

Rollo Núm. 44/2008.-
Juzgado 1ª Inst. Núm. Tres de Toledo.-
J. Medidas Cautelares Núm. 80/2008.-

A U T O Núm. 81

AUDIENCIA PROVINCIAL DE TOLEDO **SECCION PRIMERA**

Ilmo. Sr. Presidente:
D. MANUEL GUTIERREZ SANCHEZ-CARO

Ilmos. Sres. Magistrados:
D. EMILIO BUCETA MILLER
D. URBANO SUAREZ SANCHEZ
Dª. GEMA ADORACIÓN OCÁRIZ AZAUSTRE

En la Ciudad de Toledo, a tres de noviembre de dos mil ocho.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de TOLEDO, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, el siguiente,

A U T O

Visto el presente recurso de apelación, Rollo de la Sección núm. 44 de 2008, contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3

de Toledo, en las Medidas Cautelares núm. 80/2008, **sobre derecho a la imagen**, en el que han actuado, como apelante D^a TELMA ORTIZ ROCASOLANO y D. ENRIQUE MARTIN LLOP, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Díaz Fieiras, y defendido por el Letrado Sr. Garrido Polonio, y como apelados el MINISTERIO FISCAL; TELEVISION ESPAÑOLA S.A., representada y defendida por la Sra. Abogado del Estado; ANTENA 3 TELEVISIÓN, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Vaquero Delgado, y defendido por la Letrado Sr. Báscones Huertas; RBA. EDIPRES S.L. y SEMANA S.L., representadas por el Procurador de los Tribunales Sra. González Navamuel, y defendido por la Letrada Sra. Peña Carles; HOLA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Basarán Conde, y defendido por el Letrado Sr. Jurista Contreras; EDICIONES ZETA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Rodríguez Martínez, y defendido por la Letrada Sra. Atucha Linares; F & J EDICIONES S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sra. García-Ochoa Guadamillas, y defendida por el Letrado Sr. Rodríguez Sánchez; AGENCIA DE PRENSA QUEEN INTERNACIONAL y EUROIMAGEN Y COMUNICACIÓN S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Fernández Martín, y defendido por la Letrada Sra. Bueyes Hernández; D. ANTONIO MARTÍN BEAUMONT y EL SEMANAL DIGITAL, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Villamor López, y defendido por la Letrada Sra. Gutiérrez Velasco; METRO NEWS, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Dorrego Rodríguez, y defendido por el Letrado Sr. Morillo González; TALLER DE EDITORES S.A. y FACTORIA DE INFORMACION S.A., representadas por el Procurador de los Tribunales Sr. Rodríguez Martínez, y defendido por el Letrado Sr. Orive López-Altuna; APROK IMAGEN S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Graña Poyán, y defendido por el Letrado Sr. Clemente Clemente; TELEVISION AUTONOMICA VALENCIANA, representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Parra Martín, y defendido por el Letrado Sr. Villanueva Lázaro; TITANIA COMPAÑIA EDITORIALES S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Dorrego Rodríguez, y defendido por el Letrado Sr. Regalado Nores; EL PUNTO PRENSA S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Calvo, y defendido por el Letrado Sra. Cristobalena Jorquera; GESTORA DE MEDIOS AUDIOVISUALS LA SEXTA, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sra. de la Cruz Martín Maestro, y defendido por la Letrado Sra. Torres Maestre;

GESTEVISION TELECINCO, S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Sánchez Calvo, y defendido por la Letrada Sra. Muñoz Cañas; SOGECABLE S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Vaquero Delgado, y defendido por la Letrada Sra. Trigo Nuñez; HACHETTE FILIPACCHI, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Vaquero Delgado, y defendido por la Letrada Sra. Ridruejo Barquilla; EUROPA PRESS REPORTAJES S.A., representada por el Procurador de los Tribunales Sra. Bautista Juárez, y defendido por el Letrado Sr. Sr. Ortíz Hernández; EL CONFIDENCIAL DIGITASL S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Vaquero Delgado, y defendido por el Letrado Sr. Ansón Peironcely; MULTIEDICIONES UNIVERSALES, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Vaquero Delgado, y defendido por el Letrado Sr. Carrodegas Balteiro.

Es Ponente de la causa el Ilmo. Sr. Magistrado D. Urbano Suárez Sánchez, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES:

PRIMERO: En el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de Toledo, se sigue solicitud de medidas cautelares, a instancia de Dª Telma Ortiz Rocasolano y D. Enrique Martín Llop, en la que con fecha 15 de mayo de 2008, se dictó auto, en cuya Parte Dispositiva se acodaba denegar la medida cautelar interesada por la Procuradora Dª María José Díaz Fieiras en la representación que tiene conferida contra Publicaciones Heres S.A., en situación jurídica de rebeldía; Prensa del Sureste S.L., representada por D. José Luis Vaquero Delgado; Multiediciones Universales S.L., representada por D. José Luis Vaquero Delgado; Titania Compañía Universal S.L., representada por Procuradora Sra. Borrego Rodríguez; Editora El Confidencial Digital, representada por D. José Luis Vaquero Delgado; Editora Semana S.L., representada por la Procuradora Dª Nuria González Navamuel; Hola S.A., representada por la Procuradora Dª Belén Basarán Conde; Edipresse Publiventas, en situación procesal de rebeldía; Ediciones Zeta, S.A., representada por la Procuradora Dª Dolores Rodríguez Martínez; Ediciones F & B, S.L., representada por la

Procuradora D^a María Luisa García-Ochoa Gudamillas; RBA. Edipresee, S.L., representada por la Procuradora Sra. González Navamuel; El Semanal Digital, S.L., representada por la Procuradora D^a Cristina Villamor López; D. Gabino, representada por la Procuradora D^a Cristina Villamor López; Comunicación Radial de Noticias, representada por la Procuradora D^a Dolores Rodríguez Martínez; la entidad Metro News S.L., representada por la Procuradora D^a Teresa Borrego Rodríguez; Hachette Filipachi, S.L., representada por el Procurador Sr. Vaquero Delgado; Punto Prensa S.A., representada por el Procurador D. Ricardo Sánchez Calvo; Factoría de Información S.A. representada por la Procuradora D^a Dolores Rodríguez Martínez; la entidad Taller de Editores S.A., representada por la Procuradora D^a Dolores Rodríguez Martínez; Antena 3 Televisión S.A., representada por el Procurador D. Fernando Vaquero Delgado; Gestevisión Telecinco, S.A. representada por el Procurador D. Ricardo Sánchez Calvo; Gestora de Medios Audiovisuales La Sexta S.A., representada por la Procuradora D^a Cristina de la Cruz Martín Maestro; la entidad Sogecable S.A., representada por el Procurador D. Fernando Vaquero Delgado; Televisión Española S.A., representada por la Abogado del Estado D^a Estrella Rocío Pardo González; Televisión Autonomía Madrid S.A., representada por el Procurador D. Fernando Vaquero Delgado; Canal Sur Televisión S.A., representada por el Procurador D. Fernando Vaquero Delgado; Televisión Autonómica Valenciana S.A. (Sociedad Unipersonal), representada por la Procuradora D^a Belén Parra Martín; Aprox Imagen S.L., representada por la Procuradora D^a Marta Graña Poyán; Europa Press Reportaje S.A., representada por la Procuradora D^a Ana Belén Bautista Juárez; Euroimagen y Comunicación S.L., representada por la Procuradora D^a Mónica Fernández Martín; Agencia Prisma Información Fotográfica S.L., en situación de rebeldía procesal; Agencia Press Queen Internaciopnal S.L., representada por la Procuradora D^a Mónica Fernández Martín, con imposición de costas a la parte actora”.-

SEGUNDO: Formulado por escrito el recurso y admitido a trámite, se remitieron los autos a esta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, nombrándose Magistrado-Ponente y quedando vistos para deliberación y resolución.-

RAZONAMIENTOS JURIDICOS:

PRIMERO: La defensa de D^a Telma Ortiz Rocasolano y D. Enrique Martín Llop interpone recurso de apelación contra el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia Núm. 3 de los de Toledo, en fecha 15 de mayo del año en curso, en el que se desestimaba su petición de adopción de medidas cautelares previas a la presentación de una demanda en defensa del derecho a la propia imagen, con el fin de que, hasta tanto se resolviera el procedimiento principal, se ordenase a los demandados que se abstuvieran de captar, publicar, distribuir, difundir, emitir o reproducir su imagen, así como que impidieran que nadie, por encargo de ellos, llevase a cabo alguna de las acciones antes reseñadas.

Es preciso recordar que la demanda de medidas cautelares se interpone con el fin de proteger el derecho a la propia imagen; ningún otro derecho fundamental, vinculado o no, con la captación y reproducción de aquellas, se estima por los actores afectado por la actividad desarrollada por las sociedades demandadas. Siendo importante la concreción del objeto con el fin de evitar el que se viertan referencias a otros derechos, con los que puede o no entrar en conflicto la actividad desarrollada y que se pretende evitar en el futuro, y se confunda cual ha de ser el ámbito de decisión. Como recuerda el Tribunal Supremo (S. de 17 de diciembre de 1997), los derechos de la personalidad son derechos subjetivos que recaen sobre aspectos o manifestaciones inherentes a la persona, como ser humano, y no constituyen un sólo derecho con varios aspectos ("ius in se ipsum"), sino un conjunto de derechos; entre ellos se hallan los del honor, intimidad e imagen, reconocidos en el art. 18.1, CE., y desarrollados en la Ley de 5 Mayo de 1982; no se trata de un derecho tricéfalo sino de tres derechos. El del honor queda muy diferenciado; pero los de la intimidad e imagen tienen más difícil separación dogmática y pragmática, e incluso en la doctrina italiana, francesa y especialmente la anglosajona se engloba la imagen dentro del derecho a la intimidad. Las primeras sentencias que se dictaron en protección al derecho a la intimidad («right to privacy, right to be let alone»), lo fueron en Estados Unidos de América y se trataban de temas de imagen: sentencias Rober-

son v. Rochester Foldin Box Co. y Pavesich v. New England Life Insurance Co.”

Y también se ha de traer a colación, a tenor de la falta de actividad de la parte en orden a esa interposición de la demanda principal, y que no consta haya sido aun presentada, que en realidad parece haber convertido en único objeto de su pretensión estas medidas, que de hecho y por ello, han devenido en el procedimiento principal, cuando ni por su naturaleza -que no es la de ser un procedimiento con vocación de dar una respuesta definitiva-, ni por su estructura procesal -por lo que supone de limitación de alegaciones y prueba-, tiene tal fin.

El recurso se articula en cinco motivos, los cuatro primeros, que discuten todos y cada uno de los fundamentos del auto, se basan -según su enunciado-, en una incongruencia de la resolución; y el quinto en la indebida aplicación del art. 394, LEC., a la hora de hacer pronunciamiento sobre las costas.

A pesar de ser esa la estructura de la impugnación lo que salta a la vista, al las concretas alegaciones, es que el enunciado no se corresponde con el contenido de los motivos, puesto que aunque se denunciada la incongruencia del auto, luego se desarrollan motivos que tienen que ver con la errónea aplicación del derecho y como tal, como una discusión acerca de si se dan o no las condiciones que exige el art. 728 de la LEC., lo que va resolverse por esta Sala, en cuánto se corresponde con la verdadera naturaleza de la incongruencia, la que de acuerdo con el art. 218.1, LEC., supone la falta de adecuación entre las pretensiones de las partes y aquello a lo que la resolución judicial otorga respuesta. Si acaso, según la argumentación de la parte apelante, el único punto en que podría verse algún atisbo de esa falta de adecuación, sería en el primero de los motivos de recurso, en el que denuncia que la Juez a quo desestima la demanda sobre la base de que ni se ha ofrecido, ni se ha prestado, la caución que determina el art. 728, cuando asevera el recurrente, sí existió el ofrecimiento, aunque la Juez a quo no fijó el importe de la misma.

Acerca de la congruencia ha venido declarando esta Sala, entre otras en su sentencia 4/2006 de 10 de enero, siguiendo la doctrina del

Tribunal Supremo que "... que si se denuncia la incongruencia de la sentencia recurrida, ha de ponerse en relación el fallo de ésta con las peticiones de los escritos rectores del proceso para comprobar si se concede más, menos, o algo distinto de lo pedido; si recae sobre un debate diferente del promovido por los litigantes; o si contiene puntos contradictorios entre sí, o está en discrepancia con los fundamentos de derecho constitutivos de su "ratio", no con los que contienen meros "obiter dicta" (por todas, STS 29.1.2001). El vicio de incongruencia, a los efectos previstos en el art. 24.1 CE., ha de ser entendido como desajuste entre el fallo judicial y los términos en que las partes formulan sus pretensiones, concediendo más, o menos, o cosa distinta de lo pedido, lo cual puede entrañar una vulneración del principio de contradicción, constitutiva de una efectiva denegación del derecho a la tutela judicial efectiva, siempre y cuando aquella desviación sea de tal naturaleza que suponga una completa modificación de los términos en que se produjo el debate procesal, sustrayendo a las partes del verdadero debate contradictorio y produciéndose un fallo o parte dispositiva no ordenado, o no ajustado sustancialmente a las recíprocas pretensiones de las partes. Como proclama la STC. 77/1986, de 12 de junio, la congruencia de las sentencias es un requisito de las mismas que guarda estrecha conexión con el principio dispositivo que rige los procesos civiles, donde las pretensiones -y las posiciones procesales, en general- de los litigantes, constituye un límite a la potestad de juzgar de los órganos jurisdiccionales, de manera que no puede otorgarse más de lo pedido por el demandante, ni conceder u otorgar cosa distinta de la por él reclamada, o concederla por título distinto de aquel en que la demanda se funde (S. AP. Pontevedra, Sec. 1ª, 31.1.2003).

Como dice la STS. 3.7.1995, la disciplina de la congruencia, supone, indiscutiblemente, una acomodación de la parte dispositiva o contenido resolutorio de la Sentencia, a través del cual se satisfacen las pretensiones de las partes, con la delimitación del contenido cuantitativo y cualitativo de las pretensiones ejercitadas. En el mismo sentido, señala la STS. de 14.7.1994, que el enfrentamiento del fallo con las pretensiones sintetizadas en los suplicos de los escritos principales es lo que constituye la esencia de la congruencia; y la S. de 22.12.1999, sostiene que la "... congruencia es la relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia, como se ha reiterado en una doctrina ya muy consolidada".

Además cuando se trata de resoluciones desestimatorias de las pretensiones, las mismas no pueden ser incongruentes, puesto que con la decisión negativa se da respuesta a todas las pretensiones que han sido objeto de debate, y solo cuando la desestimación trae causa de unas alegaciones diferentes a las realizadas por las partes, puede tacharse de incongruente una resolución (en este sentido, STS. 871/2003 de 29 de septiembre y 1202/2004 de 15 de diciembre).

Si se examina el auto recurrido, con claridad se advierte que la desestimación de la demanda no lo es por esa falta de ofrecimiento y prestación de la caución, sino que responde a considerar que no se da el "bonus fumus iuris", esto es, la apariencia de buen derecho, que supone una valoración racional de que existen posibilidades de que la demanda principal pudiera prosperar. La introducción de la mención a la falta de caución, que se recoge en el razonamiento quinto, lo es "ex abundantia", como un refuerzo de la razón real, que es la que se recoge en el párrafo primero de dicho razonamiento, y que enlaza con el anterior razonamiento -el cuarto-, que es el que examina, para llegar a la conclusión de que no se da, esa apariencia de buen derecho. Pero aunque fuese de otro modo, tampoco ello supondría que el auto incurre en el indicado vicio, y ello porque la prestación o no de caución sí fue motivo de alegación, si no por todas, por la mayoría de las demandadas, por lo que decidir sobre su concurrencia o no, como requisito para que se estimase o desestimase la pretensión de la parte actora, ha sido objeto del procedimiento.

Como resumen de lo expuesto se puede decir que el auto en modo alguno es incongruente, pues da respuesta a todas las pretensiones y examina la concurrencia de los requisitos necesarios, concluyendo que, al menos, dos de ellos no se dan.-

SEGUNDO: Para agotar el tema de la caución se ha de examinar si, como se dice en el recurso, existió el ofrecimiento, siendo entonces que solo se daría una falta de prestación, o si ni siquiera existe el ofrecimiento, lo que supondría un vicio o defecto que comportaría la desestimación de las medidas, y ahora del recurso.

Como ya se apuntó en el anterior razonamiento, las concretas peticiones de las partes se recogen en el suplico de las demandas; allí es donde el Juez o Tribunal ha de buscar lo que se pide y a ello se ha de dar respuesta. Otros contenidos accesorios de esas pretensiones se suelen articular por medios de los otrosíes, que de este modo vendrán a complementar la pretensión de la parte.

Pues bien, examinado el suplico de la demanda se advierte que no existe ofrecimiento alguno, ni con fijación de cuantía ni, como se pretende por la parte recurrente, defiriendo la fijación a la decisión de la Juez a quo; por tanto no es cierto que se hubiera cumplido con ese requisito puesto que, aun cuando en el Apartado VI de la demanda se hace referencia a dejarlo a la decisión de la juzgadora de instancia, la postura principal se contiene inmediatamente antes, cuando se dice "... respecto del ofrecimiento que se contiene en el apartado 3 del precitado artículo, esta parte entiende que no cabe establecer caución de ningún tipo".

En cualquier caso el art. 732.3, LEC., al establecer que la parte que pretenda la obtención de unas medidas cautelares ha de ofrecer caución, impone una carga procesal que la parte no puede pretender trasladar a terceros. Según recuerdan distintas Audiencias, mientras la efectiva constitución de la caución es un presupuesto de la ejecución de las medidas, el ofrecimiento de la misma lo es de la adopción inicial (Autos AA. PP. Las Palmas, Sec. 5ª, 4/2006 de 16.1.; Salamanca, Sec. 1ª, 12/2005 de 11.3); y es esa diferencia la que permite subsanar, con el fin de asegurar el respeto a la tutela judicial efectiva, cuando se trata de la falta de prestación de la caución fijada, o cuando no se ha ofrecido pero aun cabe la posibilidad de hacerlo para permitir la audiencia de la parte contraria; y en cambio resultar insubsanable, y devenir en causa de inadmisión, cuando de lo que se trata es de la falta de ofrecimiento. En igual sentido se ha pronunciado esta Audiencia y Sec. 1ª -auto de 12 de junio de 2007-, en el que decíamos: "... por todo ello el recurso debe prosperar dado que se ha ofrecido por la solicitante la caución antes de que la medida pudiera ser acordada y teniendo en cuenta además la concreta naturaleza y fines de la medida solicitada, la anotación preventiva de una demanda, y que la falta de inicial ofrecimiento de caución fue la única causa de oposición por la demandada en la vista y en su oposición al recurso ahora examinado, por lo que ha de considerarse proce-

dente apreciar subsanado el defecto inicial para poder acordar la medida"; como igualmente decidió la Sec. 2ª de esta Audiencia, en auto de 7 de noviembre de 2005, en supuesto en el que solo se ofreció caución igualmente en el acto de la vista.

En este caso no existe ese ofrecimiento, porque no puede considerarse como tal la mera indicación que se contiene en la demanda, más aun cuando lo que en realidad se insta es la no fijación. Tampoco ello fue subsanado al inicio de la vista oral, en la que la parte actora ni mencionó el tema de la caución, fuese para subsanar la omisión inicial de ofrecimiento, para determinar la cuantía y tipo, o para pedir a la Juez a quo que fijase el importe, máxime si se tiene en cuenta que el auto de 1 de abril, que admitió a trámite la demanda, no hizo excepción del cumplimiento de esa obligación.-

TERCERO: Lo dicho en el anterior razonamiento sería suficiente como para concluir en que este recurso no puede prosperar; pero como el motivo para denegar las medidas cautelares es otro -como ya ha sido expuesto-, podría darse la paradoja de que esta resolución pudiera resultar incongruente al no dar respuesta a la impugnación de la causa real de desestimación, que no es otra que la falta de apariencia de buen derecho, y que el auto concreta en que los actores han de ser considerados como personas con notoriedad pública, y por tanto obligados a soportar una mayor restricción en sus derechos.

Entiende esta Sala que la apariencia de buen derecho en supuestos como el presente ha de examinarse desde una doble perspectiva; desde la subjetiva hace referencia a si en la persona del demandante se dan, en sentido positivo o negativo, las condiciones que la normativa establece, y en este caso si en los actores concurre o no la condición de ser personas de notoriedad pública; desde el objetivo, en si el contenido de la pretensión puede ser asumido, lo que se traduce en el procedimiento actual si es ahora plausible concluir que es factible que se estime la pretensión de que los demandados dejen, salvo en los supuestos de actos oficiales o protocolarios -que la demanda parece va a permitir-, la captación de imágenes de los demandantes, pero todo ello desde el

prisma de esta inicial valoración que, como no puede ser de otro modo, tras las más amplias alegaciones, que en la demanda y contestación se han de realizar, y la prueba que se practique, que pueden conducir a una solución diferente.

La juzgadora de instancia, en relación con el primero de los citados contenidos, llega a la conclusión de que la Sra. Ortiz y el Sr. Martín son personajes públicos, o al menos de pública notoriedad, con lo que la captación de su imagen en lugares públicos vendría amparada por la excepción que, en relación con las acciones no permitidas por el art. 7, que establece el art. 8.2.a), de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y la propia imagen. Para ello hace un examen de diversas sentencias de los Tribunales Constitucional y Supremo, de las que se puede citar, como más reciente, la 196/2007 de 22 de febrero, que señala: "... el Tribunal Constitucional ha afrontado en diversas sentencias (entre otras, 231/1988, 2 de diciembre; 99/1994, 11 de abril; 117/1994, de 17 de abril; 81/2001, 26 de marzo; 139/2001, 18 de junio; 156/2001, 2 de julio; 83/2002, 23 de abril; 14/2003, 28 de enero), el alcance de dicho derecho, el que caracteriza constitucionalmente (SS. 117/1994; 81/2001; 83/2002) como "... un derecho de la personalidad, derivado de la dignidad humana y dirigido a proteger la dimensión moral de las personas, que atribuye a su titular un derecho a determinar la información gráfica generada por sus rasgos físicos personales que pueden tener difusión pública. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero no autorizado, sea cual sea la finalidad -informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde"; y precisando aún más los contornos, dice que "... se trata de un derecho constitucional autónomo que dispone de un ámbito específico de protección frente a reproducciones de la imagen que, afectando a la esfera personal de su titular, no lesionan su buen nombre ni dan a conocer su vida íntima, pretendiendo la salvaguardia de un ámbito propio y reservado, aunque no íntimo, frente a la acción y conocimiento de los demás. Por ello atribuye a su titular la facultad para evitar la difusión incondicionada de su aspecto físico, ya que constituye el primer elemento configurador de la esfera personal de todo individuo, en cuanto instrumento

básico de identificación y proyección exterior y factor imprescindible para su propio reconocimiento como sujeto individual" (SS. TC. 231/1988; 99/1994; 81/2001; 83/2002). En resumen, el derecho a la propia imagen "... garantiza un ámbito privativo de la propia personalidad ajeno a injerencias externas, impidiendo la obtención, reproducción o publicación por un tercero de una imagen que contenga los rasgos físicos que permita reconocer su identidad" (SS. TC. 156/2001; 83/2002, 14/2003). Sin embargo, el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, y se encuentra sujeto a las limitaciones derivadas: de los otros derechos fundamentales -en relación con un juicio de proporcionalidad-, de las leyes -arts. 2.1 y 8 (cuyos supuestos tienen carácter enumerativo) LO. 1/1982 -, los usos sociales -art. 2.1, LO 1/1982 -, o cuando concurren singulares circunstancias, diversas y casuísticas, de variada índole subjetiva u objetiva, que, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la apreciación de la ilicitud o ilegitimidad de la intromisión".

La sentencia de 17 de diciembre citada, y que ha sido reiterada posteriormente, hace unas consideraciones acerca de los arts. 7 y 8 de la Ley Orgánica, donde establece dos consideraciones que nos parecen de interés a la hora de examinar el punto en que nos hallamos: 1º) "La Sala, en efecto, no acepta esta limitación y entiende que la persona de proyección pública no tiene estas escisiones de su personalidad, en el sentido de que para un ámbito es público y para otro es privado. En lo cual, se sigue la doctrina que esta Sala ya expuso, para un caso muy semejante, en la sentencia de 21 de octubre de 1997"; y, 2º) "El interés general no se halla en la importancia o trascendencia del reportaje, sino en que se trata de unos actos privados en que la persona, por los usos sociales y por el ámbito que mantiene reservado (art. 2.1, Ley de 5 de mayo de 1982), le ha convertido en punto de atención de los medios de comunicación, y lo son, no sólo por el interés en los detalles de la vida de los demás, sino por constituir en casos semejantes, muy semejantes, motivo para importantes cambios financieros".

Es ello lo que explica que en otras ocasiones, como en la sentencia 241/2003 de 14 de marzo, el mismo Tribunal diga que la referencia legal a personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública debe entenderse en sentido amplio, y refuerza sus tesis con la cita de la sentencia de 25 de octubre de 2000; y

que la proyección pública se reconoce, en general por razones diversas, por cuestiones profesionales, actividad política, por relación con hechos de interés social, por su relación social.

Desde esta perspectiva, que es la asumida en el auto recurrido, no se puede negar que el hecho de que la Sra. Ortiz Rocasolano sea la hermana de S.A.R. la Princesa de Asturias da a sus actividades un contenido de interés social. El auto cuestionado estima que, con independencia de su condición de hermana de S.A.R., el hecho de que sea invitada a actos oficiales y protocolarios denota ya una proyección pública que haría entrar en juego la excepción del art. 8.2 de la ley Orgánica, y que la captación de sus imágenes en las condiciones que dicho precepto señala sería lícita. Sin embargo creemos que es justamente el hecho de ese parentesco con la Familia Real lo que hace que sea invitada a tales actos, con lo que no se puede escindir uno y otro aspecto.

No quiere esto decir que esta Sala no abrigue dudas acerca de si la Sra. Ortiz Rocasolano es o no una persona con proyección pública. Nos hemos limitado a exponer cual es la consideración de la jurisprudencia española. Esas dudas que traen su base de la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 29 de septiembre de 2004 (Von Hannover contra Alemania), hace del art. 8 del Convenio Europeo, que reconoce el derecho al honor, la intimidad familiar personal y la propia imagen; y en la que señala, en su párrafo 72, que el solo hecho de que una persona pertenezca a una familia real, cuando no ejerce funciones públicas, y sea ese el motivo que despierta el interés de la prensa y del gran público, no convierte en legítima la intromisión en sus derechos de la personalidad; y en este sentido se dirigen los argumentos del Ministerio Fiscal y del Abogado del Estado en torno a la opinión de dos de los jueces que formaron el Tribunal, el Juez Zipancic y el Juez Cabral Barreto, que entronca con la idea expresada por el Tribunal Constitucional (S. 139/2001, de 18 de junio), al expresar que el art. 18 no concede un derecho incondicionado y sin reservas de permanecer en el anonimato, y que vendrían a dar la razón a quienes consideran que la cualidad de persona con proyección pública procede del interés general, y no al contrario no dejan de ser votos particulares.

Esas dudas generales, en torno a la noción de persona con proyección pública, en este caso, se nos acrecientan si se tiene en cuenta que la Sra. Ortiz Rocasolano sí tiene, con independencia de su asistencia a actos protocolarios u oficiales, una cierta proyección pública puesto que es colaboradora de Organizaciones no Gubernamentales, como Cruz Roja o Médicos sin Fronteras; hace presentaciones de libros e incluso ha respondido a preguntas sobre su vida privada, así en la fotocopia de la revista "Qué me dices", que aparece en el folio 51 respondiendo que seguía "soltera y sin compromiso"; en la fotocopia de la revista "Diva", folio 78, responde "intentaremos juntarnos en familia, como todas las familias españolas"; y en la fotocopia de la revista "Gala", en relación con el embarazo de S.A.R. la Infanta D^a. Cristina dice "un embarazo siempre es bonito"; y respecto de su hermana, S.A.R. la Princesa de Asturias, "creo que es muy feliz. Claro que sí"; y, en relación con una sobrina suya "como todos los niños".

Es decir, que se dedica a una actividad que sí tiene un interés social, como es la cooperación con países desfavorecidos, ha intervenido en actos sociales distintos a los oficiales y protocolarios, como la presentación de un libro, e incluso ella misma ha dado pie a considerar que por actos propios, al responder a cuestiones de tipo íntimo, se ha colocado en una situación de mayor relieve social, si bien que de modo muy limitado, que quizá no justificaría la apreciación de la excepción del art. 8.2.a) de la Ley Orgánica.

Todo lo dicho lleva consigo que esta Sala no pueda afirmar ni negar, del modo tan tajante a como se recoge en el auto recurrido, si en este caso se da o no la condición de persona con proyección pública puesto que ni por la jurisprudencia, contradictoria como hemos visto en algunos aspectos, ni por el contenido de la actividad de D^a Telma Ortiz, cabe sostener una posición clara.-

CUARTO: Lo dicho en el anterior razonamiento nos lleva a tener que examinar si en el aspecto objetivo, la concreta pretensión que se dice se va a instar en una futura demanda, presenta la apariencia de buen derecho.

Sobre la base de aducir que la adopción de las medidas cautelares supone un acto de censura previa respecto de las informaciones que en el futuro se puedan difundir, las demandadas vienen a introducir la idea de que no existe, respecto del fallo definitivo que en su día se pueda dictar, una apariencia de buen derecho; es fácil deducir que si aun de modo indiciario, como es propio del procedimiento en que nos encontramos, es cierta la afirmación de que estaríamos ante una censura previa (algo que viene prohibido por el art. 20.2, CE.), no se daría la apariencia de buen derecho en cuanto al contenido de la demanda que pudiera servir como base para justificar la concesión de la medida solicitada; y sin embargo no es el único supuesto en el que esa apariencia de buen derecho no podría indiciariamente apreciarse.

Al respecto esta Sala entiende que no se produce una censura previa, al menos no tal y como la ha definido la doctrina del Tribunal Constitucional en su sentencia 187/1999 de 25 de octubre, en la que consideró: "... la prohibición de todo tipo de censura previa, en el marco de la libertad de expresión no es sino garantía con el fin de limitar al legislador y evitar que, amparado en las reservas de ley del art. 53.1 y art. 81.1 CE, pudiera tener la tentación de someter su ejercicio y disfrute a cualesquiera autorizaciones, sea cual fuere su tipo o su carácter, aun cuando cimentadas en la protección de aquellos derechos, bienes y valores constitucionales jurídicos que, con arreglo a lo dispuesto en el art. 20.4 CE., funcionan como límite de aquella libertad en su doble manifestación. Este Tribunal ya ha dicho en reiteradas ocasiones que por censura previa debe tenerse cualquier medida limitativa de la elaboración o difusión de una obra del espíritu que consista en el sometimiento a un previo examen por un poder público del contenido de la misma cuya finalidad sea la de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el «placet» a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor y se le niegue en caso contrario. Y precisamente por lo tajante de la expresión empleada por la CE., para prohibir estas medidas, debe alcanzar la interdicción a todas las modalidades de posible censura previa, aun los más «débiles y sutiles», que tengan por efecto, no sólo el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1 (TC. SS. 77/1982, 52/1983, 13/1985, 52/1995, 176/1995)"; y continua en la labor de delimitación de lo que se ha de estimar como acto de censura

previa, y de quien puede emanar, ya que añade "... sin embargo, el rigor de la prohibición se dirige en principio con toda su intensidad a la tradicionalmente denominada censura «gubernativa» y no a la posibilidad de que un juez o Tribunal, debidamente habilitado por la ley, adopte ciertas medidas restrictivas del ejercicio de las libertades de expresión e información como se verá más adelante. En efecto, una cabal interpretación del veto constitucional a la censura dentro del ámbito de la libertad de expresión en todas sus manifestaciones, y sobre todo con la permisión del secuestro judicial (ap. 1, 3 y 4 del art. 20.2, CE.), permite concluir que aquél no se extiende a todos los posibles supuestos de medidas restrictivas de tales libertades que, de ser adoptadas por una institución distinta de la judicial, merecerían la consideración de «censura previa» en el sentido material o amplio indicado en los párrafos precedentes. Las propias cualidades de la función jurisdiccional, que constitucionalmente desempeñan quienes componen el Poder Judicial, y el hecho mismo de ser los principales garantes de los derechos fundamentales de los individuos (arts. 53.2 y 117.4 CE.), cierra la posibilidad de que la Ley o, en su caso, los propios Jueces y Tribunales en ausencia o al margen de ley, puedan someter a previa autorización judicial el ejercicio de tales libertades, esto es, imponer cualesquiera limitaciones preventivas de su ejercicio con carácter permanente, y respondiendo a criterios de oportunidad, constitutivas -esas sí- de «censura previa» en su más evidente manifestación. Si la ley o, por su cuenta, un juez así lo hicieren, infringirían el art. 20.1 y 2 CE., y el segundo, a falta de ley habilitante, quedaría extramuros también del art. 24, CE."

Puede por ello afirmarse que la petición, y desde luego concesión, de las medidas que se instan, en modo alguno llevarían consigo la consideración de ser una censura previa, puesto que procederían de un Organo jurisdiccional habilitado para la restricción de derechos, incluso fundamentales, con competencia objetiva y territorial, art. 723.1, en relación con el art. 52.6 de la LEC., con aplicación de normas que permiten su adopción, como es el art. 727.7º, LEC., y art. 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982.

Ahora bien, no quiere ello decir que, en este caso, exista la presunción de buen derecho puesto que con la restricción, ad futurum, de la posibilidad de captar imágenes de los demandantes fuera de los supues-

tos que en la demanda se expresan, cabría afectar a otros derechos fundamentales, como es la libertad de información, que tienen el mismo rango que el derecho a la propia imagen y que, como con reiteración viene indicando el Tribunal Constitucional, véase la sentencia últimamente citada, actúan como límites del mismo.

El derecho a la información viene siendo considerado por el Tribunal Supremo (S. de 14 de marzo de 1997, ya citada), por el Tribunal Constitucional (S. 132/95 de 11 de septiembre), e incluso por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (S. de 29 de septiembre de 2004), como esencial para la formación de opinión pública en una sociedad moderna, plural y libre; de ahí que en ocasiones se haya hablado -a juicio de esta Sala de un modo incorrecto-, de una cierta prevalencia de este derecho sobre el resto de los derechos fundamentales, cuando en realidad lo que sucede es que allí en donde existe derecho y ejercicio de la libertad de información, no puede atacarse ningún otro derecho y viceversa, en donde tal derecho no existe se produce una intromisión ilegítima en otros derechos. Lo importante, en lo que ahora interesa, es que el derecho a la información tiene el mismo rango que el derecho a la propia imagen y que solo puede limitarse cuando se ha desarrollado alguna acción que afecte, del modo ilegítimo que se ha expresado, a otros derechos pero no se puede enmarcar en una idea de proyección de futuro; dicho de otro modo, es más que difícil imaginar que sea posible la limitación del derecho a la información, con todas las circunstancias que le sean precisas para su correcto ejercicio como es la captación de imágenes, sin la previa existencia de contenidos que puedan ser ponderados y puestos en relación con el derecho que se dice afectado; o, de un modo más claro, dado que solo existe intromisión ilegítima en derechos como el honor, la intimidad y la propia imagen por hechos positivos, cuando se difunden hechos falsos, o personales e íntimos, o cuando se pone a la persona en situación de desmerito social, o cuando se capta su imagen fuera de los ámbitos en que ello está permitido, solo cabrá una reacción, y por tanto la posibilidad de petición de medidas cautelares que vengán a poner fin al ataque, que limite el derecho a la información en las ocasiones en que se haya producido ya un acto o hecho que afecte, limite o restrinja el derecho fundamental de que se trate; pero si no se llevado a cabo acción alguna la limitación del derecho a la información, no puede, prima facie, ser apreciada puesto que no es absurdo verlo como un

supuesto de restricción de derechos fundamentales, en este caso de información, que conforme al art. 55 de la Constitución, solo cabe con carácter general en los supuestos de alarma, excepción o sitio -apartado 1º-, y si se hace de forma particular -previsto en el apartado 2º-, en caso de actuaciones de bandas armadas o terroristas. En el primer supuesto, se precisa, con arreglo al art. 116 de la Constitución, la declaración de alguno de los estados a que se refiere el precepto, que tal declaración se haga por el Gobierno, incluso con previa autorización del Congreso de los Diputados, si es estado de excepción, y por el propio Congreso en el caso de estado de sitio y que sea de forma temporal, no más de treinta días improrrogables en el supuesto de alarma, prorrogables si se trata de estado de excepción, y con indicación del ámbito territorial a que afecta. Es decir, que en ningún caso el legislador ha permitido que se pueda llegar a una restricción de los derechos de los arts. 17, 18 y 20 de la Constitución de forma incondicionada e indefinida, que sería a lo que pudiera abocarse en el caso de una sentencia que fuese estimatoria de una medida que pretendiera que se prohibiera la captación de imágenes de personas, en general sin tener en cuenta las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión en que esa captación se produce. Por su parte cuando la Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio, regula la limitación de la libertad de información -art. 21-, lo hace con referencia a los contenidos que vengán autorizados por el Congreso. De lo expuesto, se deduce con total claridad, que no es posible una limitación general del derecho a la información ni aun cuando el mismo solo se pueda ver afectado por la realización de algunas actividades que cooperen, como es la captación de imágenes.

Y en cuanto a la restricción de forma individual, recogida en el art. 55.2, se refiere solo a los supuestos que de modo expreso se contemplan, es decir, por la integración en bandas armadas, rebeldes o terroristas. El Tribunal Constitucional, en su sentencia 199/1987 de 16 de diciembre, recuerda que "... desde luego ya se ha indicado el papel limitado que cumple la suspensión individual de derechos del art. 55.2 de la Constitución", y, con expresa referencia a la libertad de información añade "... pues una finalidad meramente preventiva o de aseguramiento no puede justificar constitucionalmente una restricción tan radical de estas libertades". No se debe olvidar que dicha sentencia se dictó con motivo de la impugnación de la Ley Orgánica 9/1984 de 26 de diciembre,

contra la actuación de bandas armadas y elementos terroristas, y en desarrollo del art. 55.2 de la Constitución; y si ni en situaciones tan graves puede limitarse la libertad de expresión e información, sin la previa declaración de un estado que habilite para ello, menos aun en situaciones de normalidad podrá considerarse adecuado a la Constitución el que una medida que de forma directa o indirecta pueda restringir el ejercicio de tales.

Podría decirse que para el ejercicio de la libertad de información no resulta esencial la captación de imágenes, pero ello no puede predicarse de un modo tan general, pues no es descartable que en algún supuesto la inclusión de una imagen no solo sirva como complemento de la información, sino que resulte esencial para poder comprender en su integridad el contenido de la misma. Además el Tribunal Constitucional, en su sentencia 218/2004 de 17 de marzo, ha declarado "... el art. 20.1.d) de la Constitución Española reconoce y protege el derecho a comunicar o recibir información veraz por cualquier medio de difusión y el Tribunal Constitucional tiene declarado que la libertad de información por medio de la imagen gráfica tiene la misma protección constitucional que la libertad de comunicar información por medio de palabras escritas u oralmente vertidas, cfr. STC. 132/1995 de 11 de septiembre, y S. de esta Sala de 14 de marzo de 2003". Y aun cuando la imagen pueda tener un valor accesorio, no por ello queda fuera del marco o ámbito de protección de la libertad de información; y a ello se ha referido la sentencia citada al disponer que "... el concepto de "accesoriedad" de la Ley (art. 8.2.a.), hace referencia "a lo que es objeto principal de la noticia o reportaje gráfico -sentencia de 19 de octubre de 1992-, no concurriendo cuando no guarda relación con el contenido de la información escrita (sentencia de 19 de octubre de 1992), pero si en otro caso (SS. de 21 y 28 de octubre de 1996, 25 de septiembre de 1998 y 27 de marzo de 1999 y 23 de abril de 2000). En el caso resulta incuestionable la directa relación existente entre la imagen del demandante publicada y el contenido de la información escrita"; y puesto que no se puede descartar que en un futuro D^a Telma Ortiz Rocasolano y D. Enrique Martín Llop puedan ser protagonistas de hechos que tengan relevancia informativa, al margen de su asistencia a actos protocolarios y oficiales; y que como esencial o como complemento de la información sea precise la captación de imágenes, no aparece -ab initio, y siempre desde el planteamiento

hipotético que se ha de hacer-, que se pueda sostener que existe una alta probabilidad de que una demanda principal que tenga el mismo objeto que estas medidas pueda merecer una favorable acogida, antes al contrario, lo que parece surgir es que no hay muchos elementos que hagan ver la probabilidad de estimación.-

QUINTO: El tercero de los elementos que han de concurrir sería el del peligro que existe para esa apariencia de buen derecho por el transcurso del tiempo.

Es obvio que si no existe la apariencia de buen derecho no puede hablarse de riesgo por la demora procesal, con lo que no se hacen necesarios muchos argumentos para negar también que en este caso concurra este elemento. Ello no obstante sí que estima esta Sala necesario hacer referencia a que no puede haber mora si la situación se ha permitido de hecho durante largo tiempo y de las pruebas documentales presentadas por la parte actora se deduce ya ese extremo.

En efecto, todas las imágenes que se recogen en las fotocopias y ejemplares de revistas tienen una antigüedad de años. Así se puede comprobar examinando la revista "Semana", publicación es de 8 de diciembre de 2004; la revista "Hola" del día siguiente, 9 de diciembre; la revista "Sorpresa" de 27 del mismo mes y año; revista "Lecturas" de 28 de enero de 2005; "Hola", del día anterior; y, "Gala" de 14 de marzo. Es decir que al menos, durante cuatro años, se han venido captando imágenes de D^a Telma Ortiz Rocasolano sin que haya realizado acción alguna para impedirlo. Por lo tanto, la negativa actual a la captación de su imagen supone ir en contra de lo por ella consentido, una situación de hecho, y por ello resulta de aplicación lo establecido en el art. 728.1, LEC., lo que de nuevo conduce a que el motivo de recurso no pueda ser estimado.-

SEXTO: El último motivo de recurso cuestiona la aplicación del art. 394 de la LEC., pues al entender de los recurrentes, que existen dudas de hecho y que no han actuado de mala fe.

Resolviendo el alegato -segundo de los motivos de recurso- debe ser recordado que el art. 394 no se aplica solo cuando existe mala fe, y que sucede, si se aprecia la misma, es que no existiría limitación en cuanto al importe de las costas que establece el apartado 3º del citado precepto. Lo que rige es el criterio objetivo del vencimiento, que es la base tenida en cuenta en el auto para la imposición. En el razonamiento jurídico sexto de la sentencia recurrida se da una doble explicación, por un lado, la no concurrencia de temeridad, que pedían algunos de las partes demandadas; y por otro, que no existen dudas de hecho ni de derecho, de modo que el que los recurrentes pretendan que así se aprecie, no es sino una visión parcial y sesgada del tema. Además el que se busque, con la interposición de una demanda, un fin legítimo no supone la exclusión de la regla general del vencimiento puesto que de ser así el legislador habría adoptado otro criterio, el subjetivo que imperaba en el texto original de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

Tampoco por la vía de la comparación con la jurisprudencia se puede pretender que no se haga el pronunciamiento general porque no se ha citado ni un solo precedente -desde luego no los que se pueden entender como jurisprudencia-, que es la referencia del art. 394.1, LEC., que pudiera dar a la parte actora una mínima base para sustentar sus pretensiones; y, por lo demás, no es cierto que el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo se hayan planteado dudas en cuanto al alcance jurídico de los derechos de la personalidad; lo que sucede es que han tenido que pronunciarse sobre supuestos de hecho diferentes, pero siempre con igual sentido en cuanto al alcance e interpretación de los derechos en juego; y lo que lleva a rechazar este último motivo y con ello la totalidad del recurso que ha sido interpuesto.-

SEPTIMO: Las costas procesales causadas en esta segunda instancia se impondrán a la parte recurrente, en aplicación del art. 398 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil; y en relación con la mercantil Ediciones F & B, con expresa declaración de temeridad.

Por lo que se refiere a la imposición de costas con expresa declaración de temeridad y mala fe, respecto de Ediciones F & B, S.L., nace de

los propios términos en los que se fundamentó la demanda. Se dice, en el apartado de legitimación, que la razón de demandar también a esta sociedad es por haber realizados actos de intromisión, sin duda con referencia a la previa publicación de fotografías de los actores. Sin embargo resulta probado, y la parte actora no ha podido siquiera de modo indiciario acreditar lo contrario, que la mercantil indicada tiene como objeto la difusión de un catalogo de lencería y ropa interior femenina que, por esencia, dista de ser una publicación que haga de la información acerca de personajes públicos alguno de los contenidos de sus catálogos. Si ello, por la posible confusión con el nombre de otra revista, pudiera explicar el que fuesen demandados, una vez que se despeja esa posibilidad en la instancia, el que se sostenga ahora el recurso también frente a ella no es sino una patente muestra de temeridad, toda vez que siendo claro que respecto de la misma jamás habría podido prosperar la demanda, el hacer que se persone en segunda instancia y que realice nuevos desembolsos en aras a su defensa, solo merece que se excluya la limitación en cuanto al total de costas para esta sociedad.-

PARTE DISPOSITIVA:

La Sala ACUERDA: DESESTIMAR el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Dña. TELMA ORTIZ ROCASOLANO y D. ENRIQUE MARTIN LLOP, contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de Toledo, con fecha 15 de mayo de 2008, en el procedimiento núm. 80/2008; con expresa imposición de costas a la parte apelante y con expresa declaración de temeridad, en relación con las causadas a la mercantil EDICIONES F & B, S.L.-

Lo mandaron y firman el Sr. Presidente y Magistrados del margen.
Doy fe.

