora que no ha prestado conformidad a la toma ni a la publicación de la fotografía en el diario, tratándose de una celebración de una fiesta privada. Y considera que existe un ataque al honor al haber sido humillada a través de las expresiones editadas en el diario, añadiendo que la información no es veraz y se la humilla ante su familia, amigos y demás lectores, atacando su honor pues el ser virgen al contraer matrimonio en la etnia gitana es un gran honor y con la publicaciones se pone en duda esa virginidad. Sin embargo, la parte demandada sostiene que la información era veraz, la noticia de interés general y relevancia pública, el lugar de celebración estaba abierto a toda persona, no se limitaba a los asistentes la posibilidad de realizar fotografías, efectuándose estas con el consentimiento de los novios, nada se dice sobre la mujer que aparece en la fotografía publicada y no se pone en duda la virginidad de la novia el día de su boda.

»El artículo 7.5 y 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, determina que tendrá la consideración de 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 art. 8.2", 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". Advierte el artículo 2.2 que no se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso. Y añade el apartado 2 del artículo 8 que el derecho a la propia imagen no impedirá:

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

b) La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.

c) La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.

»De conformidad con lo dispuesto en la citada ley, todo acto de 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, supone una vulneración del derecho a la imagen, con las excepciones previstas en el artículo 8.2. Y exige la normativa legal que el consentimiento sea expreso para la obtención y publicación de las fotografías, correspondiendo la carga de la prueba sobre su existencia a quien publica la fotografía, la demandada. Niega la actora haber prestado su consentimiento para la toma de la fotografía y desde luego para su publicación en el diario *Información*, y aunque declara en juicio que se hicieron fotografías en las celebraciones, ella llevaba su fotógrafo, y si la familia o el resto de invitados y asistentes echaban fotos no lo podía controlar, ciertamente ello en ningún caso constituye un consentimiento expreso al fotógrafo del diario para que le hiciera la fotografía ni para que posteriormente la publicara. Y del hecho admitido por las partes en la audiencia previa, no conocía la actora que había un fotógrafo de un diario haciendo fotos, se extrae igual conclusión, la carencia de autorización. No existe, por tanto, prueba de tal consentimiento, y esta exigencia legal es independiente de que el lugar en donde se toma la fotografía sea privado o público, en este caso era un domicilio particular al que podía acceder cualquier persona tal y como manifestaron las partes en la audiencia previa, habiéndolo reconocido así tanto el esposo como la madre de la actora al deponer como testigos, aunque la Sra. Yolanda lo niegue al ser interrogada en juicio. Por tanto, la actuación del diario *Información* al realizar y difundir la fotografía de la actora sin su consentimiento expreso constituye una intromisión ilegítima de la imagen ajena, ya que no concurre ninguno de los supuestos previstos en el artículo 8.2. No se trata de persona con cargo público o con una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen no se toma durante un acto público, no se utiliza la caricatura de la actora, y no es información sobre un acontecimiento de interés público en el que la imagen de la actora se revela como accesorio, sino, por el contrario, un suceso de la vida privada de una persona, su boda, y ella aparece en la imagen en un lugar central bailando.

»Además, en el supuesto enjuiciado existe una lesión del derecho al honor pues con la foto publicada y el texto del artículo que la acompaña se produce la vulneración conjunta de la imagen y el honor de la actora. El titular de la noticia es "Recuperar la 'honra' por 600 euros", y aparece destacado al inicio "Cirugía, reconstrucción del himen, la reconstrucción quirúrgica del himen se ha convertido en una práctica habitual en las clínicas de cirugía estética. Por ella las mujeres, en su mayoría musulmanas o de raza gitana, pagan entre 600 y 3.000 euros". El pie de la fotografía (en la que aparece la actora el día de su boda) indica que las jóvenes de raza gitana se someten en su boda a la famosa prueba del pañuelo para demostrar que llegan puras al matrimonio. El artículo periodístico gira en torno al valor de la virginidad, la deshonra que suponía su pérdida y la cirugía de reconstrucción del himen, explicando que las mujeres de raza gitana o de religión musulmana son las que mayoritariamente se someten a la operación.

»En juicio declara la actora que no se invitó a diario *Información* y se entera de la noticia de la publicación de la foto a través de su marido, al que se lo dijo un familiar. El esposo de la actora al deponer como testigo reconoce tener interés en el pleito porque "lo que han dicho de su mujer no tiene ni pies ni cabeza", y manifiesta que ha habido disgusto por parte de su familia y la de su mujer, no invitó a diario *Información* a su boda ni le autorizó a hacer fotografías, se enteró por un primo hermano suyo, cree que el periódico dice que su mujer ha sido operada del himen, es lo que entiende, su primo lo entendió a "cachondeo" como todo el barrio, sus padres no se creían que su mujer se casara no siendo mocita, no se nombra en el artículo a su mujer en ningún momento pero sale su foto y el artículo dice una cosa de las gitanas y ella es gitana y sale casándose, sus padres y sus abuelos se quedaron sorprendidos, es una cosa muy íntima y ha sido un disgusto de familiares, con la foto entiende que se pone en tela de juicio la honra de su mujer, ha acudido su esposa a tratamiento, lesión no ha habido, sí malestar psicológico, y cuando pelean siempre sale este tema porque es la honra de una gitana. La testigo Eulalia, madre de la actora y con interés en defender la honra de su hija porque cree que la han humillado, declara al ser interrogada que no se mienta a su hija pero está en la imagen, una cuñada se lo dijo y sintió mucha rabia, se ha indispuerto el matrimonio a través de familiares de ella y de él, el padre de la Sra. Yolanda estaba indignado porque se ha puesto en entredicho una cosa muy fuerte de su hija, le ha causado a su hija y al esposo daño en el entorno en que se mueven, siempre ha vivido en Jerez y ella no ha visto en la edad que tiene hacerse la prueba del pañuelo, a ella no le ha generado duda sobre la honradez de su hija pero le ha molestado, le ha generado perjuicio a su hija, no tenía ganas de nada, estaba desilusionada y mal, ha estado su hija en tratamiento meses y ya lo va superando, ha sido objeto de burla su hija y se han burlado de ella en su entorno.

»Pues bien, la publicación de la fotografía de la demandante formando parte integrante de una noticia que se titula "recuperar la honra por 600 euros", es decir, sometiéndose a una operación de reconstrucción del himen como explica el artículo, en el que se destaca que las mujeres de raza gitana y de religión musulmana son las que mayoritariamente acuden a esta cirugía, acompañándose dicha noticia de una fotografía de la actora, que es de raza gitana, el día de su boda, ciertamente lesiona su derecho al honor. Aun cuando no se mencione a la misma en el texto, su fotografía ilustrando la noticia induce a pensar en su participación en la cirugía de reconstrucción del himen a que se refiere todo el artículo, y parece dar a entender con su titular la recuperación de la honra a través de dicha operación, todo ello en un ámbito en el que tanta importancia tiene la virginidad de la novia, como en la propia noticia se indica respecto a las mujeres de raza gitana, lo que viene a desacreditarla especialmente en su entorno social y familiar, debiendo estimarse que en el caso enjuiciado concurre una intromisión ilegítima en el derecho al honor de la actora. Y como ya se expuso en la anterior fundamentación no es requisito legal que se trate de un acto intencionado, pudiendo ser consecuencia de una imprudencia. Ha de añadirse que en la colisión de los derechos al honor y a la propia imagen con la libertad de expresión e información, no puede prevalecer este último en el caso enjuiciado porque la información publicada en lo relativo a la relación o conjunción de la fotografía con el texto del artículo no es veraz, ya que la demandante no se ha sometido a la operación de reconstrucción del himen para llegar virgen al matrimonio ni para "recuperar su honra", por lo que no es posible vincularla con los hechos a los que alude la noticia sin incurrir en falsedad. Por último, es preciso indicar que no puede ampararse la demandada en la doctrina de reportaje neutral para difundir una fotografía de la actora sin su consentimiento expreso que, además de lesionar su derecho a la imagen, vulnera en su relación con el texto del artículo y su titular, el derecho al honor de la misma.

»Cuarto.- Y acreditada la intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la persona fotografiada y al honor, dispone el artículo 9.2 de la LO 1/1982 que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como

el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. Y con fundamento en dicho precepto procede la publicación de la presente resolución en el diario *Información* en lugar preferente, y la prohibición a la demandada de difundir en lo sucesivo la imagen de la actora en las condiciones efectuadas.

»Y en cuanto a la petición de condena al pago de 120.000 euros en concepto de indemnización de daños y perjuicios, con arreglo a lo establecido en el artículo 9.3 de la LO 1/1982, probada la intromisión ilegítima en el derecho al honor y a la propia imagen se presume la existencia del perjuicio. Y no alegada la existencia de daño material, el moral se valorará, según resulta del citado precepto, atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido, valorándose también el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma. Como afirma la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo número 466/2003 de 9 de mayo, su evaluación económica, como todo daño moral, es etérea y de imposible exactitud aritmética y, precisamente por ello, el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, presume el perjuicio en la intromisión ilegítima que se extiende al daño moral y establece un doble criterio de valoración: circunstancias del caso y gravedad de la lesión, a lo que añade, complementariamente, otros extremos como la difusión del medio o el beneficio obtenido. Y señala reiteradamente el Tribunal Constitucional que una cantidad meramente simbólica y claramente insuficiente para reparar el perjuicio derivado de la lesión de los derechos a la intimidad, honor y a la propia imagen, que se encuentran protegidos por la Constitución como "derechos reales y efectivos" (STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 4) implicaría una ausencia de tutela judicial de los mismos, ya que esta no puede convertirse en "un acto meramente ritual o simbólico" (STC 12/1994, de 17 de enero, FJ 6). Al mismo tiempo no es posible admitir peticiones indemnizatorias desproporcionadas o carentes de base, que supongan un enriquecimiento injustificado.

»Siguiendo los criterios expuestos a fin de cuantificar el perjuicio moral, sin olvidar la dificultad de evaluar este tipo de daños, se ha de apreciar, de una parte, que con la difusión de la fotografía de la actora se lesiona no solo su imagen, quedando afectado también su derecho al honor, sin que quepa desconocer que la fotografía se publica en la página 41 en la sección Sociedad, que no se lee con igual atención que las noticias más destacadas, que el periódico no es de ámbito nacional, y que la demandada ningún beneficio ha obtenido con la publicación de dicha fotografía. No prueba la actora que este hecho le provocara una depresión que la obligara a someterse a tratamiento, lo que era fácilmente acreditable aportando la documentación médica correspondiente. Por el contrario, consta justificado el desmérito que sufrió la actora consistente en la burla y humillación por parte de familiares y amigos, y ello con el testimonio del esposo y la madre, cuyas declaraciones no quedan desvirtuadas por la relación de parentesco que les une con la actora, pues la repercusión que los hechos acarrearán en el entorno familiar no puede probarse más que con el interrogatorio de personas cercanas a la perjudicada. Y ambos testigos no dejan de reconocer extremos que pueden no beneficiarles, como que el acceso al lugar de celebración de la boda era libre, sin que tampoco incurran en contradicciones. Por tanto, a la vista de lo expuesto se estima prudencial fijar la indemnización en la cantidad de dos mil quinientos euros.

»Quinto.- A la vista de lo dispuesto en el artículo 394.2 de la LEC, y dada la estimación parcial de la demanda interpuesta no se aprecian razones para una expresa imposición de las costas devengadas.»

TERCERO.- La Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, con sede en Jerez de la Frontera, dictó sentencia de 16 de junio de 2010, en el rollo de apelación n.º 65/2010, cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Manuel F. Agarrado Luna, en nombre y representación de Publicaciones del Sur, S.A., contra la sentencia dictada el veinticinco de noviembre de dos mil nueve por la Il.ª Sra. Jueza del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Jerez de la Frontera, en el juicio ordinario 1215/08, confirmamos íntegramente la misma, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.»

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

«Primero.- Se formula recurso de apelación por la parte demandada, que ha sido condenada por la juzgadora de instancia, quien ha considerado que ha vulnerado su derecho al honor y a la propia imagen, partiendo de unos hechos que nadie discute. La juzgadora realiza en los dos primeros fundamentos jurídicos de su resolución un encomiable estudio de la doctrina jurisprudencial sobre tales derechos, que huelga repetir en esta alzada. Parte de la falta de consentimiento de la actora para que un fotógrafo del periódico demandado sacara fotos en su boda y, mucho menos, para que las publicara en el periódico, no concurriendo ninguno de

los requisitos previsto en el artículo 8.2 de la Ley Orgánica 1/1982 . Y entiende que además ha existido una lesión al derecho al honor de la demandante, pues la foto es acompañada por un texto titulado "Recuperar la honra por 600 euros", texto que ocupa toda la página, la cual se encabeza con el siguiente párrafo: "Cirugía; reconstrucción del himen; la reconstrucción quirúrgica del himen se ha convertido en una práctica habitual en las clínicas de cirugía estética. Por ello las mujeres, en su mayoría musulmanas o de raza gitana, pagan entre 600 y 3.000 euros. El pie de la fotografía, la cual es de la demandante bailando el día de su boda, indica que las jóvenes de raza gitana, y claramente se aprecia en la fotografía que la demandante pertenece a dicha raza, se someten en su boda a la famosa prueba del pañuelo para demostrar que llegan puras al matrimonio. La juzgadora concluye que aunque no se cite en el artículo a la actora, la noticia induce a pensar que la actora ha participado en dicha práctica quirúrgica de reconstrucción del himen. La juzgadora incluso considera que estemos ante una imprudencia y no ante un acto intencionado, pero que aun así lesiona el honor de la actora, cuyo derecho al honor y a la propia imagen debe prevalecer sobre el derecho a la libertad de expresión e información.

»La parte recurrente considera que es un medio de información, no de publicidad, que en el caso de autos era una información de relevancia social y veraz en toda su extensión y que a la celebración de la boda cualquiera podía entrar y sacar foto, al ser de libre acceso. Insiste que lo fundamental del artículo es la información que ofrece, siendo accesoria la fotografía, en la que la actora no aparece en postura o comportamiento desmerecedor. También considera que la fotografía en modo alguno induce a pensar que la persona que aparece en la misma ha participado en la cirugía reconstructora del himen, pues la foto no es un quirófano o un centro médico. Discute, por último, la procedencia de indemnización alguna, al no existir ni daño moral ni daño físico, existiendo solo una finalidad crematística.

»Segundo.- No vamos, por innecesario y por ser de todos conocido, a hacer un tratado sobre la doctrina jurisprudencial sobre el derecho a la imagen, al honor y a su colisión con el derecho a la información y a la libre expresión, aunque debemos decir que la imagen, tal como ha definido la jurisprudencia, acorde con la doctrina, desde la sentencia de 11 de abril de 1987 es la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico o técnico de reproducción, cuya sentencia destaca los dos aspectos de facultad exclusiva del interesado a difundirla o publicarla y el de evitar su reproducción sin su consentimiento, lo que ha sido reiterado por la jurisprudencia, hasta la más reciente de 26 de febrero de 2009.

»También debe distinguirse el derecho a la imagen, como derecho de la personalidad, esfera moral, relacionada con la dignidad humana y como derecho patrimonial, protegido por el Derecho pero ajeno a la faceta constitucional como derecho fundamental, lo que destaca el Tribunal Constitucional en sentencia 81/2001, de 26 de marzo y el Tribunal Supremo en sentencia de 25 de septiembre de 2008 .

»Es preciso decir, antes de exponer el análisis de la sala sobre el tema planteado, que es intrascendente el conocimiento o, en otros términos, la culpabilidad, de quien publica la imagen, ya que se trata de uno de los supuestos de responsabilidad objetiva pura, a la vista de lo dispuesto en el artículo 9.3 que impone una presunción *iuris et de iure* , es decir, una imposición legal más que presunción, de que la intromisión lleva consigo el perjuicio, objeto de indemnización, que se probará en su caso y en todo caso, el daño moral cuya cuantía viene establecida por unos parámetros concretos que enumeran.

»El derecho a la imagen es un derecho de la personalidad, derivación de la dignidad humana (así lo dice reiteradamente el Tribunal Constitucional; por todas, sentencia 139/2001, de 18 de junio) y, al tiempo, en nuestro Derecho, es un derecho patrimonial, objeto de tráfico jurídico en sus manifestaciones (como en la profesión de modelo, así sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2002). En su primer aspecto roza y hasta se confunde con el derecho a la intimidad, lo que constituye el caso presente: apenas se insiste en la intimidad, pero se presenta la imagen embebida dentro de ella.

»La intimidad alcanza al círculo más personal e interno de la persona o de la familia. La imagen es la representación gráfica de la figura humana, como derecho a reproducirla y publicarla en su aspecto positivo y de excluirlo a los demás, como aspecto negativo (así, entre otras muchas, sentencia de 22 de febrero de 2006).

»La publicación in consentida de la imagen de una persona, en el interior de un local, celebrando un acto reservado a su círculo familiar y social como es la boda, atenta a los derechos a la intimidad y a la imagen. La jurisprudencia dictada sobre el derecho a la imagen, citada en los presentes autos y aplicable al caso va por el camino sentenciado por la juzgadora de instancia, y así la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2006 , tras exponer la dogmática y la doctrina constitucional sobre el derecho a la imagen, destaca la falta de prueba sobre la existencia del consentimiento y aprecia intromisión ilegítima. La parte demandada en modo

alguno ha acreditado que tuviera consentimiento, puesto que no lo había; puede ser que el local donde se celebraba la fiesta fuera más o menos accesible, e incluso podemos admitir que la presencia del fotógrafo en dicho lugar no fue impedido por nadie, pero de ello no podemos concluir, como intenta hacer de manera poco lógica la parte apelante, que el fotógrafo tuviera permiso para hacer fotos y mucho menos para publicarla en el periódico, y desde luego menos acompañando a la noticia que ha motivado el presente procedimiento.

»El Tribunal Constitucional se ha pronunciado repetidas veces sobre el derecho a la imagen, reconociéndolo y, en su caso otorgando el amparo. La sentencia 99/1994, de 11 de abril destaca que su función es salvaguardar el interés del sujeto en evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico y añade que la captación y difusión de la imagen del sujeto solo será admisible cuando la propia -y previa conducta que aquel o las circunstancias en que se encuentra inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con aquel. Las sentencias 139/20001, de 18 de junio y 83/2002, de 22 de abril reconocen el derecho a la imagen, estiman que lo vulneran justamente con el de la intimidad y otorgan el amparo en sendas fotografías publicadas sin recabar el consentimiento de los que aparecen en ellas.

»Distintos son los casos que contemplan las sentencias del Tribunal Constitucional 132/1995, de 11 de septiembre y del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2008 en que la fotografía forma parte de un reportaje, se halla inmerso en el mismo y se declara no constitutivo de intromisión ilegítima en el derecho al honor. En el caso de autos se ha publicado un reportaje del que nada se objeta y se acompaña una fotografía de la que no consta el consentimiento para ser obtenida ni, mucho menos, para ser publicada. La fotografía no es de necesidad ni es esencial para el reportaje, del que forma parte y puede prescindirse de ella. En todo caso, ha sido obtenida ilícitamente (al contrario de las sentencias últimamente citadas) y se ha publicado sin el consentimiento de la persona. No se halla tampoco, como bien expone la juzgadora de instancia, en ninguno de los casos que contempla el artículo 8.2 de la Ley Orgánica de 5 de mayo de 1982 que excluye la protección del derecho a la imagen.

»Por otro lado, la colisión entre el derecho a la imagen del demandante y el derecho a la libertad de información del demandado, tema del que se trató explícitamente en la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2001, de 18 de junio, que destacó que la fotografía publicada se trataba de algo personal de carácter estrictamente privado y familiar y concluyó que su publicación no puede encontrar protección en el derecho a comunicar libremente información veraz (artículo 20.1 de la Constitución Española) el cual se encuentra constitucionalmente limitada de forma expresa por aquel derecho (artículo 20.4 de la Constitución Española). La libertad de información, en todo caso, ampara al reportaje, pero no incluye la fotografía obtenida y publicada sin consentimiento. Esto mismo se planteó en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2006, aunque se trataba de la imagen de un menor, que aparecía sin consentimiento alguno, en un reportaje veraz y de interés público, que se entendió que no alcanzaba a la imagen. Esta sentencia tiene interés para el caso presente, en este párrafo: "Ninguna de las tres razones puede ser aceptada. La primera, porque la finalidad e intención del reportaje en nada afecta a la ilegalidad de la publicación de la fotografía; es intrascendente la intención del autor o la función que persigue el reportaje: el hecho que se enjuicia es la publicación incontestada de la foto del menor, sin que le alcance la corrección y el interés social del reportaje al que ilustra. La segunda, porque la foto de la menor no es accesorio, como tampoco lo eran las de los menores a los que se refieren las sentencias de 19 de octubre de 1992, 7 de octubre de 1996 y 18 de octubre de 2003 que han sido citadas antes; no es accesorio, en primer lugar, la fotografía ocupa media página y resalta más que el propio artículo de texto escrito; en segundo lugar, el rostro de la menor es el centro de la foto teniendo a su lado un niño y a la profesora de espaldas; en tercer lugar, tratándose de la representación gráfica de la figura de un menor, es mucho más restringida la consideración de la accesoriedad, por la especial protección que le brinda la mencionada ley de protección del menor. La tercera, porque la veracidad se predica de la libertad de información que impide que se aprecie atentado al honor si lo dicho es verdad (no habría honor que proteger), pero no afecta al derecho a la intimidad (así lo dijo el Tribunal Supremo en sentencia de 18 de julio de 1988, que confirmó y ratificó la del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1992), ni al derecho a la imagen, cuya veracidad es inmanente salvo que se manipule la representación gráfica."

»Por tanto, no puede aceptarse la argumentación del recurso de que la fotografía entra en la libertad de información, pues esta alcanza al reportaje pero no a la imagen de la persona del demandante. La ponderación de los derechos de libertad de información y de los derechos de imagen e intimidad se aplica respecto al reportaje pero no al derecho a la imagen y a la intimidad que ella representa ya que, como dice la sentencia del Tribunal Constitucional 139/2001, de 18 de junio: "Como los demás derechos constitucionales, el derecho a la propia imagen se encuentra limitado 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. Por ello, en los

casos de colisión entre el derecho en cuestión y otro derecho fundamental, el órgano judicial debe realizar un juicio ponderativo, que en todo caso ha de respetar la definición constitucional y los límites de los derechos en conflicto, y cuya efectiva observancia corresponde verificar a este tribunal, el cual no está vinculado al efectuar este control por la valoración hecha por los órganos judiciales (SSTC 134/1999, de 15 de julio, FJ 2 ; 180/1999, de 11 de octubre, FJ 3 ; 21/2000, de 31 de enero, FJ 2 ; 115/2000, de 7 de junio , FJ 2, 282/2000, de 27 de noviembre, FJ 2 ; 297/2000, de 11 de diciembre , FJ 3). Nuestro enjuiciamiento consiste pues en 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, ya que las razones argumentadas en ella no vinculan a este tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones judiciales (SSTC 18011999, de 11 de octubre, FJ 3; 4912001, de 26 de febrero, FJ 4)."

»Y en el caso presente, al igual que en el de esta sentencia, la imagen, de carácter estrictamente privado, tras la debida ponderación, no queda amparada por la libertad de información. Y no podemos admitir, como decimos que la imagen de la demandante que aparece en el reportaje es meramente accesorio, por lo que queda excluido de la protección legal en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.2 . c) de la ley de 5 de mayo de 1982 . No es así: tal norma dice que el derecho a la propia imagen no impedirá: "la información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio". Y en el presente caso no se trata de una imagen accesorio de una información gráfica, sino de la imagen que, como principal, acompaña a un reportaje escrito. La imagen accesorio es aquella que se encuentra dentro de un reportaje gráfico de manera secundaria e intrascendente, no como imagen principal y este es el sentido que le da la sentencia de 19 de octubre de 1992 al decir: "Al establecer el invocado art. 8.2.c) que el derecho a la propia imagen no impedirá 'la información gráfica sobre persona determinada aparezca como meramente accesorio', se está refiriendo a 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 si bien puede afirmarse que la reproducción de esa fotografía resultaba innecesaria al fin pretendido con la información publicada, no puede decirse, habida cuenta del espacio que tal fotografía ocupa así como que la imagen del niño es la única que aparece en ella, que la misma tenga un carácter accesorio, accesoriedad que en la ley hace referencia a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico".

»Por tanto, tenemos que la fotografía de autos no era en modo alguno accesorio y se obtuvo sin consentimiento de la persona que aparece en la misma. Y en cuanto a la alegación de que en modo alguno se induce a creer en quien lee el artículo que la persona que aparece en la fotografía era de aquellas a las que se hace referencia en el artículo sobre reconstrucción del himen, esta Sala no está en modo alguno de acuerdo. Teniendo en cuenta que el espectro de lectores del periódico es amplio tanto en su número como en la diversidad de su preparación, lo cierto y verdad es que una primera lectura y vista de la fotografía sí que induce a pensar que la persona que aparece en la fotografía, que además es de raza gitana, una de las dos de las que habla el artículo, puede ser de las que se han sometido a la operación quirúrgica de la que se habla en el mismo, lo cual resulta suficiente para considerar que se ha vulnerado su derecho al honor, incluso y sobre todo en relación a su círculo de conocidos y amigos, entre los que se crea la duda de si la actora se ha sometido o no a la reconstrucción del himen, algo que evidentemente pertenece a su intimidad. Más concretamente, y acudiendo al diccionario de la Real Academia Española ha declarado que el honor es la buena reputación (concepto utilizado por el Tratado de Roma) la cual, como la fama y aun la honra, consiste en la opinión que las gentes tienen de una persona - buena o positiva - si no va acompañada de adjetivo alguno. Si este es el anverso de la noción de honor, -ha manifestado el TC 223/92 - en el reverso están el deshonor, la deshonra o la difamación. Con independencia de que el contenido del derecho al honor sea fluido y cambiante, esto es, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento, puede decirse, con el TC que el denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7-7- LO 1/82) como consecuencia de expresiones preferidas en descrédito o menosprecio de alguien, o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas. Y entiende la Sala que de tal manera se puede catalogar el artículo cuando no escapa que llega a insinuar o inducir a pensar en que se refiere a personas como la que aparece en la fotografía.

»Tercero.- Y por último, discute la apelante la indemnización otorgada, considerando que no se ha probado la existencia de daños morales y físicos que justifiquen la misma. La norma legal establece que la existencia del perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima (art. 9.3, inciso primero, LO). No se trata de una mera presunción *iuris tantum* , sino que la intromisión ilícita supone la existencia del perjuicio indemnizable, a modo de una realidad *in re ipsa* . El perjuicio presumido es el correspondiente al

daño moral, que no obsta a la prueba de un daño material, y para cuya cuantificación económica, la norma legal del art. 9.3 indicado, señala unas pautas consistentes en "las circunstancias del caso", "la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido", y "el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma".

»La fijación de la indemnización no requiere como presupuesto que concurren todas las pautas legales, pero sí se requiere del tribunal que las pondera expresando su respectiva concurrencia.

»El control de tal motivación se limita a la omisión de la valoración de las pautas, aunque no se exija una cuantificación particularizada, ya la entidad del "quantum" cuando sea, en más o en menos, desproporcionado, por incidir este aspecto en el vicio de la arbitrariedad o irrazonabilidad, que debe ser evitado. La argumentación de la resolución de instancia (contenida en el último párrafo del fundamento jurídico cuarto), es asumida por esta Sala, pues se halla perfectamente fundamentada y la cantidad establecida no solo no es excesiva sino que se acomoda a las circunstancias del caso y a la gravedad de las imputaciones, que abarca no solamente al aspecto personal íntimo de la demandante, cuya pretensión indemnizatoria ha sido rebajado en elevada proporción por un razonamiento que ni la parte apelante logra desvirtuar.

»Por todo ello, procede desestimar el recurso y confirmar la sentencia recurrida.

»Cuarto.- Al desestimarse el recurso, conforme al artículo 398 en relación con el 394 de la ley procesal civil, procede condenar a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.»

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de la entidad Publicaciones del Sur, S.A. se formula el siguiente motivo de casación:

Motivo primero. «Al amparo del artículo 477.2.1.º LEC, se denuncia vulneración del derecho a la libertad de información de mi representada, protegido en los artículos 10.2 y 20.1 d) de la Constitución y la doctrina jurisprudencial existente en cuanto a la confrontación del mismo con el derecho al honor y a la propia imagen.»

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

El juicio de ponderación que realiza la sentencia recurrida entre los derechos de la demandante y la libertad de información de la ahora recurrente no es adecuado, puesto que la información en la que se insertó la fotografía de la demandante era una información de relevancia social, efectuada de manera respetuosa y atendiendo al criterio de veracidad. Además la sentencia recurrida no valora apropiadamente el hecho de que habiéndose celebrado una boda en la que todo el mundo podía entrar y tomar fotografías, tal celebración pierde el carácter de acto íntimo y privado para convertirse en un acto, en cierta forma, público y social. Obvia la sentencia recurrida las condiciones en que dicha fotografía fue tomada, e incluso parece desconocer la naturaleza de una boda gitana y no se percata de extremos como el hecho de que la fotografía está tomada a escasos metros de la demandante, lo que demuestra que la misma era sabedora de que estaba siendo fotografiada y de que lejos de hacerse en un ámbito privado se tomó en un lugar público y de libre acceso a todo el que quisiera, con independencia del hecho posterior de la publicación de la misma en ese reportaje.

La fotografía en la que aparece la demandante tiene la consideración de accesoria dentro de la información públicamente relevante, de naturaleza médica y veraz en la que se inserta, acompañándose la misma a modo de complemento. Esto es, el medio publica una información socialmente relevante y veraz y simplemente para apoyar dicha información inserta una fotografía tomada de una de las denominadas bodas gitanas. Y ello porque la información señalaba que la utilización de la denominada himenoplastia era una cirugía que estadísticamente se daba en mayor número en personas de raza gitana y musulmana, debido a factores culturales.

En cuanto al acto de obtención de la fotografía, la propia sentencia declara que la demandante en su boda dio entrada libre a quien quiso entrar y que todo el que quiso pudo hacer fotografías, por lo que no se trataba de la captación de una escena privada del evento desde el exterior por medio de potentes teleobjetivos.

La fotografía de la demandante no se publica por razón de quien sea la misma o por informar de su boda, sino como elemento accesorio de una información sobre una práctica médica extendida en mayor medida entre las personas de raza gitana, a la que las personas que aparecen en la fotografía pertenecen, lo que por otra parte no tiene un matiz de desprecio, ni de la información podría sacarse la más mínima deducción en tal sentido.

En lo que se refiere a la colisión de la libertad de información con el derecho al honor que alega la demandante, sostiene el recurrente que en la foto difundida la demandante aparece simplemente bailando en

su boda y no en ninguna postura o comportamiento desmerecedor, no desprendiéndose por tanto intención insultante o propósito de mofa alguno, por lo que cabe concluir que la publicación de la imagen de la demandante no ha vulnerado su derecho al honor. Se trata de una fotografía accesorio incluida en un reportaje sobre una práctica médica, en cuyo pie de foto no solo no viene el nombre de la demandante, ni ningún elemento que la identifique, sino que no se informa de esa boda, ni de esa persona, ni se dice nada de que ella sea usuaria de dicha práctica médica.

Insiste en que si bien no es exigible un ánimo de difamar para apreciar la vulneración del derecho al honor, no es menos cierto que es preciso acudir en ocasiones al elemento intencional de la noticia y es obvio que en la información publicada no había intención de dañar el honor de nadie.

Añade que el juicio de veracidad debe hacerse no sobre la virginidad de la demandante, como hace desacertadamente la sentencia de primera instancia, sino sobre el contenido de la información que explica cómo existe una práctica médica por la cual se reconstruye el himen de una mujer. Y en tal sentido, la información se considera veraz, como así apreció la sentencia recurrida, considerando pese a ello que la fotografía había sido obtenida de manera ilícita, extremo este último sobre el que la parte recurrente discrepa pues considera que la foto fue tomada de manera no subrepticia, ni a escondidas, sino de manera abierta, a escasos metros y al menos con consentimiento tácito de la fotografiada.

Termina solicitando de la Sala «Que tenga por presentado este escrito y su copia; se sirva admitirlo y, conforme a su contenido, me tenga por personado y por interpuesto, en tiempo y forma, recurso de casación contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección Octava, con fecha 16 de junio de 2010 y, previa su sustanciación legal, se dicte sentencia dando lugar al mismo y casando la sentencia recurrida, declarando la prevalencia del derecho de información y de la expresión y difusión de ideas de mi mandante, sobre el personal al honor, a la intimidad y a la propia imagen de la demandante, absolviendo a mi representada de las pretensiones contra él deducidas, con los pronunciamientos que correspondan conforme a Derecho.»

SEXTO.- Por auto de 3 de mayo de 2011 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado por la representación procesal de D.^a Yolanda se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al primer motivo. El recurrente insiste en que la fotografía que se publica en su diario fue hecha por el fotógrafo con el consentimiento de la recurrida, que la información en la que se inserta la fotografía tiene interés público y relevancia social y que la fotografía presenta una imagen meramente accesorio dentro de la información que se difunde, contradiciendo así lo dispuesto en las sentencias de instancias anteriores que llegan al convencimiento de la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la imagen de la persona fotografiada y al honor de la misma.

En el caso que nos ocupa tanto la leyenda que encabeza la fotografía como el pie de la misma lesiona la dignidad y la honra de la demandante como mujer y muy especialmente como mujer de etnia gitana, al ponerla como ejemplo de la deshonra gitana, al cuestionarse su virginidad.

En cuanto a la relevancia social de la información y el carácter de accesoriedad que el recurrente quiere atribuir a la fotografía, es suficiente fijarse en la fotografía y la información que su página contiene para apreciar que la misma adolece de la más mínima relevancia social, pues no está ni tan siquiera tratada desde el punto de vista médico, del que se pueda extraer unas consecuencias positivas para la generalidad de los ciudadanos o de los lectores del diario, como pudieran ser perjuicios o posibles daños colaterales derivados de la himenoplastia sobre los cuales se pudiera en aviso a las practicantes de la misma

En cuanto a la jurisprudencia que invoca el recurrente señala que toda ella confirma que el derecho de información no puede prevalecer sobre el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen cuando la captación, reproducción o publicación por fotografía versa sobre la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos.

Termina solicitando de la Sala «Que teniendo por presentado este escrito se sirva admitirlo, tenga por presentado en tiempo y forma escrito de oposición al recurso de casación formulado de contrario contra la sentencia recaída en los presente autos, y, tras los trámites procesales oportunos, dicte sentencia por la que, desestimando el recurso de casación, confirme en su integridad la sentencia recurrida, por ser toda ella conforme a derecho, condenando de forma expresa al recurrente al pago de las costas causadas.»

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal apoya parcialmente el recurso con base en las siguientes argumentaciones:

El recurrente en el desarrollo argumental del presente motivo trata de discutir el juicio ponderativo efectuado por la Audiencia Provincial para la solución del conflicto entre el ejercicio del derecho a la libertad de información y el derecho al honor e imagen de la demandante, alegando que la imagen publicada se tomó con el consentimiento de la demandante y en un lugar público y de libre acceso, siendo la imagen meramente accesoria respecto del contenido de la información suministrada, que cumplía los requisitos constitucionales de veracidad y relevancia pública, no vulnerando tampoco el derecho al honor de la demandante al no estar referida a esta, por tratarse de un reportaje de naturaleza médica sobre un tema de interés general como es la reconstrucción del himen de mujeres pertenecientes a determinadas etnias, gitana y musulmana, en las que la honra culturalmente es muy importante para poder contraer matrimonio.

Partiendo de los hechos declarados probados por la resolución impugnada, los derechos en conflicto con el derecho a la libertad de información son los derechos al honor y a la imagen, que se produce con la publicación el día 6 de enero de 2008, en el diario *Información*, en el marco de un reportaje de interés sociocultural, que aparece encabezado con el siguiente texto: «Cirugía reconstrucción del himen». «La reconstrucción quirúrgica del himen se ha convertido en una práctica habitual en las clínicas de cirugía estética. Por ella mujeres musulmanas o de raza gitana pagan entre 600 y 3 000 euros» e ilustrando el reportaje con una foto de la demandante en la que claramente se aprecian sus rasgos físicos como perteneciente a la etnia gitana.

En la solución del conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen, debe prevalecer este último, pues el lugar donde se captó la fotografía no tiene la consideración de lugar abierto al público, al tratarse de un domicilio particular con independencia de que al mismo acudieran numerosas personas con ocasión de la boda de la demandante, la demandante no es persona que ejerza cargo público, ni ejerce una profesión con dimensión pública. Al no concurrir la excepción contemplada en el artículo 8.2 a) de la LO 1/1982 era imprescindible el consentimiento de la demandante para la fotografía, que no existió, no bastando, como dice el recurrente, que este fuera tácito, al permitir que la fotografiaran los asistentes a la boda.

En este caso si bien era incuestionable que la información era veraz y de indudable interés público, al estar referida a un tema de interés sociocultural la emisión de la imagen de demandante era innecesaria dentro de la información facilitada a través del referido reportaje, que pudo emitirse perfectamente sin ella o viselando su rostro, sin que sin ello se mutilase la información proporcionada. Cita como ejemplo la STS de 6 de julio de 2009.

La imagen de la demandante era principal en la medida que aparecía en primer plano, siendo perfectamente identificable y como protagonista de la historia. Cita la STS de 22 de febrero de 2009.

La sentencia recurrida al realizar el juicio ponderativo para resolver la colisión de derechos planteada entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la imagen utiliza parámetros constitucionales siendo patente la razonabilidad de la motivación de la sala de instancia, por cuanto es respetuosa con la doctrina constitucional por lo que procede la desestimación del recurso de casación en este supuesto.

En la resolución del conflicto planteado entre la libertad de información y el derecho al honor de la demandante, por el contrario debe prevalecer la primera pues partiendo de los hechos probados se llega a la conclusión de que la información suministrada está referida con carácter general a informar acerca de la evolución de la sociedad española respecto a la sexualidad y al valor de la virginidad de las mujeres, contraponiendo a través de estadísticas la situación actual de las nuevas generaciones de mujeres españolas para las que la virginidad no tiene ningún valor, frente a la que mantienen otras mujeres de etnia gitana o musulmana. En ningún momento se hace ninguna mención a la demandante, ya que la información es general y basada fundamentalmente en datos estadísticos, por lo que no existe una imputación de hechos que pueda implicar su descrédito y menosprecio social, no pudiendo encajar la conducta descrita en la tipificada en el artículo 7.7 de la LO1/1982.

Por otro lado incluso aceptando la tesis seguida por el juzgador a quo de que a través de la exposición de la imagen de la demandante, se la pudiera vincular con la información transmitida, esta en ningún caso desde el punto de vista objetivo tiene carácter vejatorio. Conforme al criterio social imperante en nuestro país, el tema de la honra de las mujeres es una cuestión superada propia de otra época social y discriminatoria para la mujer, por lo que presumir que una mujer no llega virgen al matrimonio o que se ha realizado una determinada operación de cirugía estética, en absoluto puede suponer que la información transmitida atente a la vertiente objetiva del honor de la actora. En este sentido cita la STS de 25 de junio de 2010.

Por tanto independientemente que desde el punto de vista subjetivo la actora considere que el hecho de relacionarla a través de su fotografía con una operación de reconstrucción del himen afecta a su reputación,

desde el punto de vista objetivo y partiendo de los usos sociales actuales tal imputación en modo alguno es atentatoria al honor de la demandante, por lo que debe prevalecer el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor, debiendo en consecuencia estimar el recurso de casación interpuesto en este aspecto.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 25 de abril de 2012, 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 Magistrado Excmo. Sr. D. **Juan Antonio Xiol Rios**, que expresa el parecer de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes.*

1. D.^a Yolanda presentó demanda de juicio ordinario de protección civil del derecho al honor y a la propia imagen contra el diario *Información de Publicaciones del Sur*, S.A. en la que reclamaba que se declarase la existencia de intromisión ilegítima por la captación y publicación no consentida en el citado diario, el 6 de enero de 2008, en la sección «Sociedad», de una fotografía de la demandante en el día de su boda, en la que aparecía bailando junto a otras personas de raza gitana todos ellos familiares suyos, figurando en la cabecera de la noticia el título de «Recuperar la honra por 600 euros» y debajo de la foto el siguiente comentario «Las jóvenes de raza gitana se someten en su boda a la famosa prueba del pañuelo para demostrar que llegan puras al matrimonio».

En la demanda se alegaba que la fotografía se tomó sin conocimiento ni consentimiento de las personas que en ella aparecen, y que tanto la fotografía como la leyenda que la encabeza vulneran el honor e imagen de la misma pues se incluye en un reportaje que se refiere a los tratamientos médicos de reconstrucción de himen, siendo la mera inclusión de esa fotografía una humillación para ella ante su familia, amigos y lectores del periódico, pues con la publicación se puso en duda su virginidad. Solicitaba que se declarase la existencia de intromisión ilegítima en su derecho al honor, se condenase a la demandada a indemnizarle por los daños y perjuicios causados en la cantidad de 120 000 euros, a la publicación de la sentencia y a abstenerse de difundir en lo sucesivo la imagen de la demandante en las condiciones efectuadas.

2. El Juzgado estimó parcialmente la demanda y declaró la existencia de intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y en el honor de la demandante con la publicación de su imagen como parte integrante de la noticia sobre la operación de reconstrucción del himen que se difundía en el citado diario, condenando a pagar a la demandante la cantidad de 2 500 euros, a publicar la sentencia y a abstenerse de difundir en lo sucesivo la imagen de la demandante en las condiciones efectuadas.

3. La Audiencia Provincial desestimó el recurso, al considerar que se trataba de una publicación no consentida de la imagen de una persona, en el interior de un local, obtenida durante la celebración de un acto reservado a su círculo familiar y social, como es una boda. Estimó que la fotografía que se acompaña al reportaje no es necesaria ni esencial para el mismo y concluyó que la fotografía publicada no podía encontrar protección en el derecho a comunicar libremente información, pues este alcanza al reportaje, pero no a la imagen de la persona de la demandante, al ser esta de carácter privado; insistiendo en que la imagen de la demandante que aparece en el reportaje no es en modo alguno accesoria e induce a pensar que la persona que interviene en la fotografía puede ser una de las que se han sometido a la intervención quirúrgica de la

que se habla, lo que constituye una vulneración de su derecho al honor en relación a su círculo de amigos y conocidos, entre los que se crea la duda de si la demandante se ha sometido o no a la reconstrucción del himen, algo que evidentemente pertenece a su intimidad.

4. Contra esta sentencia se ha interpuesto recurso de casación por la representación procesal de la entidad Publicaciones del Sur, S.A., el cual ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.1.º LEC por afectar el proceso a derechos fundamentales.

SEGUNDO.- *Enunciación del motivo primero y único.*

El motivo primero se introduce con la siguiente fórmula:

«Al amparo del artículo 477.2.1.º LEC , se denuncia vulneración del derecho a la libertad de información de mi representada, protegido en los artículos 10.2 y 20.1 d) de la Constitución y la doctrina jurisprudencial existente en cuanto a la confrontación del mismo con el derecho al honor y a la propia imagen.»

El motivo se funda, en síntesis, en que el juicio de ponderación que realiza la sentencia recurrida entre los derechos en conflicto no es adecuado, puesto que la información en la que se insertó la fotografía de la demandante era una información de relevancia social, de naturaleza médica, seria, respetuosa y veraz, habiéndose captado la fotografía en un lugar público y de libre acceso, siendo esta un elemento accesorio de una información sobre una práctica médica por la cual se reconstruye el himen, extendida en mayor medida entre las personas de raza gitana, a la que las personas que aparecen en la fotografía pertenecen, lo que por otra parte no tiene un matiz de desprecio, ni de la información podría sacarse la más mínima deducción de que ella sea usuaria de dicha práctica médica.

El motivo debe ser desestimado.

TERCERO.- *Colisión de la libertad de información con el derecho al honor y la propia imagen.*

A) (i) 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 al honor y 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.

(ii) El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero , FJ 12), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio , FJ 7).

El derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por la libertad de información.

La limitación del derecho al honor por la libertad de información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 12 de noviembre de 2008, RC n.º 841/2005 , 19 de septiembre de 2008, RC n.º 2582/2002 , 5 de febrero de 2009, RC n.º 129/2005 , 19 de febrero de 2009, RC n.º 2625/2003 , 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006 , 4 de junio de 2009, RC n.º 2145/2005 , 25 de octubre de 2010, RC n.º 88/2008 , 15 de noviembre de 2010, RC n.º 194/2008 y 22 de noviembre de 2010, RC n.º 1009/2008).

(iii) 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».

Sin embargo, por razones teleológicas, la garantía constitucional de esta facultad de disposición ha de entenderse «ceñida a la protección de la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía

de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas» (STC 81/2001, de 26 de marzo , FJ 2). Efectivamente, la inclusión de la propia imagen en el catálogo de derechos fundamentales especialmente protegidos por la Constitución está íntimamente vinculada a la garantía de la dignidad personal (STC 81/2001, de 26 de marzo , FJ 3) pues más allá de asegurar la individualidad se trata de garantizar así a la persona un trato que no contradiga su condición de ser racional igual y libre, capaz de determinar su conducta en relación consigo mismo y su entorno, esto es, una capacidad de «autodeterminación consciente y responsable de la propia vida» (SSTC 53/1985, de 11 de abril , FJ 8, 193/2003, de 27 de octubre , FJ 7) que implica también la interdicción de someter a la persona, contra su libertad, al tráfico comercial.

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».

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. Este derecho no es un derecho absoluto «se encuentra a su vez limitado 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» (SSTC 81/2001, de 26 de marzo , FJ 2, 139/2001, de 18 de junio , FJ 4).

Esto obliga, en caso de conflicto, a efectuar una tarea de deslinde a través de la ponderación tópica de los bienes constitucionales en juego.

B) Centrándonos en el derecho a la libertad de información que ha sido el invocado en este proceso, 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 al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático (STS 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006).

La protección constitucional de la libertad de información alcanza un máximo nivel cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio , FJ 4, 29/2009, de 26 de enero , FJ 4).

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 y en cuanto se refiere al eventual conflicto entre el ejercicio de la libertad de información y el derecho al honor:

(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, VonHannover 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). En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información cuando las noticias comunicadas redunden en descrédito del afectado.

(ii) La libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la intimidad personal y a la propia imagen.

(iii) La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000 , 99/2002 , 181/2006 , 9/2007 , 39/2007 , 56/2008 de 14 de abril ; SSTS 18 de febrero de 2009, RC n.º 1803/04 , 17 de junio de 2009, RC n.º 2185/06). El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en este se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero , FJ 5).

Entre las circunstancias que deben tomarse en cuenta en caso de conflicto entre el ejercicio de la libertad de información y el derecho a la propia imagen destacan:

(iv) La determinación de la intensidad con la que se afecta al derecho a la propia imagen tomando en consideración su dimensión teleológica (SSTC 156/2001, de 2 de julio, FJ 6 ; 14/2003, de 28 de enero, FJ 5 ; 72/2007, de 16 de abril , FJ 3), cuya trascendencia viene también puesta de relieve por el hecho de que, con carácter general, en los casos de fotografías difundidas públicamente el canon de relevancia que permite la afectación sobre el derecho a la propia imagen ha de ser necesariamente más tenue que el que faculta a una intromisión en los derechos al honor o la intimidad, en la medida en que es también menor la consecuencia lesiva sobre la dignidad que tiene en sí misma la mera reproducción gráfica de la representación externa de una persona (ATC 176/2007, de 1 de marzo , FJ 2).

(v) en la ponderación de los derechos en conflicto también debe valorarse la conducta previa del afectado por la difusión no consentida de la propia imagen, «como ocurre cuando la propia -y previa conducta de aquel o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con él» (STC 99/1994, de 11 de abril ; FJ 5, STC 14/2003, de 28 de enero , FJ 5).

CUARTO.- *Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.*

La aplicación de los criterios enunciados al caso examinado conduce a la conclusión de que, frente a la intromisión en el derecho al honor y la propia imagen de la demandante, atendidas las circunstancias del caso, no debe prevalecer la libertad de información. Esta conclusión, conforme en su mayor parte con el dictamen del Ministerio Fiscal, se funda en los siguientes razonamientos:

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

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

(i) Un examen de las circunstancias del caso revela que la información publicada gozaba de interés público al venir referida a un tema de interés sociocultural como era la evolución de la sociedad española respecto a la sexualidad y el valor de la virginidad de las mujeres en la sociedad actual y especialmente, en determinadas razas o religiones, así como de la cirugía de reconstrucción del himen a la que se someten mujeres, en su mayoría musulmanas o de raza gitana. Desde este punto de vista, por consiguiente, el peso de la libertad de información frente al derecho al honor es el caso examinado de una importancia elevada.

Ahora bien no puede decirse lo mismo en la colisión entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen puesto que el uso de la imagen de la demandante para acompañar el reportaje publicado era innecesario dentro de la información facilitada y no venía en modo alguno exigido por esta, puesto que no añadía nada nuevo al contenido de la información, si bien sobre este extremo nos detendremos más adelante cuando se analice el carácter accesorio de la imagen de la demandante.

ii) No se pone en cuestión la veracidad de la información transmitida. Este factor, en consecuencia es irrelevante para la ponderación que estamos efectuando entre la libertad de información y el derecho al honor. En otro orden de cosas, este requisito resulta de menor trascendencia cuando se afecta al derecho a la propia imagen.

(iii) Desde el ángulo del posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado de la información transmitida deben hacerse las siguientes consideraciones:

En primer lugar, hay que señalar que la noticia divulgada si bien por su propio contenido, no supone un descrédito en la consideración de la demandante, puesto que no aparece referida a ella, ni se la nombra e identifica en relación a la noticia que se da, no es menos cierto, coincidiendo así con lo dispuesto en la sentencia recurrida, que la inclusión de su imagen, claramente reconocible, en un reportaje referido a la reconstrucción del himen de mujeres pertenecientes a determinadas razas, entre ellas la gitana, raza a la que pertenece la demandante, la vincula con la práctica médica de la que se informa o al menos siembra la duda sobre su participación en la misma.

En segundo lugar, esta posibilidad de confusión o vinculación de la demandante con los hechos relatados afecta a su dignidad como persona al cuestionarse aspectos pertenecientes a su esfera íntima, como sucede con el tema de la virginidad, lo que desde un punto de vista subjetivo es susceptible de lesionar su derecho al honor dadas las connotaciones negativas que para ella la pérdida del himen supondría desde un punto de vista socio-cultural, de manera que no existe la debida proporcionalidad entre el ejercicio del derecho a la información atendido su contenido y finalidad, y el respeto al honor de la persona a la que la noticia publicada parece referirse.

Desde este punto de vista, por consiguiente, el peso del derecho al honor frente a la libertad de información es de una importancia considerable.

(iv) De acuerdo con la disciplina constitucional de la materia, esta Sala considera que las circunstancias que rodearon la utilización de la imagen de la demandante, tal y como declara la sentencia recurrida, vulnera su derecho a la propia imagen.

La parte recurrente insiste en que la fotografía que se insertó en la información publicada fue captada durante la celebración de la boda, en un lugar público y de libre acceso, así como que la imagen de la demandante era un elemento accesorio de una información de relevancia social seria, respetuosa y veraz sobre una práctica médica por la cual se reconstruye el himen, sin que de la información pueda sacarse la más mínima deducción de que la demandante haya participado en dicha práctica médica.

La sentencia recurrida considera, por el contrario, que la imagen de la demandante fue captada fotográficamente de manera ilícita y se publicó sin su consentimiento (en el interior de un local, durante la celebración de su boda, acto reservado a su círculo familiar y social, y si bien se permitía el acceso al mismo de cualquier persona, así como hacer fotos, no se ha acreditado que el fotógrafo tuviera permiso para hacerla, ni para publicarla y desde luego mucho menos para acompañarla a la noticia que se ofrecía). También declara que la fotografía no era necesaria ni esencial para el reportaje del que forma parte, pudiendo prescindirse de ella sin merma de su contenido informativo, así como que la imagen de la demandante que aparece en el reportaje no tiene la consideración de accesorio.

Esta Sala comparte los razonamientos de la sentencia recurrida y estima que en la colisión entre el derecho a la libertad de información y el derecho a la propia imagen debe prevalecer este último toda vez que el lugar donde se captó la fotografía no tiene la consideración de lugar abierto al público, al tratarse de un domicilio particular, con independencia de que al mismo acudieran numerosas personas con ocasión de la boda de la demandante, esta no es persona que ejerza cargo público, ni ejerce una profesión de notoriedad o proyección pública y no se trata de información sobre un acontecimiento de interés público en el que la imagen de la demandante aparezca con carácter accesorio, todo lo contrario se trata de una imagen principal que acompaña a un reportaje escrito, en la que aparece ella en un primer plano desde el que se permite verla e identificarla con total claridad, siendo susceptible de ser relacionada con el tema del que se informaba y con el que no guardaba relación alguna, salvo pertenecer a la raza gitana. Además si la finalidad de la publicación era informar sobre la evolución de la sociedad española respecto a la sexualidad y el valor de la virginidad de las mujeres en la sociedad actual así como de la cirugía de reconstrucción del himen a la que se someten mujeres, en su mayoría musulmanas o de raza gitana no era necesaria para ilustrarla acompañar la fotografía de la demandante, aun cuando no se identificara a la fotografiada y no se la mencionara expresamente en la información que se daba, pudiendo haberse emitido sin ella o *pixelando* su rostro, sin que con ello se mutilase la información proporcionada. Por todo lo anterior, esta Sala, al igual que se apreció en las sentencias anteriores, considera 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.

Desde este punto de vista, en suma, la afectación del derecho a la libertad de información es escasa frente a la protección del derecho a la propia imagen.

(v) De acuerdo con la valoración efectuada por la sentencia recurrida no existe prueba alguna de que la demandante consintiera la captación y publicación de su imagen y mucho menos con el fin de acompañarla a un reportaje escrito de las características antes expresadas, ni que con anterioridad hubiera dado lugar mediante sus pautas de comportamiento a entender que así era.

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

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

QUINTO. - *Desestimación del recurso.*

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el artículo 487 LEC y de imponer las costas a la parte que interpuso el recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 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 Publicaciones del Sur, S.A., contra la sentencia dictada en grado de apelación, rollo n.º 65/2010, por la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.ª, de 16 de junio de 2010 , cuyo fallo dice:

«Fallamos.

»Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. Manuel F. Agarrado Luna, en nombre y representación de Publicaciones del Sur, S.A., contra la sentencia dictada el veinticinco de noviembre de dos mil nueve por la Il.ª Sr.ª Jueza del Juzgado de Primera Instancia número Dos de Jerez de la Frontera, en el juicio ordinario 1215/08, confirmamos íntegramente la misma, condenando a la parte apelante al pago de las costas causadas en esta alzada.»

2. No ha lugar a casar por el motivo formulado 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 Rios**. Francisco Marin Castan. Jose Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Roman Garcia Varela. Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Juan Antonio Xiol Rios**, 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.