



Roj: **SAP S 409/2021 - ECLI:ES:APS:2021:409**

Id Cendoj: **39075370022021100133**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Santander**

Sección: **2**

Fecha: **17/05/2021**

Nº de Recurso: **2/2021**

Nº de Resolución: **240/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE ARSUAGA CORTAZAR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP S 409/2021,**
AAAP S 217/2021

SENTENCIA Nº 000240/2021

Ilmo. Sr. Presidente.

D. José Arsuaga Cortázar.

Ilmos. Srs. Magistrados.

D. Miguel Carlos Fernández Díez.

D. Javier de la Hoz de la Escalera.

=====

En la Ciudad de Santander, a diecisiete de mayo de dos mil veintiuno.

Esta Sección Segunda de la Ilma. Audiencia Provincial de Cantabria ha visto en grado de apelación los presentes Autos de juicio, Ordinario núm. 262 de 2019, Rollo de Sala núm. 2 de 2021, procedentes del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de DIRECCION000, seguidos a instancia de D^a Begoña contra D. Doroteo. Con la intervención del Ministerio Fiscal.

En esta segunda instancia, con intervención del Ministerio Fiscal, ha sido parte apelante, D. Doroteo, representado por la Procuradora Sra. Covadonga Santo Domingo Alfonso y defendido por la Letrada Sra. Mónica San Román Fernández; y apelada e impugnante la demandante D^a Begoña, representada por la Procuradora Sra. María Isabel Fernández García y defendida por el Letrado Sr. Santiago Iván Huidobro Quirce.

Es ponente de esta resolución el magistrado Ilmo. Sr. D. José Arsuaga Cortázar.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de DIRECCION000, y en los autos ya referenciados, se dictó en fecha 20 de agosto de 2020 Sentencia, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"FALLO: " ESTIMO LA DEMANDA presentada por la procuradora D. ^a Isabel Fernández García, en nombre de D. ^a Begoña, contra D. Doroteo y declaro que las fotografías publicadas en la página digital DIRECCION001 del demandado, Doroteo, así como la página digital creada por el demandado, llamada "Justicia para Guadalupe", como la página digital " DIRECCION002 " también creada por el demandado, suponen una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y propia imagen de la menor Guadalupe, condenando al demandado a estar y pasar por esta declaración, a la retirada de las fotografías publicadas, así como a la prohibición de la



publicación de nuevas fotografías de la menor, salvo cumpliendo los requisitos legalmente previstos, debiendo abonar a la actora la cantidad de 3.000 euros, en concepto de indemnización.

Todo ello con expresa imposición de costas al demandado".

SEGUNDO: Contra dicha Sentencia la representación de la parte demandada, interpuso recurso de apelación, que se tuvo por interpuesto en tiempo y forma, y se dio dado traslado del mismo a la contraparte y al Ministerio Fiscal. La parte recurrida y el Ministerio Fiscal formularon oposición. Se elevaron las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial, en que se ha deliberado y fallado el recurso en el día señalado.

TERCERO: En la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo de resolución en razón al número de recursos pendientes y su orden.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se admiten los de la Sentencia de instancia, en tanto no sean contradictorios con los que a continuación se establecen; y

PRIMERO: Resumen de antecedentes procesales. Planteamiento del recurso.

1. D^a Begoña presentó demanda contra D. Doroteo, solicitando, como reza literalmente su petición, que se declare que las fotografías publicadas en la página digital DIRECCION001 del demandado y en la página digital llamada "Justicia para Guadalupe" por él creada, así como en la página digital "DIRECCION002", suponen una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal y propia imagen de la menor Guadalupe. En consecuencia, se le condene a estar y pasar por esta declaración y se le condene a la retirada de las fotografías publicadas, así como a la prohibición de la publicación de nuevas fotografías de la menor. Y se le condene igualmente al pago de 3.000 euros en concepto de indemnización y con expresa condena en costas.

2. El demandado formuló contestación interesando la desestimación de la demanda.

3. La sentencia del juzgado de primera instancia nº 2 de DIRECCION000 de 20 de agosto de 2020, estimó íntegramente la demanda y condenó en consecuencia al demandado en los términos antes expuestos.

Entendió la juez de instancia que la publicación en las páginas señaladas de las fotografías de la menor con las leyendas descritas constituyen una intromisión ilegítima en su intimidad y propia imagen que carecen de justificación y del consentimiento de su otra progenitora, perjudicando su interés. Estima además que la indemnización, por la permanencia, difusión y repercusión y la afectación en la menor, debe ascender a la cuantía solicitada.

4. El demandado interpone recurso de apelación en el que, sin discutir esencialmente los hechos objetivos relativos a las publicaciones efectuadas de la imagen de la menor, cuestiona que se haya producido la infracción de la normativa protectora del derecho a la intimidad y a la propia imagen -esencialmente contenida en la 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- y en cualquier caso estima desproporcionada la indemnización reconocida en atención a las circunstancias del caso y la falta de conocimiento por el demandado de la comisión de un hecho eventualmente antijurídico.

5. La parte demandada formula oposición al recurso interesando su desestimación y la confirmación de la sentencia.

6. El Ministerio Fiscal, igualmente, se opuso al recurso e interesó la confirmación de la sentencia de instancia.

SEGUNDO: Hechos o circunstancias condicionantes de la decisión de la Sala.

1. En la labor que corresponde a este tribunal, con plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (*quaestio facti*) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (*quaestio iuris*), ha de advertirse que existen una serie de hechos y circunstancias que actúan como presupuestos y condicionantes para alcanzar la convicción del tribunal y que ni siquiera ha sido objeto de discusión en la segunda instancia.

2. Los litigantes tienen una hija común, Guadalupe, nacida el NUM000 de 2009. Existe una relación conflictiva entre los progenitores en relación con el ejercicio de las medidas relacionadas con la custodia y comunicación con la menor.

3. El padre, en el año 2017, creó una página en la red social DIRECCION001 que tituló "Justicia para Guadalupe", y otra con la misma titulación en DIRECCION002. En ambas incorporó una foto suya en compañía de su hija menor Guadalupe cuando se encontraban en la playa. En la publicada en DIRECCION001 se incorpora la



leyenda al pie de la foto siguiente: "¡CUSTODIA YA! HUELGA DE HAMBRE INDEFINIDA". La imagen de la menor es fácilmente reconocible, no es secundaria y no ha sido difuminada, pixelada o tratada de otra forma para no hacerla identificable.

También ha publicado en DIRECCION001 otra foto suya con una camiseta con la foto anterior de ambos en la playa y otra de la menor sentada y vestida.

Las imágenes han sido difundidas, reproducidas y comentadas por terceros en las referidas **redes sociales**.

4. La menor fue objeto de una exploración psiquiátrica en el Hospital de DIRECCION000 el 17 de octubre de 2017. A petición de la madre se emite informe, en cuyo contenido se describe que la menor "Añade además que sintió mucha vergüenza cuando su **padre** publicó su nombre y su foto en la TV y en los periódicos)..".

TERCERO: El derecho a la intimidad y a la propia imagen y su intromisión ilegítima. Menores de edad.

1. El art. 18.1 CE reconoce como fundamentales los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal y familiar tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (art. 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean estos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre , y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre , 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (STS 22 de abril de 2013).

El reconocimiento del derecho a la propia imagen es 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. La imagen es el conjunto de rasgos físicos que configuran el aspecto exterior de una persona determinada y que permiten identificarla como tal. Su protección opera en un sentido positivo y negativo: positivo, en cuanto que se le permite que consienta la captación, reproducción o publicación de su figura); y negativo, en cuanto que se le concede la facultad de impedir su captación, reproducción o publicación, en modo tal que sea posible su identificación o reconocimiento (por todas las SSTC 81/2001, 139/2001, 83/2002).

2. En tal sentido, el art. 7 de la Ley Orgánica 1/1982, tipifica en su número 5º como 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*"; y en el núm. 6º del mismo precepto se contempla, como intromisión ilegítima, " *la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga*".

Como es predicable de las sentencias del TS de 9 de mayo, 13 de julio de 2006 y 17 de diciembre de 2013, sin perjuicio de otras muchas, la protección, o lo que es lo mismo, la sanción por intromisión ilegítima, queda eliminada por el consentimiento del interesado, conforme al artículo 2.2 de la citada ley y que debe abarcar no sólo la captación de la imagen, sino también la reproducción y publicación de la misma, como distingue bien la ley de 1982 antes citada.

Por no ser la tutela del derecho a la propia imagen absoluta, cede en aquellos casos en que pueda existir un interés jurídico superior que permita justificar la intromisión. El art. 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, expresa así "No se reputarán intromisiones ilegítimas [en los derechos al honor, intimidad o propia imagen] las actuaciones acordadas o autorizadas por la autoridad competente de acuerdo con la Ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante".

El art. 8.2 indica que

<< *En particular, 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. Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza*>>.

3. En particular, en relación con los menores de edad, el art. 4 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, expresa en apartado 1 que << *Los menores tienen derecho al honor, a la intimidad*



personal y familiar y a la propia imagen. Este derecho comprende también la inviolabilidad del domicilio familiar y de la correspondencia, así como del secreto de las comunicaciones>> y en su apartado 3 que << Se 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.>>.

En la sentencia de este tribunal nº 24/2021, de 13 de enero -en el ámbito de proceso contencioso sobre guarda y custodia de una menor-, recordábamos como apoyo argumental el contenido de la STS nº 383/2015, de 30 de junio, que razonó sobre el derecho a la propia imagen de los menores

*" 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 y que en el caso de menores tiene como presupuesto el hecho de que siempre que no medie el consentimiento de los **padres** o representantes legales de los menores con la ausencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico (SSTS de 19 de noviembre de 2008 ; 17 de diciembre 2013 ; 27 de enero 2014 , entre otras). Es, en definitiva, la propia norma la que objetiva el interés del menor y la que determina la consecuencia de su desatención."*

Afirmaba este tribunal entonces y confirmamos ahora que no es discutible, de un lado, que el derecho a la propia imagen se configura como un derecho de la personalidad que atribuye a su titular la facultad de disponer de la representación de su aspecto físico que permita su identificación (SSTC 26/3/2001, 16/4/2007 y 29/6/2009); y que, del otro, la incorporación de la fotografía de una menor, en tanto que sea una persona física identificable, supone difundir un dato de carácter personal, según la definición incorporada en el art. 5.1.f) del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

Por ello, recordábamos que el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), impone en su art. 8 las condiciones aplicables al consentimiento del niño en relación con los servicios de la sociedad de la información, que parte de su propia autorización cuando tenga como mínimo 16 años.

De manera que si es menor el tratamiento solo se considerará lícito "si el consentimiento lo dio o autorizó el titular de la patria potestad o tutela sobre el niño, y solo en la medida en que se dio o autorizó"

El consentimiento otorgado por su legal representante (arts. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, y 13 del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre), implica que deba ser otorgado por quienes son titulares de su patria potestad (art. 154 CC). Y como la patria potestad se ejerce de forma conjunta por ambos progenitores -o por uno con el consentimiento expreso o tácito del otro-, en caso de desacuerdo, deberá acudir al juez para que resuelva la controversia existente según los cauces generales descritos en el art. 156 CC (<< En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quién, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al **padre** o a la madre>>).

Y no se olvide, en fin, que el art. 3 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, tras indicar que el consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil, recuerda en su apartado 2 que

" En los restantes casos, el consentimiento habrá de otorgarse mediante escrito por su representante legal, quien estará obligado a poner en conocimiento previo del Ministerio Fiscal el consentimiento proyectado. Si en el plazo de ocho días el Ministerio Fiscal se opusiere, resolverá el juez."

Previsión, en fin, que tiene su correspondencia procesal en los arts. 59 y 60 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, para los supuestos en que el Ministerio Fiscal se oponga al consentimiento otorgado a la intromisión legítima autorizada por quienes sean los legales representantes del menor.

CUARTO: Resolución del recurso de apelación.

1. La parte recurrente no combate en su recurso los argumentos señalados esencialmente para considerar que ha existido una intromisión ilegítima, pero trata de atenuar sus consecuencias aludiendo a argumentos tales como la vivencia de perjuicio que padecía por no impedirse la comunicación con su hija, el desconocimiento



de la posibilidad de incurrir en una injerencia no aceptable o la excesiva cuantificación del importe de la indemnización.

La Sala, en cualquier caso, desestima los motivos del recurso.

2. Aunque la parte recurrente no alude a la existencia de una colisión entre derechos fundamentales, como en el caso podrían ser la libertad de expresión y la intimidad y propia imagen, para excluir el carácter ilegítimo de la afectación al derecho a la propia imagen reconocido en la sentencia de primera instancia, no consideramos que sea posible predicar la exclusión del carácter ilegítimo.

Aunque es bien conocido que el derecho fundamental a la propia imagen no es un derecho absoluto o incondicionado, en cuanto existen circunstancias que pueden determinar que la regla general ceda a favor de otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos (por todas, las SSTs nº 1647/2014, de 12 de marzo y 476/2018, de 20 de julio), no es posible reconocerlo en el presente supuesto.

Como indica la STC 14/2003, de 28 de enero, la determinación de los límites del derecho a la propia imagen debe efectuarse tomando en consideración la dimensión teleológica del derecho, y por esta razón debe salvaguardarse el interés de la persona en evitar la captación o difusión de su imagen sin su autorización o sin que existan circunstancias que legitimen esa intromisión. Esta legitimación de la intromisión se produciría cuando la propia y previa conducta del afectado, 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 aquel.

Pero, como ahora se razonará, en modo alguno es posible aceptar que se desciendan las barreras para que la libertad de expresión del **padre** y el interés subyacente de su reivindicación hagan viable o tolerable la utilización de la imagen su hija menor.

3. La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6 CC), resultado del deber jurídico de obediencia o acatamiento de la norma jurídica (art. 9.1 CE). Aunque el art. 6 CC sigue diciendo que "El error de derecho producirá únicamente aquellos efectos que las leyes determinen", no es posible amparar en tal cláusula la conducta del recurrente.

El error supone una representación equivocada de la realidad y puede ser de hecho -si se refiere a una persona o cosa- o de derecho -si la ignorancia recae sobre una norma jurídica-. Pero para que el error pueda ser atendido es exigible que sea esencial y excusable en tanto no pueda salvarse con una diligencia normal.

En el caso, al contrario, el pretendido error es claramente imputable a quien afirma haberlo padecido, porque la diligencia propia de un buen **padre** de familia (art. 1104 CC), como diligencia media, convierte en inexcusable la utilización de la menor para exponer su imagen, completamente innecesaria, en apoyo de unas expresiones reivindicativas en el conflicto que mantenía con su progenitora.

4. La conducta del **padre**, así descrita, consumó una injerencia en la propia imagen de la menor en tanto supuso su utilización para fines personales en el conflicto que precisamente mantenía con la madre de la menor, por lo que además de no venir autorizada en concreto ni menos tolerada -otra circunstancia no se ha probado- su utilización previa, contrarió su interés al implicarle en una contienda ajena pero con efectos directos en su vida y desarrollo personal. La injerencia no consentida objetiva resulta contraria al ordenamiento jurídico y no puede ser de ningún modo justificada.

No puede dudarse en fin de la proyección y difusión pública de la imagen, que fue la verdadera intención del demandado en apoyo de su reivindicación, para lo cual inició su campaña en las **redes sociales** DIRECCION001 y DIRECCION002 . Como expresaron las SSTs nº 91/2017, de febrero, Y 697/2019, de 19 de diciembre, la finalidad de una cuenta abierta en una **red social** en Internet 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.

5. Expresa el art. 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982 que

" La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral que se valorará 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. También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma".

La norma, en consecuencia, introduce una presunción *iuris et de iure* (establecida por la ley y sin posibilidad de prueba en contrario) de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima.



Necesariamente ha de partirse, para determinar la cuantía del daño, de una valoración estimativa en la que pueden tomarse como elementos de ponderación la propia extensión de la divulgación o difusión de la imagen, el tiempo de permanencia y el beneficio obtenido por el causante.

6. No podemos afirmar que el demandado obtuvo lucro económico de la utilización y difusión de la imagen de la menor, pues ni parece que fuera ese el objetivo, ni existe prueba alguna que lo permita justificar.

Sin embargo, la documental aportada, aun no abundante, es suficiente para considerar que la difusión de la imagen acompañada de su reivindicación en dos **redes sociales** fue reproducida en un número no menor de ocasiones -aunque no conocido-, objeto de comentarios de terceros y de algún medio de comunicación local, además de varias asociaciones de defensa de la custodia compartida.

Y a ello debe añadirse que la menor, cuando fue objeto de exploración en el Hospital de DIRECCION000, expresó que pasó mucha vergüenza cuando su **padre** publicó su nombre y su foto en la TV y en los periódicos.

En consideración a lo expuesto, la Sala, ponderando las circunstancias concurrentes y la importancia de la lesión, estima razonable y proporcionada a los hechos la fijación de una indemnización por daño moral de 3.000 euros en favor de la menor, en coincidencia con la reclamación efectuada por su legal representante (art. 7.2. LEC).

QUINTO: Costas procesales.

Desestimándose el recurso, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la LEC, procede imponer al recurrente las costas causadas.

Así, en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos ha conferido la Constitución Española, y en nombre de Su Majestad El Rey.,

FALLAMOS

1º.- Desestimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por D. Doroteo, frente a la sentencia del juzgado de primera instancia e instrucción nº 2 de DIRECCION000 de 20 de agosto de 2020, que confirmamos íntegramente.

2º.- Se imponen las costas del recurso de apelación a la parte recurrente.

Contra la presente resolución puede interponerse los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación ante este mismo Tribunal en el plazo de los veinte contados desde el siguiente a su notificación, debiendo constituirse y acreditarse en dicho instante el depósito previsto en la Disposición Adicional 15ª LOPJ.

Así por ésta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

De conformidad con lo dispuesto por la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, los datos contenidos en la presente resolución solamente podrán ser tratados con la finalidad de su notificación y ejecución, así como de tramitación del procedimiento en que se ha dictado. El órgano judicial es el responsable del tratamiento y el Consejo General del Poder Judicial la autoridad de control en materia de protección de datos de naturaleza personal contenidos en ficheros jurisdiccionales.