



Roj: **STS 467/2023 - ECLI:ES:TS:2023:467**

Id Cendoj: **28079110012023100112**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **14/02/2023**

Nº de Recurso: **2936/2022**

Nº de Resolución: **249/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 249/2023

Fecha de sentencia: 14/02/2023

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2936/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/02/2023

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE JEREZ. SECCIÓN 1.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 2936/2022

Ponente: Excm. Sra. D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 249/2023

Excmos. Sres. y Excm. Sra.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

En Madrid, a 14 de febrero de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Santiago en representación de su hija menor Amanda, representado por la procuradora D.^a María Teresa del Castillo Codes y bajo la dirección letrada de D.^a Concepción Ruiz Sánchez, contra la sentencia n.º 146/2022, de 14 de febrero, dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Jaén en el recurso de apelación n.º 1682/2021, dimanante de las actuaciones de

juicio ordinario n.º 1688/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Jaén, sobre protección del derecho fundamental al honor, intimidad y propia imagen de menor de edad. Ha sido parte recurrida Mediaset España Comunicación S.A., representada por el procurador D. Manuel Sánchez-Puelles González Carvajal y bajo la dirección letrada de D.ª Noelia Rodríguez García. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª M.ª Ángeles Parra Lucán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1. D. Santiago interpuso demanda de juicio ordinario contra Mediaset España Comunicación S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"1. Que se declare que la entidad demandada ha realizado una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la menor Amanda , al publicarse el pasado 9 de abril de 2020 y el 10 de diciembre de 2020 las imágenes de la menor sin pixelar. Se acompañan las imágenes a las que se refieren los hechos de esta demanda.

"2. Que se condene a la demandada, por los daños morales causados, a indemnizar a la menor, Amanda , en la persona de su representante legal, la suma de VEINTICINCO MIL (25.000 euros), o la cantidad que prudencialmente fije el Juzgador teniendo en cuenta los antecedentes de esta demanda, sin perjuicio de cualquier otra que por el juzgador se estime justa y adecuada a los hechos expuestos.

"3. Que se condene a la demandada a difundir el encabezamiento y fallo de la sentencia que se dicte, mediante su publicación en la página web dentro del plazo de 15 días a la fecha en que la sentencia hubiere quedado firme. Si este programa en dicha fecha hubiere dejado de emitirse, dicho pronunciamiento deberá cumplirse en cualquier otro programa.

"4. Que se condene a la entidad demandada a cesar inmediatamente en la intromisión ilegítima mediante la eliminación de la citada imagen, así como cualquier otro soporte que la contenga y se halle en poder de la demandada.

"5. Que se condene a la entidad demandada a que proceda a la eliminación en la página web de internet <https://www.telecinco.es/> del reportaje de "Outdoor" de la imagen de la menor.

"6. Que se al pago de las costas de la litis, así como al abono de los intereses legales devengados desde la fecha de la interpelación judicial".

2. La demanda fue presentada el 17 de diciembre de 2020 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Jaén, fue registrada con el n.º 1688/2020. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. Mediaset España Comunicación S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba que se estimara la excepción de falta de legitimación pasiva de Mediaset España Comunicación y la de preclusión de acciones planteadas en dicho escrito y se acordara su absolución de todas las pretensiones ejercitadas en su contra.

4. Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Jaén dictó sentencia de fecha 13 de septiembre de 2021, con el siguiente fallo:

"Que estimando la demanda por sustancial, DEBO CONDENAR Y CONDENO a Mediaset España Comunicación SA. Declaro que la entidad demandada ha realizado una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la menor Amanda , al publicarse el pasado 9 de Abril de 2020 y el 10 de Diciembre de 2020 las imágenes de la menor sin pixelar. Debiendo abonar al actor, por los daños morales causados, a indemnizar a la menor, Amanda , en la persona de su representante legal, la suma de OCHO MIL EUROS (8.000 euros). Que condeno a la entidad demandada a cesar inmediatamente en la intromisión ilegítima mediante la eliminación de la citada imagen, así como cualquier otro soporte que la contenga y se halle en poder de la demandada. Que condeno a la entidad demandada a que proceda a la eliminación en la página web de internet <https://www.telecinco.es/> del reportaje de "Outdoor" de la imagen de la menor, con las costas procesales, así como los intereses legales devengados desde la fecha de la interpelación judicial".

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Mediaset España Comunicación S.A.



2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Jaén, que lo tramitó con el número de rollo 1682/2021 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 14 de febrero de 2022, con el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Jaén, con fecha 13-09-21, en autos de Juicio Ordinario, seguidos en dicho Juzgado con el n.º 1688 del año 2.020, debemos revocar y revocamos la resolución íntegramente, y en su lugar se acuerda que con desestimación de la demanda se debe de absolver y se absuelve al demandado de las pretensiones ejercitadas en su contra, con imposición de costas a la parte demandante, y sin imposición de costas a la parte apelante en esta instancia...".

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso de casación*

1. D. Santiago interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Por infracción de los artículos 2 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación con la jurisprudencia aplicable, vulneración del derecho a la imagen de la menor Amanda (artículo 18 C.E.). Indebida aplicación del artículo 20 de la Constitución.

"Segundo.- Erróneo juicio en la valoración del presente caso, debido a que se trata de la protección de los derechos fundamentales de una menor de edad, que han de prevalecer en este supuesto".

2. Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de septiembre de 2022, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Santiago contra la sentencia dictada con fecha de 14 de febrero de 2022 por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 1682/2021, dimanante del juicio ordinario n.º 1688/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Jaén".

3. Se dio traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal para que formalizaran su oposición al recurso de casación, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4. Por providencia de 12 de enero de 2023 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 8 de febrero de 2023, fecha en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Objeto del recurso y antecedentes relevantes*

El recurso tiene su origen en una demanda por intromisión en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de una niña, nacida el NUM000 de 2017. La demanda la interpone el padre contra la gestora de una página web que publicó dos reportajes en el que aparecen imágenes de la niña sin pixelar. El primero, publicado en abril de 2020, contenía una entrevista realizada a la madre durante el confinamiento e incluía imágenes de la niña proporcionadas por la madre. El segundo, publicado en diciembre de 2020, replicaba el enlace a la red social de la madre en la que aparecían fotografías de la niña.

La Audiencia Provincial ha desestimado la demanda, recurre en casación el padre y su recurso, de acuerdo con el criterio del Ministerio Fiscal, va a ser desestimado.

Son antecedentes relevantes los siguientes.

1. La sentencia de la Audiencia Provincial declara acreditado:

"Que el 9 de abril de 2020 en la página web outdoor se publicó la entrevista y el reportaje " Amanda cuenta la realidad del aislamiento de sus hijas: "A veces me desespero y lloro"; y el 12 de diciembre la entrevista: " Amanda pierde la custodia de su hija pequeña: los tiernos momentos que han vivido juntas".

"En la primera de las entrevistas, ésta va acompañada de una foto, facilitada por la propia madre de la menor, donde se aprecia a dos menores junto a juguetes durante su confinamiento, publicándose un video grabado por la propia entrevistada con su propio móvil.



"En el segundo reportaje se acompañan de fotografías que la propia madre mantiene en su perfil público en una conocida red social.

"En dicho reportaje se replicó el enlace de la red social de Instagram de la madre de las menores, enlace éste en la que se veía a la madre acompañada de sus hijas, siendo así que las imágenes de las menores no fueron borradas o pixeladas.

"Esto es, la primera persona que publicó la imagen de sus hijas fue su propia madre".

2. Santiago , padre de la hija pequeña de Amanda , presentó demanda contra MEDIASET ESPAÑA COMUNICACION S.A., como gestora de la página web outdoor. El motivo de la demanda fue la publicación de los dos reportajes mencionados y en los que aparece la imagen de la menor, hija del recurrente, sin pixelar. El demandante alega su falta de consentimiento, denuncia intromisión en el derecho a la intimidad e imagen de la niña y solicita una indemnización de 25000 euros y la retirada de la imagen de la niña de la página web.

Por lo que aquí interesa, la demandada se opuso alegando que se había limitado a difundir información suministrada por la propia madre, quien había publicado previamente las fotografías en su cuenta de Instagram y le había remitido los vídeos y fotos tomadas por ella misma, y las seguía manteniendo en sus redes después de que la demandada, una vez notificada la demanda, las retirara; que no se aludía a ninguna circunstancia de la vida íntima o familiar de la niña que vulnerara sus derechos, que el propio demandante, previo pago, presentó al público la imagen de la niña cuando nació en la Revista Diez Minutos, sin que entonces su rostro fuera pixelado; que en el momento en que las imágenes se publican en internet y posteriormente se recogen por la web outdoor, quien ejercía la patria potestad era la madre, con la que la niña convivía.

3. El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Jaén estima la demanda y declara que la entidad demandada ha realizado una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de la menor Amanda por la publicación de su imagen sin pixelar.

El juzgado basa su decisión en las siguientes consideraciones: que se reproduce la imagen de la menor en escenas cotidianas durante el confinamiento, por lo que se ve afectada su imagen y su intimidad, que aunque la madre es una persona conocida para la opinión pública no sucede lo mismo con su hija de tres años, de modo que hubiera sido preciso el consentimiento también del padre, especialmente para el segundo reportaje, en el que la noticia versaba sobre la pérdida de custodia por la madre.

El juzgado considera que, por tratarse de imágenes cotidianas, es excesiva la indemnización solicitada de 25000 euros, y rebaja la concedida a 8000 euros. Finalmente, aunque advierte que la demandada refiere haber retirado las imágenes de la web en el momento en que recibió la notificación de la demanda, recoge en el fallo la condena a la eliminación de la web de las imágenes de la menor.

4. La sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén estima el recurso de apelación interpuesto por la demandada y desestima la demanda.

La Audiencia basa su decisión en que, a pesar de la tutela de que gozan los derechos invocados no estamos ante derechos absolutos, pues de acuerdo con las leyes y la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo debe ponderarse su protección con la tutela de otros derechos con los que pueden entrar en conflicto, incluso cuando se refiera a menores, pues hay que estar a cada caso para apreciar si concurren o no circunstancias que hagan legítima la captación o divulgación. Partiendo de lo anterior, considera que el único derecho que podría entenderse vulnerado en todo caso sería el derecho a la imagen, pero no el derecho a la intimidad, ya que en los artículos únicamente se hacía referencia, de manera siempre positiva, a los momentos que la madre pasaba con sus hijas durante el confinamiento y a los momentos vividos por la madre en el pasado junto con su hija. Por lo que se refiere al consentimiento requerido para la autorización, con cita del art. 156 CC, afirma que el demandante no prestó consentimiento para que se hicieran pública las imágenes, y advierte que en el futuro ambos progenitores titulares de la patria potestad deberán consentir la utilización de la imagen de la menor y si existiera controversia, el progenitor interesado deberá acudir al juez para, en su caso, obtener la debida autorización. Por lo que se refiere al hecho de que las fotografías son de acceso público a través de la red social de la madre, observa que la niña no es un personaje público aunque la madre lo sea, pero concluye que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en este caso no ha existido intromisión ilegítima porque la prestación de consentimiento para la publicación de la propia imagen en internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet (STS de 20 de julio de 2018).

5. D. Santiago , padre de la niña, interpone recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial.

6. La demandada se ha opuesto a su estimación.



7. El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Admisibilidad del recurso

1. La parte recurrida alega causa de inadmisibilidad por considerar que el recurso pretende una revisión de la prueba y no responde a una estructura correcta en cuanto a la identificación de norma infringida.

2. Sin perjuicio de lo que diremos al resolver el recurso, debemos rechazar estos óbices de inadmisibilidad, por no referirse a causas de inadmisión de las que esta sala considera absolutas.

3. En los procesos sobre derechos fundamentales la sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales invocados. Sin embargo, no es admisible que el recurrente, para justificar la existencia de la vulneración alegada, se aparte inmotivadamente de las conclusiones probatorias alcanzadas en la instancia sobre hechos concretos y argumentadas en la sentencia recurrida, o lo haga con alegaciones inconsistentes, pues si se admitiera revisar tales conclusiones probatorias se estaría desvirtuando la naturaleza del recurso de casación (entre otras, sentencias 599/2019, de 7 de noviembre, 232/2020, de 2 de junio, 243/2020, de 3 de junio, 146/2021, de 15 de marzo). De acuerdo con esta doctrina, reiterada en las sentencias 243/2020 y 599/2019, "si bien en la resolución de un recurso de casación que afecte a derechos fundamentales no se puede considerar como cuestión probatoria la valoración que sobre la afectación de tales derechos haya realizado el tribunal sentenciador, y está justificado que la parte recurrente discrepe en casación del juicio de ponderación contenido en la sentencia recurrida sobre la base de negar la concurrencia de todos o de alguno o algunos de los requisitos de los que depende su resultado (esto es, la preeminencia en el caso concreto de las libertades de expresión e información sobre los derechos de la personalidad en conflicto con aquellas), todo ello no ha de llevarse al extremo de permitir que la parte recurrente pueda basar su disconformidad con el juicio de ponderación en una base fáctica distinta de la que tomó la sentencia recurrida para sustentarlo".

4. En el caso que juzgamos, aunque el recurso de casación se funda en dos motivos, en realidad, se trata de uno solo estructurado en dos apartados. En el primero denuncia la infracción de los artículos 2 y 7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, en relación con la jurisprudencia aplicable, y vulneración del derecho a la imagen de la menor Amanda (artículo 18 CE) e indebida aplicación del artículo 20 de la Constitución. En el segundo motivo no cita la infracción de precepto aplicable al caso, único motivo admisible del recurso de casación, y desarrolla su tesis acerca de lo que considera erróneo juicio en la valoración realizada por la sentencia recurrida, con el principal argumento de que se trata de la protección de los derechos fundamentales de una menor de edad, que han de prevalecer en este supuesto frente a la libertad de información.

En el desarrollo del escrito, el recurrente acumula mezcladamente argumentos tanto sobre la intimidad del menor referida a las manifestaciones en el ámbito familiar, como sobre la imagen, y señala que en el caso no existe distorsión en la imagen de la niña, que la imagen no es accesoria y la hace reconocible; afirma también que la publicación de la imagen en internet no permite su difusión en un medio de comunicación, que se trata de derechos no disponibles siquiera para los progenitores, pues el ministerio fiscal y el juez pueden no respaldar su decisión, que no se comunica a los hijos menores el factor modulador de la notoriedad de los padres, y que una misma imagen puede lesionar al mismo tiempo el derecho a la intimidad y a la imagen.

En definitiva, como advierte el Ministerio Fiscal en su informe ante esta sala, pese a la imprecisión en el desarrollo del recurso, debe entenderse que lo que se viene a impugnar es el juicio de ponderación realizado por la sentencia recurrida entre los derechos a la intimidad e imagen de la menor y el derecho a la información del medio de comunicación, cuestión jurídica a la que la sala debe dar respuesta.

TERCERO.- Decisión de la sala. Inexistencia de intromisión ilegítima en los derechos de la menor en atención a las circunstancias concurrentes. Desestimación del recurso

1. Para resolver el recurso de casación debemos partir del marco normativo aplicable y de la doctrina de la sala, que sintetizamos a continuación en los aspectos que aquí interesan.

i) Como sintetiza la sentencia 14/2022, de 13 enero, con cita de abundante jurisprudencia de la sala, los derechos a la intimidad y a la propia imagen son derechos autónomos con sustantividad y contenido propio y específico. Para apreciar que la captación y reproducción gráfica de una determinada imagen de una persona vulnera su derecho a la intimidad, resulta necesario que dicha imagen revele su intimidad personal o familiar, que muestre algún aspecto reservado protegido por el derecho a la intimidad.

ii) Por otra parte, no cualquier dato personal se encuentra protegido por el derecho a la intimidad (STC 292/2000, de 30 de noviembre y sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 483/2020, de 22 de



septiembre). La función del derecho fundamental a la intimidad del art. 18.1 CE es la de proteger frente a cualquier invasión que pueda realizarse en aquel ámbito de la vida personal y familiar que la persona desea excluir del conocimiento ajeno y de las intromisiones de terceros en contra de su voluntad (STS 551/2020, de 22 octubre)

iii) En relación con la ponderación entre la libertad de información y los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen en los casos en que los intereses de los menores están afectados, el ordenamiento jurídico otorga una especial protección al interés del menor, ya que los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo (art. 3) se refuerzan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor (art. 4).

En palabras de la STC 158/2009, de 29 de junio de 2009 (FJ 4):

"Cabe recordar que, de conformidad con el art. 20.4 CE, las libertades de expresión e información tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el título I, en las leyes que lo desarrollan "y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia". Asimismo, no deben dejar de ser tenidas en cuenta las normas internacionales de protección de la infancia (sobre cuyo valor interpretativo ex art. 10.2 CE no es necesario insistir), y, entre ellas, muy en particular, la Convención de la Naciones Unidas sobre los derechos del niño (ratificada por España por Instrumento de 30 de noviembre de 1990), que garantiza el derecho de los niños a la protección de la ley contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada (art. 16), así como la Resolución del Parlamento Europeo relativa a la Carta europea de los derechos del niño, en la que se establece que "todo niño tiene derecho a no ser objeto por parte de un tercero de intrusiones injustificadas en su vida privada, en la de su familia, ni a sufrir atentados ilegales a su honor" (apartado 29 del § 8 de la Resolución A 3- 0172/92 de 8 de julio).

"A su vez, la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, tras establecer que no se apreciará intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando el titular del derecho hubiere prestado su consentimiento expreso al efecto (art. 2), precisa seguidamente en su art. 3, en cuanto a los menores de edad (e incapaces) que su consentimiento deberá ser prestado por ellos mismos, si sus condiciones de madurez lo permiten y, de no ser así, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por sus representantes legales, quienes estarán obligados a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado, habiendo de resolver el Juez si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere.

"Las previsiones del art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982 se complementan, en cuanto a los menores, por lo dispuesto en el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, que, entre otros extremos, considera intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del menor "cualquier utilización de su imagen o su nombre en los medios de comunicación que pueda implicar menoscabo de su honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses incluso si consta el consentimiento del menor o de sus representantes legales" (art. 4.3)".

En definitiva, cuando se trata de la difusión de la imagen de menores en medios de comunicación, el consentimiento, bien del menor maduro, bien de sus representantes, es insuficiente para legitimar la intromisión si se aprecia el riesgo de daño al interés del menor.

iv) Cuando se trata de menores no maduros, el consentimiento a que se refiere el art. 3 de la LO 1/1982 ha de ser otorgado por su legal representante, es decir, por los titulares de la patria potestad. Y, conforme al art. 156 CC:

"La patria potestad se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. Serán válidos los actos que realice uno de ellos conforme al uso social y a las circunstancias o en situaciones de urgente necesidad.

"En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años.

"En los supuestos de los párrafos anteriores, respecto de terceros de buena fe, se presumirá que cada uno de los progenitores actúa en el ejercicio ordinario de la patria potestad con el consentimiento del otro.

"En defecto o por ausencia, incapacidad o imposibilidad de uno de los padres, la patria potestad será ejercida exclusivamente por el otro.



"Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio".

2. La notoriedad de los padres no permite sin más transferir a sus hijos menores el factor modulador de la notoriedad pública en la tutela de los derechos a la intimidad y propia imagen (sentencias de esta sala 792/2004, de 12 de julio, 123/2009, de 25 de febrero, 456/2009, de 17 de junio, 777/2021, de 11 de noviembre, entre otras). Sin embargo, como bien advierte la fiscal ante esta sala, para realizar el debido juicio de ponderación sobre los derechos en conflicto hay que tener en cuenta los hechos concretos que se tienen por acreditados en la sentencia recurrida, el contexto y las circunstancias en que tienen lugar.

Ese contexto y circunstancias del caso, en el que el padre demanda a la gestora de una página web que publicó dos reportajes en los que aparecían sin pixelar imágenes de su hija menor, son los siguientes.

i) Amanda , madre de la niña a la que se refiere este asunto, es conocida públicamente en determinados ámbitos por haber sido Miss España, ganadora de "Gran hermano Dúo", exconcurante de "Supervivientes" y colaboradora de "Sálvame". Y como dice la sentencia de primera instancia: "No es discutido el carácter de personajes públicos de los progenitores de la menor, derivado no solo de su actividad profesional, sino por haber propiciado ellos mismos ese interés, al aparecer con frecuencia en los medios de prensa de crónica social, al divulgar públicamente su matrimonio, el nacimiento de su hija y también el hecho de su separación, habiéndose publicado fotografías con su consentimiento. Ambos progenitores de la menor en cuestión han intervenido en programas tipo Gran Hermano que gozan de gran difusión y conocimiento entre el "gran público".

ii) No consta que el padre ahora recurrente se dirigiera a la página web outdoor para mostrar su oposición a la publicación de imágenes de su hija menor ni para solicitar su retirada, sino que directamente interpuso demanda contra la demandada quien, según refiere, desde la contestación a la demanda, y no ha sido negado por el recurrente en las posteriores instancias, retiró las imágenes desde el momento en el que se le notificó la demanda.

iii) La sentencia de primera instancia da por probado el consentimiento de la madre cuando afirma que "la madre de la pequeña declaró como testigo en el acto del juicio que autorizó ambas publicaciones", lo que no es desmentido por la sentencia recurrida, que considera acreditado que se trata de entrevistas a la madre, que la madre facilita las fotos, que se publica un vídeo grabado por la propia madre, que la madre mantiene las fotos en su red social, y que el segundo reportaje replica el enlace de la red social de la madre.

iv) El recurrente no ha alegado ni consta que en la época en la que se realizaron las fotos y se publicaron los reportajes, la madre no fuera titular de la patria potestad sobre la niña, ni tampoco se ha aludido a que tuviera limitado el ejercicio de algunas de sus funciones, ni que existiera resolución judicial que excluyera o limitara el contenido de las posibles decisiones que pudiera adoptar la madre y que afectaran a la niña.

3. Partiendo de estos datos, respecto del primer reportaje el recurso debe ser desestimado. Ello, atendiendo al contexto y circunstancias en las que se realizó, en el periodo del confinamiento, en donde estas prácticas - grabaciones de momentos de la vida cotidiana- se extendieron y generalizaron notablemente como uso social. En este contexto, en el que el objeto principal de la publicación era la vida de la madre con sus hijas durante la época del confinamiento, puede entenderse que el uso social y las circunstancias amparaban la validez del consentimiento prestado por la madre (art. 156.I CC) y que, ante la falta de oposición dirigida por el padre al medio, este pudiera presumir de buena fe que la actuación de la madre no se hacía contra la voluntad del padre (art. 156.III CC).

Aunque mediando consentimiento, como dice el recurrente, se deben extremar las cautelas y ello supone que no se puede utilizar la imagen del menor si ese uso es contrario a sus intereses, la sala no aprecia que ello suceda en este caso.

La publicación y el contenido del reportaje no puede entenderse que sea contrario al interés de la menor ni que afecte a su intimidad, pues no revela ningún dato reservado o íntimo. No puede decirse que la divulgación de imágenes de la vida cotidiana en las que aparece la madre con sus dos hijas pequeñas, una de ellas hija también del demandante, exceda de lo que, en atención a las circunstancias, podría considerarse como usual para muchas familias con hijos pequeños durante la época de confinamiento. En la medida en que las imágenes transmiten de manera cariñosa aspectos del día a día vivido durante la época a que se refieren, tampoco pueden considerarse que lesionen los intereses de la hija del demandante. Por otra parte, las imágenes y los comentarios que las acompañan tampoco revelan aspectos específicos de la intimidad de la niña, sino la



forma en la que la madre pasaba con sus hijas los días de aislamiento, con juegos, rutinas, o "las palmas" a los sanitarios a las ocho de la tarde, lo que resulta bastante inocuo.

4. Por lo que se refiere al segundo reportaje, en el que se da cuenta de la noticia de la pérdida de la guarda y custodia por parte de la madre y se incluyen fotos de la niña, la sala también comparte los argumentos de la parte recurrida y del ministerio fiscal en el sentido de que, en atención a las circunstancias concurrentes, la sentencia recurrida ha valorado correctamente que no ha existido una intromisión ilegítima en los derechos a la intimidad y la propia imagen por parte de la demandada.

La sentencia recurrida parte de que lo que hizo el medio demandado fue replicar el enlace a la red social de la madre, accesible y disponible en internet. El recurrente insiste en que el hecho de que una imagen esté accesible en internet no conlleva el consentimiento para la difusión de la imagen en un medio de comunicación, pues la finalidad de la red social es meramente la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que los terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular. Pero en este caso, como advierte la Audiencia con cita de la sentencia de esta sala 476/2018, de 20 de julio, la prestación del consentimiento por parte de la madre para la publicación de la imagen de la niña en internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en internet.

De acuerdo con la sentencia 476/2018, de 20 de julio:

"5.- Hemos afirmado (sentencia 91/2017, de 15 de febrero) que el consentimiento del titular de la imagen para que el público en general, o un determinado número de personas, pueda ver su fotografía en un blog o en una cuenta abierta en la web de una red social, no conlleva la autorización para hacer uso de esa fotografía y publicarla o divulgarla de una forma distinta, pues no constituye el "consentimiento expreso" que exige la ley.

"Pero también ha de afirmarse que la prestación de consentimiento para la publicación de la propia imagen en Internet conlleva el consentimiento para la difusión de esa imagen cuando tal difusión, por sus características, sea una consecuencia natural del carácter accesible de los datos e imágenes publicados en Internet.

"6.- Mientras que en la sentencia citada negamos que la publicación de una fotografía del perfil de Facebook de quien no tenía la consideración de personaje público, en las ediciones en papel y digital de un periódico, tuviera esa naturaleza de "consecuencia natural" del carácter accesible de la fotografía en Internet, pues la finalidad de una cuenta abierta en una red social es la comunicación de su titular con terceros y la posibilidad de que esos terceros puedan tener acceso al contenido de esa cuenta e interactuar con su titular, pero no que pueda publicarse la imagen del titular de la cuenta en un medio de comunicación, no puede decirse lo mismo respecto de la utilización privada en cuentas de Twitter (o de otras redes sociales) de particulares de las imágenes que se hallan disponibles al público en Internet.

"En estos casos, la inclusión de una imagen en un tuit equivale en buena medida a la inclusión en el propio tuit del enlace a la web en que tal imagen se halla, lo que puede considerarse como una "consecuencia natural" de la publicación consentida de la imagen en un determinado sitio web de acceso general. Los "usos sociales" legítimos de Internet, como son la utilización en las comunicaciones típicas de la red (mensajes de correo electrónico, tuits, cuentas de Facebook o Instagram, blogs) de las imágenes referidas a actos públicos previamente publicadas en la red, bien "retuiteando" el tuit en que aparece la imagen, bien insertándola directamente en otro tuit o en la cuenta de otra red social, bien insertando un "link" o enlace al sitio web donde la imagen se encuentra publicada, en principio excluirían el carácter ilegítimo de la afectación del derecho a la propia imagen, conforme al art. 2.1 LOPDH .

"7.- Lo expuesto no obsta a la ilegitimidad de la publicación de imágenes cuando, aun encontrándose disponibles en Internet, resulte evidente, por su contenido o por las circunstancias que las rodean, que las mismas constituyen una intromisión ilegítima en derechos de la personalidad. En tales casos, resulta indudable que la publicación previa se ha realizado sin el consentimiento del afectado, por lo que la previa publicación en Internet, por su carácter ilegítimo, no legitima la reutilización pública de tales imágenes".

En el caso que juzgamos, las imágenes estaban disponibles en internet con consentimiento de la madre. Como ya hemos dicho, ello no supone que se puedan publicar cuando, aun mediando consentimiento, la publicación sea contraria a los intereses del menor, lo que en el caso, por las circunstancias que exponemos a continuación, no se ha producido.

En el reportaje, al informar de la noticia de la pérdida de la guarda y custodia por la madre, y desde su visión subjetiva, se da cuenta de sus sentimientos de tristeza y se hace referencia a momentos vividos con la niña. en este contexto se incluyen, en relación con lo narrado, algunas fotos que recogen recuerdos de la madre, en las que se plasma su embarazo, o aparece abrazando a la bebé, a la que tiene cogida, y alguna otra foto posterior



pero que tampoco se corresponde con el momento actual, por lo que resultan inocuas para la identificación de la niña, y en cualquier caso, como señala la fiscal, nada añaden a las divulgadas en el reportaje anterior.

Tomando en consideración todos los datos expuestos debemos concluir que la sentencia recurrida, de acuerdo con el criterio del ministerio fiscal, debe ser confirmada, dado que la publicación por la demandada de las fotos litigiosas, en este caso, por las circunstancias expuestas, no constituye una vulneración de los derechos a la intimidad y la propia imagen.

Por todo ello, el recurso se desestima y se confirma el fallo de la sentencia recurrida.

CUARTO.- La desestimación del recurso de casación determina la imposición de las costas devengadas a la parte recurrente (arts. 398.1 y 394 LEC).

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Santiago contra la sentencia dictada con fecha de 14 de febrero de 2022 por la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 1.ª), en el rollo de apelación n.º 1682/2021, dimanante del juicio ordinario n.º 1688/2020 del Juzgado de Primera Instancia n.º 7 de Jaén.

2.º- Confirmar el fallo de la mencionada sentencia.

3.º- Imponer las costas del recurso de casación a la parte recurrente y ordenar la pérdida del depósito constituido.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.