

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ065842

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 777/2021, de 11 de noviembre de 2021

Sala de lo Civil

Rec. n.º 6775/2020

**SUMARIO:**

**Derecho a la intimidad y a la propia imagen de menor de edad. Publicación de fotografías en un diario digital. Inexistencia de intromisión ilegítima.** El recurso tiene su origen en una demanda por intromisión en el derecho a la imagen de un niño por la publicación de dos fotografías suyas en la web de un diario digital. La demanda interpuesta por el padre ha sido desestimada en las dos instancias al considerar que no ha habido intromisión ilegítima. La sala declara que 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. Por otra parte, 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. El ordenamiento dispensa una especial protección al interés del menor cuando se trata de la captación y difusión de imágenes de niños y adolescentes en los medios de comunicación social. Cuando se trata de la difusión de la imagen de menores en medios de comunicación, el consentimiento del menor maduro o de sus representantes es insuficiente para legitimar la intromisión si se aprecia el riesgo del daño al interés del menor. Sin embargo, en el presente caso, en todas las instancias, el ministerio fiscal ha mantenido, y la sala comparte su criterio, que ni por las circunstancias ni por el momento en que se captan las imágenes se causa con su publicación perjuicio alguno al hijo del demandante. Respecto de la primera fotografía, en la que se ve al niño de frente en brazos de su madre en la pasarela de un desfile de moda infantil, se ha de partir del consentimiento de los dos progenitores. Así se deduce de manera razonable, respecto de la madre, por el acto concluyente de posar con el niño en brazos en un desfile organizado precisamente buscando el público conocimiento de la participación de hijos de personas con cierta notoriedad o popularidad social. Respecto de la segunda fotografía litigiosa, en la que el padre también aparece, las dos sentencias de instancia han considerado acreditado que, dado que el niño está de perfil soplando las velas, y la única que aparece de frente es la madre, sólo quien conoce al niño personalmente, o sus allegados, le podría identificar a través de esa foto, pero no quienes no le conozcan, porque no está de frente ni se le identifica en plenitud. La sala concluye que el hecho de que la foto refleje un acto propio de la vida privada no comporta ninguna lesión ilegítima de la intimidad del niño. De una parte, el recurrente no ha desvirtuado la valoración de las sentencias de instancia acerca de que la divulgación por la madre en su red social de la fotografía luego reproducida por la demandada, por la forma y el momento en que se tomó, estaba amparada por el acuerdo adoptado entre ambos progenitores. De otra parte, porque la fotografía reflejaba amablemente un acto familiar, de manera absolutamente inocua, por lo que la publicación ningún perjuicio causaba al interés del niño.

**PRECEPTOS:**

Ley Orgánica 1/1982 (Honor, Intimidad y Propia Imagen), arts. 2, 3, 7 y 8.

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del menor), art. 4.

Constitución Española, art. 18.1.

**PONENTE:***Doña María de los Ángeles Parra Lucan.***TRIBUNAL SUPREMO**

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 777/2021

Fecha de sentencia: 11/11/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 6775/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/11/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Procedencia: AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID. SECCIÓN 18.<sup>a</sup>

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: LEL

Nota:

CASACIÓN núm.: 6775/2020

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

## SENTENCIA

Excm. Sra. y Excmos. Sres.

D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán  
D. José Luis Seoane Spiegelberg  
D. Antonio García Martínez

En Madrid, a 11 de noviembre de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Urbano, representado por el procurador D. Argimiro Vázquez Senín y bajo la dirección letrada de D.<sup>a</sup> Concepción Ruiz Sánchez, contra la sentencia n.º 271/2020, de 24 de septiembre, dictada por la Sección 18.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 289/2020, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 167/2018 del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Madrid, sobre intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor Jose María. Ha sido parte recurrida El León De El Español Publicaciones S.A., representado por el procurador D. Luis de Villanueva Ferrer y bajo la dirección letrada de D. Juan Luis Ortega Peña. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Ángeles Parra Lucán.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.** *Tramitación en primera instancia.*

1. D. Urbano interpuso demanda de juicio ordinario contra El León De El Español Publicaciones S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia que contenga los siguientes pronunciamientos declarativos y de condena:

"1. Que se declare que la entidad demandada ha realizado una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor Jose María, al publicar los reportajes titulados: "The Petit Fashion Week: un "front row" de cuento y Emilia: "No le reconozco, no es la persona con la que yo me casé" a los que se acompañan las fotografías a las que se refieren los hechos de esta demanda.

"2. Que se condene a la demanda, por los daños morales causados, a indemnizar al menor, Jose María, 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 plataforma DIRECCION000, y ello, dentro del improrrogable plazo de 15 días, contados a partir de la declaración de firmeza.

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

"5. Que se condene a la demandada al pago de las costas de la litis, así como al abono de los intereses legales devengados desde la fecha de la interposición judicial".

2. La demanda fue presentada el 11 de enero de 2018 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Madrid, fue registrada con el n.º 167/2018. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3. El León De El Español Publicaciones S.A. contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba la desestimación íntegra de la demanda con expresa condena en costas a la demandante.

4. El Ministerio Fiscal se personó en el procedimiento y se opuso a la demanda.

5. Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 de Madrid dictó sentencia de fecha 25 de octubre de 2019, con el siguiente fallo:

"QUE DESESTIMANDO LA DEMANDA interpuesta por D. Urbano contra El León De El Español Publicaciones SA debo absolver y absuelvo a la expresada demandada de las pretensiones declarativas solicitadas por la parte actora por no considerar intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor, así como absolviendo de las pretensiones condenatorias solicitadas por el actor, con expresa imposición de costas al mismo".

#### **Segundo.** *Tramitación en segunda instancia.*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Urbano.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 289/2020 y, tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 24 de septiembre de 2020, con el siguiente fallo:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Urbano, en la representación legal de su hijo menor de edad, Jose María, representado por el Procurador de los Tribunales Sr. Vázquez Senín contra la sentencia dictada por la Ilma. Sra. Magistrada Juez titular del Juzgado de 1.ª Instancia n.º 9 de Madrid de fecha 25 de octubre de 2019 en autos de juicio ordinario n.º 167/18 DEBEMOS CONFIRMAR Y CONFIRMAMOS íntegramente la misma con imposición al recurrente de las costas procesales causadas en esta alzada".

#### **Tercero.** *Interposición y tramitación del recurso de casación.*

1. D. Urbano interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Errónea ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, con infracción de lo dispuesto en los artículos 2, 1.º y 7, 5.º, 6.º, 7.º y 8 de la Ley 1/1982 y art. 4, 1.º, 2.º y 3.º de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor y de la doctrina constitucional y jurisprudencial que los interpreta, debiendo prevalecer el derecho a la imagen del menor, artículo 18,1 de la Constitución, sobre la libertad de expresión e información.

"Segundo.- Errónea ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, con infracción de lo dispuesto en los artículos 2, 1.º y 7, 5.º, 6.º, 7.º y 8 de la Ley 1/1982 y artículo 4, 1.º, 2.º y 3.º de Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero de protección jurídica del menor y de la doctrina constitucional y jurisprudencial que los interpreta, debiendo prevalecer el derecho a la intimidad personal y familiar e imagen del artículo 18, 1 de la Constitución, sobre la libertad de expresión e información".

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 19 de mayo de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"LA SALA ACUERDA:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por don Urbano contra la sentencia dictada con fecha de 24 de septiembre de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), en el rollo de apelación n.º 289/2020, dimanante del juicio ordinario n.º 167/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 9 de Madrid".

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 8 de octubre de 2021 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 3 de noviembre de 2021, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

El recurso tiene su origen en una demanda por intromisión en el derecho a la imagen de un niño por la publicación de dos fotografías suyas en la web de un diario digital. La demanda la interpone el padre, ha sido desestimada en las dos instancias y, de acuerdo con el ministerio fiscal, su recurso de casación va a ser desestimado.

Son antecedentes necesarios los siguientes.

El 11 de enero de 2018, Urbano interpuso demanda de juicio ordinario contra El León De El Español Publicaciones, como propietaria de la página web "El Español" Diario Digital SA, por intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen de su hijo, Jose María (nacido el NUM000 de 2011).

En la demanda se refería a la difusión de dos fotografías del niño con el rostro sin pixelar incluidas en dos reportajes publicados por el medio de comunicación demandado:

- Un reportaje difundido en el diario digital de la demandada y fechado a 16 de octubre de 2015 en el que, bajo el título "The Petit FashionWeek: un `frontrow` de cuento", se da cuenta del evento de moda infantil que tuvo lugar los días 16, 17 y 18 de octubre de ese año. En el reportaje se explica cómo dicho evento consiguió reunir a importantes firmas del mundo de la moda y complementos para niños y congregar a muchas madres famosas o populares. En el reportaje se relata que la madre del niño, Emilia, ha desfilado en pasarela infantil con su hijo, Jose María, en brazos, también como modelo. También se dice que le observaban muy atentos el padre del niño y su nueva novia. En la publicación aparece una fotografía del niño, con el rostro sin pixelar, y en brazos de su madre.

- Otro reportaje, difundido con fecha 14 de junio de 2016 en el que, con motivo de la narración que Emilia (la madre) realiza sobre su separación de quien entonces era su pareja, se publica una fotografía en la que se ve a la madre, al padre del niño (el demandante) y al niño, con el rostro sin pixelar, soplando las velas de su cumpleaños.

En la demanda alegaba que había tenido conocimiento por terceras personas de que su hijo aparecía en el medio digital con todas sus facciones y rasgos visibles, sin pixelar, y ante el perjuicio y daño moral que ello ocasionaba al menor se había dirigido reiteradamente al medio digital para que procediera a su retirada o a pixelar las fotografías, sin que hubiera recibido respuesta alguna.

Con cita 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, argumenta que pese a la notoriedad de los padres la ley dispensa especial protección a los menores y, en el caso, las imágenes se han publicado sin el consentimiento expreso de los progenitores y sin intervención del ministerio fiscal. Sostiene que en los reportajes la imagen del menor no aparece como algo accesorio sino de manera principal, lo que afecta tanto a su imagen como a su intimidad, por dotar al menor de un

protagonismo no deseado por su progenitor. También que, aun cuando los hechos que se relatan puedan tener interés para el público al que se dirige dentro de la publicación digital (ecos de sociedad, prensa rosa o del corazón), la información no requiere que se publique la imagen del menor de manera que resulte reconocible.

El juzgado desestima la demanda al considerar que no ha habido intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad y a la propia imagen del menor.

La Audiencia Provincial desestima el recurso de apelación interpuesto por el demandante y confirma la sentencia de primera instancia.

Contra la anterior sentencia el demandante presenta recurso de casación fundado en dos motivos.

La parte recurrida y el Ministerio Fiscal se han opuesto al recurso.

La parte recurrida alega causas de inadmisibilidad a las que, por no ser absolutas según la doctrina de la sala, daremos respuesta al resolver el recurso de casación, que va a ser desestimado.

### **Segundo.** El recurso se funda en dos motivos.

En los dos denuncia errónea ponderación de los derechos fundamentales en conflicto, con infracción de lo dispuesto en los arts. 2, 1.º y 7, 5.º, 6.º, 7.º y 8 de la LO 1/1982 y art. 4, 1.º, 2.º y 3.º de la LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor y de la doctrina constitucional y jurisprudencial que los interpreta, al entender que debe prevalecer el derecho a la imagen del menor sobre la libertad de expresión e información ( art. 18.1 CE).

El primer motivo se refiere a la fotografía publicada en el primer reportaje. Alega que, por el hecho de ser populares los padres (él, por ser piloto de motociclismo, y ella, por intervenir en programas de televisión), los niños son personas vulnerables con sus propios derechos. Sostiene que ha quedado acreditado que no prestó su consentimiento y que la interposición de la demanda es prueba de su expresa oposición. Niega que sea admisible un consentimiento tácito y argumenta que, en cualquier caso, debe ser prestado por ambos progenitores y es precisa la intervención del ministerio fiscal.

El segundo motivo se refiere a la fotografía publicada en el segundo reportaje. Alega que la fotografía, subida por la madre a Instagram, se publica en la web del diario digital demandado sin contar con el consentimiento expreso del padre y que el rostro del niño aparece sin pixelar y, por tanto, plenamente reconocible. Añade que se incluyen declaraciones que afectan a la intimidad del menor (como que el tenista del que se separaba la madre conocía al niño desde que tenía un año, le había cambiado pañales y dado biberones), que aparece claramente identificado con su nombre y apellidos, y que la imagen se refiere a un acto íntimo, la celebración del día del cumpleaños del niño junto con sus padres. Niega que existiera un pacto verbal con la madre para dar una imagen de familia y que, por el contrario, en el convenio de 13 de diciembre de 2016 se comprometieron a no realizar ninguna declaración sin el consentimiento del otro.

### **Tercero.**

En los procesos sobre derechos fundamentales, esta sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales 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".

### **Cuarto.**



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, y 456/2009, de 17 de junio; STC 134/1999, de 15 de julio). El ordenamiento dispensa una especial protección al interés del menor cuando se trata de la captación y difusión de imágenes de niños y adolescentes en los medios de comunicación social.

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 del menor maduro o de sus representantes es insuficiente para legitimar la intromisión si se aprecia el riesgo del daño al interés del menor.

En el caso que juzgamos, de acuerdo con el criterio del ministerio fiscal, los dos motivos del recurso de casación deben ser desestimados, pues partiendo del debido respeto a los hechos probados, no solo existe consentimiento, sino que además las imágenes son inocuas.

#### **Quinto.**

Respecto de la primera fotografía, en la que se ve al niño de frente en brazos de su madre en la pasarela de un desfile de moda infantil, las alegaciones del recurrente no pueden ser tomadas en consideración.

La sentencia recurrida, confirmando el criterio de la de primera instancia, y remitiéndose a sus argumentos, parte del consentimiento de los dos progenitores. Así se deduce de manera razonable, respecto de la madre, por el acto concluyente de posar con el niño en brazos en un desfile de ropa infantil organizado precisamente buscando el público conocimiento de la participación de hijos de personas con cierta notoriedad o popularidad social. Respecto del padre demandante porque no solo asistió al acto, conocedor de todas las circunstancias (que era un acto de presentación de una marca, que iban a estar presentes los medios de comunicación y que iba a tener difusión en los medios publicitarios), sino que manifestó expresamente en una entrevista que se le hizo que valoraba positivamente la participación de su hijo en el desfile. Los padres no solicitaron, ni hubiera tenido sentido hacerlo en este contexto, que las publicaciones posteriores se hicieran dificultando el conocimiento del rostro del niño, a pesar de saber que los fotógrafos iban a difundir las fotos, dada la finalidad publicitaria y comercial de las marcas de la ropa que los niños exhibían.

Debemos partir, por tanto, de la existencia de un inequívoco consentimiento de ambos progenitores, simultáneo a la captación de la fotografía.

La facultad del ministerio fiscal de oponerse al consentimiento proyectado supone un mecanismo de refuerzo de los intereses del menor, en especial en caso de utilización de su nombre o su imagen 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. La falta de previa comunicación al fiscal no determina por sí que deba apreciarse un atentado al derecho a la propia imagen del menor. Cuestión diferente es

que, aun de mediar el consentimiento de los padres, la publicación de las imágenes pudiera considerarse contraria al interés del menor y, en consecuencia, ilegítima, dado que, como ha quedado expuesto, cuando se trata de la difusión de la imagen de menores en medios de comunicación prevalece el interés del menor sobre el consentimiento del menor maduro o de sus representantes.

En el caso que juzgamos, en todas las instancias, el ministerio fiscal ha mantenido, y esta sala comparte su criterio, que ni por las circunstancias ni por el momento en que se captan las imágenes se causa con su publicación perjuicio alguno al hijo del demandante.

#### **Sexto.**

Respecto de la segunda fotografía litigiosa, en la que el padre también aparece, aunque no se le reconozca por estar en zona de penumbra y de espaldas, las dos sentencias de instancia han considerado acreditado que, dado que el niño está de perfil soplando las velas, y la única que aparece de frente es la madre, sólo quien conoce al niño personalmente, o sus allegados, le podría identificar a través de esa foto, pero no quienes no le conozcan, porque no está de frente ni se le identifica en plenitud. La sentencia de primera instancia, y a cuyos razonamientos se remite la de apelación, también consideró creíble la versión de la madre, llevada al pleito como testigo, en el sentido de que ella subió la foto a sus redes sociales respetando lo pactado con el padre, con quien entonces tenía buena relación, porque el niño aparecía de lado, no era reconocible y transmitía una imagen familiar y de tranquilidad. De ahí que se considere en las dos instancias que no le resultara exigible a la entidad demandada pixelar la imagen del niño.

Partiendo por tanto de los hechos probados, la valoración de la sentencia recurrida es correcta y no pueden aceptarse las alegaciones del recurrente tampoco respecto de la segunda fotografía.

El recurrente no respeta los hechos establecidos en la sentencia y realiza afirmaciones genéricas por las que niega el acuerdo con la madre, invoca un convenio firmado con posterioridad a las fotografías y reitera que no ha dado su consentimiento expreso. Si partimos del hecho de que la madre tomó la precaución de publicar una foto en la que el niño aparece ladeado para evitar que fuera reconocible e identificable, dando cumplimiento a lo acordado con el padre, según admiten las sentencias recurridas, las manifestaciones del recurrente sobre la omisión de su consentimiento no pueden ser atendidas, pues prescinden tanto de la acomodación de la imagen a lo pactado como de la falta del presupuesto fáctico del atentado al derecho a la propia imagen, dado que la foto no permite la identificación del niño.

Son irrelevantes a efectos del objeto de este procedimiento las demandas que según dice el recurrente ha dirigido contra otros medios en relación con diversos programas de televisión en los que se realizan comentarios y manifestaciones sobre el niño. Tampoco desvirtúa los razonamientos anteriores la existencia de requerimientos y la interposición de la propia demanda, pues como hizo notar la sentencia de primera instancia, confirmada por la de apelación, dado el tiempo transcurrido desde la publicación de las imágenes no evidencian la oposición inicial del demandante a la captación y difusión de unas imágenes que, por lo dicho, fueron aceptadas y consentidas.

En el recurso se añade que, aunque el niñoarezca ladeado, se proporciona su identidad, con su nombre y apellidos, así como los de sus padres. Sobre esta cuestión volveremos más adelante, porque está apuntando a una supuesta intromisión en la intimidad y no en la imagen del menor, que es la cuestión principal planteada en el recurso.

#### **Séptimo.**

Por las razones expuestas, el caso litigioso no es semejante a los de otras sentencias anteriores en las que se ha declarado que prevalece el derecho a la propia imagen de los menores sobre el derecho de los medios a difundir fotografías, pues en esos casos las fotografías fueron captadas y difundidas sin que mediara ninguna causa que excluya la protección brindada por el art. 18 CE, esencialmente por no existir consentimiento ( arts. 2 y 3 LOPDH) ni exclusión legal ( art. 8.2 LOPDH), o por ser perjudiciales para el interés de los niños o adolescentes (art. 4 LOPJM).

Así, sentencia 816/1996, de 7 de octubre (campaña informativa basada como "foto estrella" en la imagen difundida sin el consentimiento de unas personas anónimas, entre las que se incluían unos niños, paseando por un parque); sentencia 717/2004, de 7 de julio (falta de necesidad para concienciar del grave problema del maltrato social, de la publicación no consentida del rostro de una niña, perfectamente identificable, ingresada por malos tratos); sentencia 1021/2004, de 18 de octubre (publicación de fotografías pese a la prohibición expresa de asistencia a los medios de comunicación con ocasión de la visita desinteresada de varios "famosos" a los niños ingresados en el departamento de oncología de un hospital); sentencia 774/2006, de 13 de julio (publicación no consentida de foto de menor, no accesoria, e innecesaria para los fines de concienciación de las necesidades de las personas con discapacidad); sentencia 1120/2018, de 19 de noviembre (por resultar interesada la apropiación de la imagen para obtener un mayor número de ventas de un diario); sentencia 123/2009, de 25 de febrero (no probada la supuesta aquiescencia o complacencia en la toma de las fotografías de la menor junto con su madre, actriz famosa); sentencia 383/2015, de 30 de junio (el carácter gratuito del medio de difusión no elimina la intromisión

en la publicación de la imagen del menor realizada sin autorización y que no resulta imprescindible a los fines informativos del acto de cetrería organizado).

Por su parte, la sentencia 304/2010, de 31 de mayo, valora el temor generado posteriormente en la menor, totalmente ajena a la noticia, preparada por el fotógrafo para evitar el efecto de "foto vacía", y sin consentimiento de sus padres, señalando la puerta donde supuestamente se había descubierto a un grupo terrorista. Y la sentencia 818/2013, de 17 de diciembre, considera innecesaria y perjudicial para los intereses de un menor, de diecisiete años, la difusión de su imagen respondiendo a las preguntas que le hace una entrevistadora acerca de las lesiones sufridas por el exceso de velocidad y el consumo de alcohol.

#### **Octavo.**

Aunque el recurrente no ha identificado en ninguna de las instancias con la debida claridad la denuncia de la vulneración de la intimidad del menor, en la medida en que vuelve a hacer referencia a ella imprecisamente también en el recurso de casación, diremos lo siguiente.

La sala no aprecia tal intromisión en las afirmaciones de la madre referidas a que, quien había sido su pareja, hubiera prestado al niño los cuidados propios de un bebé en el momento en que lo era. No se dice nada que no resulte habitual en la convivencia con niños de corta edad.

Por otra parte, si lo que se quiere denunciar es que la segunda fotografía se refiere a un acto íntimo, por haber sido tomada con ocasión de la celebración del cumpleaños del niño mientras soplaban las velas de la tarta acompañado de sus padres, a las razones por las que no se aprecia intromisión ilegítima en el derecho a la imagen del niño añadiremos que no se aprecia menoscabo de su intimidad.

El supuesto que juzgamos nada tiene que ver con los que son objeto de atención en otras sentencias dictadas con anterioridad por la sala, y por ello la solución que adoptamos no puede ser la misma. La sentencia 387/2012, de 11 junio, declaró que ni el interés general de la noticia ni la veracidad de la información justificaban la difusión de datos de la menor que permitían una identificación innecesaria y perjudicial para sus intereses en un caso en el que un diario publicó el nombre de una menor con ocasión del registro de su dormitorio, en el marco de un registro de la vivienda familiar al estar implicado su padre en un asunto de corrupción. La sentencia 403/2014, de 14 julio, citada por el recurrente, se ocupa de un caso que tampoco se asemeja al presente, pues apreció falta de interés general e intromisión en la intimidad de un menor en la publicación de la noticia que, al dar cuenta del desalojo de una vivienda, apuntó a que había pruebas de que el hijo de la ocupante no sería hijo de su padre "legal".

En el caso que juzgamos, atendiendo a las circunstancias del caso, el hecho de que la foto refleje un acto propio de la vida privada no comporta ninguna lesión ilegítima de la intimidad del niño. De una parte, el recurrente no ha desvirtuado la valoración de las sentencias de instancia acerca de que la divulgación por la madre en su red social de la fotografía luego reproducida por la demandada, por la forma y el momento en que se tomó, estaba amparada por el acuerdo adoptado entre ambos progenitores. De otra parte porque la fotografía reflejaba amablemente un acto familiar, de manera absolutamente inocua, por lo que la publicación ningún perjuicio causaba al interés del niño.

#### **Noveno.**

Debemos concluir que la sentencia recurrida, de acuerdo con el criterio del ministerio fiscal, debe ser confirmada, dado que la publicación de las fotos litigiosas, por las circunstancias y por el momento en que se tomaron, con el consentimiento y aceptación de los progenitores, no lesionan los intereses del hijo del demandante.

#### **Décimo.**

Dada la desestimación del recurso, procede condenar a la parte recurrente al pago de las costas devengadas por el mismo.

### **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 Urbano contra la sentencia dictada con fecha de 24 de septiembre de 2020 por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 18.ª), en el rollo de apelación n.º 289/2020, dimanante del juicio ordinario n.º 167/2018 del Juzgado de Primera instancia n.º 9 de Madrid.

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación.

3.º- Acordar la pérdida del depósito constituido para interponer el recurso.

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.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.