

Roj: **STS 234/2014** - ECLI: **ES:TS:2014:234**Id Cendoj: **28079110012014100037**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/01/2014**Nº de Recurso: **2363/2011**Nº de Resolución: **21/2014**Procedimiento: **CIVIL**Ponente: **JOSE ANTONIO SEIJAS QUINTANA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP IB 1312/2011,**
STS 234/2014

D. Francisco Marin Castan

D. José Antonio Seijas Quintana

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Xavier O' Callaghan Muñoz

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil catorce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el recurso de casación e infracción procesal contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, como consecuencia de autos de juicio ordinario nº 1346/2007, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Palma de Mallorca, cuyo recurso fue preparado ante la citada Audiencia por la representación procesal de doña Nuria , el procurador don José Antonio Pérez Casado. Habiendo comparecido en calidad de recurrido el procurador don Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de doña Lidia . Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- 1.- La procuradora doña Maria Isabel Muñoz García, en nombre y representación de doña Nuria , interpuso demanda de juicio ordinario, contra doña Lidia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que acuerde declarar que Lidia ha llevado a cabo intromisiones en el derecho a la propia imagen de la menor Francisca al haber incorporado dos fotografías de la menor Francisca en el CD titulado 'introducción al Crecimiento Personal, haber utilizado la voz de la menor en dicho disco compacto, haber introducido dos fotografías de la menor en la "Agenda del Crecimiento Personal" del año 2007, haber utilizado la voz de la menor Francisca en el programa radiofónico "La Voz de la Noche" y haber utilizado su imagen para publicitar sus productos de crecimiento personal; aclarar asimismo. Que ha llevado a cabo intromisiones ilegítimas en el derecho a la menor Francisca al hacer constar de forma reiterada en el ejercicio de su profesión que es hija suya, debiendo condenarse asimismo a la demandada a estar y pasar por tales declaraciones y a indemnizar a la menor Francisca en la persona de la actora, en la suma de SESENTA MIL EUROS (60.000 euros), cantidad que devengará los intereses legalmente correspondientes, condenándola asimismo a cesar en dichas intromisiones ilegítimas y a abstenerse en el futuro de utilizar el nombre, voz o imagen de la menor Francisca , así como a no



hacer referencia alguna a su relación de parentesco con la Sra. Lidia , con expresa imposición de las costas procesales causadas.

El Ministerio Fiscal presentó escrito contestando la demanda. Alegó los hechos y fundamentos que estimó de aplicación y terminó suplicando se dicte sentencia conforme a lo que resulte probado y en base a los preceptos invocados.

2.- La procuradora doña Aurea Abarquero Burguera, en nombre y representación de doña Lidia , contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta, con expresa imposición de costas a la demandante.

3.- Previos los trámites procesales correspondientes y práctica de la prueba propuesta por las partes y admitidas Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia número 13 de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 16 de abril de 2010 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLO: Que desestimando como desestimo íntegramente la demanda deducida por la procuradora sra. Muñoz en nombre y representación de doña Nuria , contra doña Lidia , representada por la procuradora Sra. Abarquero, y habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, debo absolver y absuelvo libremente a dicha demandada de los pedimentos en su contra dirigidos por la actora, con expresa imposición a la demandante de las costas de esta instancia.*

SEGUNDO .- Interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de Nuria , la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, dictó sentencia con fecha 21 de junio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue: *FALLAMOS:Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora doña Maria Isabel Muñoz García, en nombre y representación de doña Nuria , contra la sentencia de fecha 16 de noviembre de 2010, dictada por el Ilmo.Sr. Magistrado Juez accidental del Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Palma ., en los autos de juicio ordinario de los que trae causa el presente rollo, y, en consecuencia , debemos confirmarla y la confirmamos en todas sus extremos.*

2) *Se imponen las costas de esta alzada a la parte apelante.*

3) *Con perdida del depósito consignado por la parte apelante.*

TERCERO .- Contra la expresada sentencia interpuso se interpuso **recurso por infracción procesal** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Vulneración en proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española (art. 469.1.4º de la LEC). **SEGUNDO**.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: vulneración de los deberes de fundamentación jurídica y motivación de las sentencias (arts 200.3 . y 218.2. de la LEC). **TERCERO**.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Vulneración del principio de justicia rogada (artículo 216 de la LEC). **CUARTO**.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: vulneración del artículo 217 de la LEC , sobre la carga de la prueba. **QUINTO**.- Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia: vulneración de los artículos 318 y 319 de la LEC , sobre la fuerza probatoria de los documentos públicos y 35 y 326 de la LEC, sobre la fuerza probatoria de los documentos privados.

Se interpuso asimismo **recurso de casación** con apoyo en los siguientes **MOTIVOS:PRIMERO**.- Al amparo del número 1º del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del artículo 18.1. de la Constitución Española y Doctrina jurisprudencial de aplicación. **SEGUNDO**.- Al amparo del número 1º del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del artículo 2 apartados 2 y 3, del artículo 3 apartados 1 y 2 de la Ley Orgánica 1/1982 , de 5 de mayo y Doctrina, jurisprudencial de aplicación. **TERCERO**.- Al amparo de l número 1º del apartado 2 del artículo 877 de la LEC , por infracción del artículo 1 apartado 3 y del artículo 9 apartado 2 epígrafe b) de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo y doctrina jurisprudencial de aplicación. **CUARTO**.- Al amparo del número 1º del apartado 1º del artículo 477 de la LEC por infracción del artículo 7 apartados 5 y 6 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo y doctrina jurisprudencial de aplicación. **QUINTO**.- Al amparo del número 1º del apartado 2 del artículo 477 de la LEC por infracción del artículo 9 apartado 3 de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo y doctrina jurisprudencia de aplicación . **SEXTO**.- Al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3º de la LEC , al presentar interés casacional la resolución del recurso al oponerse la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a la interpretación del artículo 3.2. de la Ley orgánica 1/82 sobre la necesidad de la existencia de una autorización expresa y por escrito del representante legal de los menores que no cuenten con capacidad de discernimiento bastante para poder utilizar la imagen, voz y nombre de estos; autorización que además debe ir acompañada de la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de dicho consentimiento y la no oposición de éste a la utilización proyectada. **SEPTIMO**.- Al amparo de lo previsto en el artículo 477.2.3º de la LEC , al presentar interés casacional la resolución del recurso al oponerse la sentencia recurrida a la jurisprudencia emanada por otras Audiencias Provinciales en relación a la interpretación del artículo 3.2. de la Ley Orgánica 1/82 , sobe la necesidad de la existencia de una autorización expresa, y oír por escrito al representante legal de los menores que no cuenten con capacidad de discernimiento bastante



para poder utilizar la imagen, voz y nombre de estos; autorización que además debe ir acompañada de la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal de dicho consentimiento y la no oposición de éste a la utilización proyectada, concretamente las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 25 de mayo de 2009 , por la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de abril de 2003 y por la Audiencia Provincial de Barcelona de fecha 16 de Octubre de 2002 , que exigen en todo caso el consentimiento expreso y por escrito de los representantes legales de los menores para considerar que el uso de la imagen de éstos no tiene la consideración de intromisión ilegítima.

Remitidas las actuaciones a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por auto de fecha 27 de marzo de 2012 se acordó admitir el recurso interpuesto y dar traslado a la y al Ministerio Fiscal parte para que formalizaran su oposición en el plazo de veinte días.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido, el procurador d. Argimiro Vázquez Guillén, en nombre y representación de doña Lidia presentó escrito de impugnación al mismo.

Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido el Ministerio Fiscal presentó escrito interesando se desestime el recurso extraordinario por infracción procesal y se estime el de casación, dictando una nueva sentencia en la que se declaren vulnerados civilmente los derechos a la intimidad y a la propia imagen de la menor, al haberse utilizado la imagen y la voz de la menor sin el consentimiento expreso y escrito y sin dar cuenta al Ministerio Fiscal, desde el año 2005 y con prohibición expresa en el 2007.

3.- No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 15 de enero del 2014, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **José Antonio Seijas Quintana** ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña Nuria demandó a Doña Lidia . En la demanda se dice que actora y demandada tuvieron una relación sentimental entre los meses de abril de 2003 y enero de 2005 y que, constante dicha convivencia, que se llevó a cabo en el domicilio de la actora en Paraguay, la Sra. Nuria inició los tramites para adoptar a su hija Francisca , la cual ya residía con ambas desde el mes de junio de 2004, tras haber sido abandonada por su progenitora biológica. La adopción plena se produjo en el mes de noviembre de 2005, una vez que había cesado la convivencia entre la Sra. Nuria y la Sra. Lidia .

A doña Lidia le imputa la demandante que ha venido utilizando en ejercicio de su profesión (periodista, terapeuta espiritual, escritora y fotógrafa) la imagen, nombre y voz de la menor Francisca , sin contar para ello con su autorización puesto que en su condición de madre de la menor (de cinco años de edad) es la única autorizada para prestarlo. Estos hechos han tenido lugar en los años 2005, 2006 y 2007. Además ha venido manifestando tanto por escrito como en su programa radiofónico, que la menor es su hija.

Las actuaciones reseñadas, se dice en la demanda, son constitutivas de intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen de la menor, por cuanto se vulnera el derecho a la propia imagen y a la intimidad personal. Solicita una indemnización de 60.000 euros y que cese en dichas intromisiones ilegítimas absteniéndose de utilizar el nombre, voz e imagen de Francisca , sin hacer referencia alguna a su relación de parentesco con la Sra. Lidia .

El Juzgado desestimó la demanda. La sentencia, de conformidad con el Ministerio Fiscal, argumenta, en síntesis, que las imágenes tomadas a la menor antes de la ruptura definitiva de la convivencia more uxorio de las litigantes deben incardinarse en el seno de una convivencia marcada por el signo de la normalidad, en la que tales conductas eran no sólo admitidas sino propiciadas y auspiciadas incluso por la parte actora, como pone de manifiesto la profusa prueba documental, en cuanto tuvieron lugar en el seno de una relación de afectividad, lo que impide hablar de ilegitimidad en tales conductas que sólo cuestionó la actora al instar la demandada su derecho de visitas. La sentencia fue ratificada por la Audiencia Provincial, que desestimó el recurso de apelación formulado por la demandante.

SEGUNDO.- Hechos acreditados en autos y de los que se debe partir para la adecuada resolución del presente litigio los siguientes:

* Doña Nuria y doña Lidia iniciaron en el mes de abril de 2002 una relación amorosa, posteriormente convertida en convivencia "more uxorio" que se desarrolló mayoritariamente en la ciudad de Asunción (Paraguay), convivencia que duró hasta principios de 2006 en que D^a Lidia se trasladó a vivir a la ciudad de Buenos Aires.



* Habiendo decidido la pareja tener hijos adoptivos comunes, en el mes de junio de 2004 acogieron en su domicilio de Asunción a la menor Felisa (nacida el NUM000 -2002), quien había sido abandonada por sus progenitores, e iniciados los trámites para su adopción el día 1 de noviembre de 2005 fue dictada sentencia por un juzgado de primera instancia de Asunción otorgando la adopción plena de la menor a favor de la Sra. Nuria . La niña fue inscrita en el Registro Civil de la Embajada de España como hija suya con el nombre de Francisca , al ser la Sra. Nuria la que cumplía el requisito de ser residente en Paraguay exigido para poder adoptar, ocultando la convivencia de ambas more uxorio al no tolerar el centro de adopciones la adopción de niños por parte de parejas homosexuales.

* Durante la convivencia de la pareja la menor venía considerando a ambas mujeres como madres, llamando "mami" a la Sra. Nuria y "mamaló" a la Sra. Lidia , dispensándole un trato afectivo y familiar por igual, mostrando ambas mujeres, incluso después de la ruptura de la convivencia, su amor y preocupación conjunta por el bienestar de la menor y su futuro, fijando voluntariamente un régimen de visitas a favor de la Sra. Lidia al trasladarse a vivir a Buenos Aires, que vino ejerciendo hasta finales del año 2006 en que la madre adoptiva se opuso al mismo, negativa que motivó que la Sra. Lidia formulara demanda de medidas coetáneas a la demanda principal para el establecimiento de un régimen legal de visitas, recayendo Auto de fecha 22 de noviembre de 2007 del juzgado de primera instancia núm. 20 de Palma , en el que se estableció un régimen de vistas a favor de la actora como allegada de la menor Francisca .

* Durante la convivencia la Sra. Nuria colaboraba en los trabajos que realizaba la Sra. Lidia como periodista, escritora y directora del programa "La Voz de la Noche" en la emisora Radio Continental del Grupo Prisa, acordando ambas utilizar la voz y la imagen de Francisca , sin fines comerciales o propagandistas, en la parte trasera de la carátula del CD titulado "Introducción al Crecimiento Personal" y en las Agendas del Crecimiento Personal de los años 2005, 2006 y 2007, participando ambas en la selección de las fotografías y en la redacción y corrección de los textos de las agendas y para el cierre del programa radiofónico con la voz de la menor.

* En el mes de noviembre de 2007 la Sra. Nuria comunicó a la Sra. Begoña su negativa a que hiciera uso de la imagen y voz de la menor, interponiendo el mes siguiente demanda origen de los presentes autos sobre protección del derecho a la intimidad y propia imagen por el uso de la voz e imagen de la menor en las indicadas publicaciones y programa de radio alegando su falta de consentimiento.

Doña Nuria formuló un doble recurso: extraordinario por infracción procesal y de casación.

RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

TERCERO.- Se formulan cinco motivos. Los cinco van a ser desestimados.

1.-No existe vulneración en el proceso civil de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE . En primer lugar, ninguna protesta hizo la recurrente por la vulneración de los derechos reconocidos en el artículo 24 CE , con el fin de fundamentar el recurso que ahora se formula y que, además, viene determinado por el contenido mismo de esta norma a no sufrir indefensión

En segundo lugar, lo que verdaderamente plantea la recurrente a través de este motivo es una discrepancia con el resultado de la actividad probatoria, especialmente referida a lo que la sentencia recurrida califica de " *especiales circunstancias* " o " *circunstancias excepcionales* " que tienen que ver con la adopción de la menor, la convivencia entre una y otra y la autorización del uso de la imagen que la sentencia tiene en cuenta para desestimar la demanda, por lo que la pretensión de impugnación no puede ser estimada. La posibilidad de alegar cuestiones sobre la apreciación de la prueba no autoriza a proponer una nueva valoración conjunta de la misma (SSTS de 30 de junio de 2009, RC nº 1889/2006 y 29 de septiembre de 2009, RC n.º 1417/2005). Lo contrario implicaría que esta Sala tuviera que revisar en su conjunto la practicada por el Tribunal, lo que no es posible en un recurso por naturaleza extraordinario, que no constituye una tercera instancia.

2.-La denuncia de vulneración de los artículos 209.3 y 218.2 LEC , sobre los deberes de fundamentación jurídica y motivación de las sentencias, tampoco ampara la revisión de la valoración probatoria efectuada en la sentencia impugnada.

3.-Tampoco en el recurso de apelación se alegó que se hubiera infringido el artículo 216 de la LEC y de las normas reguladoras de la sentencia con inobservancia del principio de justicia rogada que informa el procedimiento civil. Lo cierto es que la Audiencia Provincial respeta la causa de pedir y se atiene a los hechos fundamentales en que se apoya la pretensión deducida en la demanda. Sucede lo mismo con las invocadas reglas atinentes a la carga de la prueba del artículo 217 en un caso que, como con reiteración expone la recurrente, se resuelve conforme a "las especiales circunstancias" concurrentes que resultan precisamente de la prueba incorporada al procedimiento.



4.- La Sala de apelación es libre para valorar, como lo hace, todas las pruebas, incluida la documental, sin que tal valoración suponga la infracción que se denuncia de los artículos pertinentes a la prueba documental pública y privada.

5.- La conclusión, por tanto, de la sentencia recurrida no es arbitraria, antes al contrario, está adecuadamente motivada y no presenta quiebras lógicas ni ha quedado acreditado en el recurso la existencia de un error patente en la apreciación de la prueba sino que, por el contrario, tiene como fundamento una apreciación realizada en el plano jurídico de los diversos elementos probatorios existentes, en la que se toman en consideración aquellos que el tribunal de apelación considera más relevantes para la ponderación, lo que no significa omitir de manera arbitraria aquellos otros elementos que, en consonancia implícita con su argumentación, puede estimarse que, a juicio del tribunal, carecen de trascendencia para la conclusión obtenida (STS 10 de junio 2013).

6.- En definitiva, lo que se plantea en este recurso y en el de casación es la necesidad o accesoriedad del consentimiento para autorizar que la imagen de una menor y su voz, sea reproducida en medios tanto impresos como de audio, por lo que la solución del problema no exige modificar los hechos sino calificarlos jurídicamente y ello no es propio de este recurso sino del de casación.

RECURSO DE CASACION.

CUARTO.- Se interpone al amparo del artículo 477.1.2º, salvo los motivos sexto y séptimo del recurso que se formulan al amparo del artículo 477.2 3º, por lo que no se van a analizar al estar mal formulados. Como ya dijo esta Sala en su auto de 16 de junio de 2009 , utilizado el cauce del artículo 477.2.3.º LEC , esto es, la vía del interés casacional, dicho cauce no es el adecuado para acceder a la casación porque dicho interés casacional está limitado a las sentencias que decidan los procesos tramitados en atención a la materia, excepto los de tutela civil de los derechos fundamentales, de suerte que habiéndose dictado la resolución recurrida en juicio sobre protección de derecho a la intimidad y a la imagen, esto es, en procedimiento para la tutela civil de los derechos fundamentales, tal materia queda excluida del artículo 477.2.3.º al constituir el objeto del artículo 477.2.1.º de la LEC 2000 . En cualquier caso la suerte estimatoria o desestimatoria de ambos vendrá determinada a la vista de la jurisprudencia alegada y aplicada en los demás motivos.

Los motivos restantes se analizan conjuntamente, en cuanto lo que se impugna en todos ellos de forma reiterada, es la decisión sobre la existencia de un consentimiento y por escrito de los padres o representantes legales de la menor Francisca , puesto en conocimiento del Ministerio Fiscal, para la utilización de la imagen y de la voz de la menor, o si se pueden utilizar estos medios sin consentimiento o con consentimiento tácito, en determinados casos.

Todos ellos se desestiman.

El derecho a la propia imagen se halla protegido en el artículo 18.1 CE y desarrollado en la LPDH, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 LPDH. La facultad otorgada por este derecho, en tanto que derecho fundamental, consiste en esencia en impedir la obtención, reproducción o publicación de la propia imagen por parte de un tercero, sea cual sea la finalidad - informativa, comercial, científica, cultural, etc.- perseguida por quien la capta o difunde" (sentencia del Tribunal Constitucional 81/2001, de 26 de marzo , así como la 14/2003, de 28 de enero y la 127/2003, de 30 de junio).

Por otra parte, tratándose de menores y siendo titulares de los derechos fundamentales protegidos por la Constitución en el artículo 18 , con plena capacidad jurídica, ha de partirse de la base de que siempre que no medie el consentimiento de los padres o representantes legales de los menores con la anuencia del Ministerio Fiscal, la difusión de cualquier imagen de éstos ha de ser reputada contraria al ordenamiento jurídico (STS de 19 de noviembre de 2008, RC núm. 793/2005). Según la STS 12 de julio de 2004 , los mecanismos legales de protección de los derechos fundamentales de los menores establecidos en la LPDH, artículo 3, se refuerzan en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del menor, como dice expresamente su preámbulo o exposición de motivos, estableciendo, después de reconocer, como no podía ser menos, el derecho al honor, a la intimidad personal y a la propia imagen, de los menores (artículo 4.1) y de imponer la intervención del Ministerio Fiscal frente aquellos actos que puedan constituir intromisión ilegítima en esos derechos (artículo 4.2), dispone su artículo 4.3 LPJM 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"». Esta intensificación en los niveles de protección se justifica teniendo en cuenta que la naturaleza del daño se



multiplica exponencialmente cuando el ataque a los derechos del menor se realiza a través de los medios de comunicación.

Esta especial protección legislativa ha sido reconocida en la jurisprudencia constitucional y de esta Sala. Así, la STC 158/2009, de 29 de junio, establece que en « la captación y difusión de fotografías de niños en medios de comunicación social, es preciso tener en cuenta (...) que el ordenamiento jurídico establece en estos supuestos una protección especial, en aras a proteger el interés superior del menor». También ha señalado que "ni existe un interés público en la captación o difusión de la fotografía que pueda considerarse constitucionalmente prevalente al interés superior de preservar la captación o difusión de las imágenes de los menores en los medios de comunicación, ni la veracidad de la información puede justificar esa intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de los menores, pues este derecho fundamental del menor «viene a erigirse, por mor de lo dispuesto en el art. 20.4 CE, en límite infranqueable al ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz» (SSTC 134/1999, de 24 de mayo ; y 127/2003, de 30 de junio)".

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 -artículos 2.1 y 8 (cuyos supuestos tienen carácter enumerativo) LPDH-, los usos sociales -artículo 2.1 LPDH-, 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. (STS 22 de febrero 2007 ; 24 de julio 2012 ; 8 de mayo 2013 , entre otras).

Esto último es lo que resulta aplicable al caso, en relación al cual, por este Tribunal, se estima plenamente razonado y razonable el juicio ponderativo de los juzgadores de instancia, lo que conduce a la desestimación del recurso. Como dice la sentencia recurrida, "*no existe ningún interés público que justifique la difusión de la imagen y la voz de la menor así como que se plantee un supuesto de colisión de los derechos de información y propia imagen, pero tampoco puede afirmarse que la misma suponga una invasión de la intimidad personal y propia imagen de la menor por parte de un tercero no autorizado dadas las especiales circunstancias en que se produjo que excluyen la ilegitimidad de la intromisión... ya que dichos actos deben valorarse dentro el contexto y circunstancias en que fueron llevados a cabo, en un justo juicio de ponderación y proporcionalidad, que excluyen la apreciación de la ilicitud de la intromisión, cuales son la convivencia more uxorio de las litigantes, su papel conjunto e indiscutido de madres de la menor, la cooperación de ambas en la publicación de las fotos de la menor hija y la emisión de su voz dentro del propio ámbito familiar y sin fines propagandísticos o comerciales*".

Y lo que pretende la recurrente, violentando los hechos probados, es convertir en malo lo que en principio era bueno en relación a la menor una vez que la demandada instó judicialmente un régimen de visitas. Y, ciertamente, lo puede hacer como madre que es de la menor y en el marco de las relaciones de patria potestad, en la forma que establece el artículo 156 del Código Civil, en las que no está comprometida la demandada para ejercer en su relación con Francisca a la que únicamente se le ha reconocido la condición de allegada por resolución judicial. Lo que hicieron no resulta contrario a los intereses de la menor y de ahí la autorización prestada por ambas a la utilización de la voz y la imagen sin fines propagandísticos en las Agendas del Crecimiento Personal de los años 2005, 2006 y 2007, especialmente en esta última a la que se refiere el suplico de la demanda. Una y otra participaron en la selección de las fotografías y en la redacción y corrección de los textos de las agendas y para el cierre del programa radiofónico con la voz de la menor. El problema, por tanto, no puede reducirse a una cuestión del consentimiento, tácito, expreso o por escrito, sino analizarse en el marco de las especiales circunstancias concurrentes que tienen que ver con "*la relación more uxorio y de los actos propios de la actora*", o lo que es igual, en el marco de unas relaciones de afectividad que ambas litigantes mantenían y cuyo centro era la menor considerada entonces como una hija por ambas, lo que justifican que no se aprecie intromisión ilegítima en el derecho personal a la propia imagen determinante de la infracción del artículo 18.1 CE, en relación con los preceptos de la LO 1/1982, de 5 de mayo, alegados en el motivo.

Por la recurrente se quiso ubicar la responsabilidad de la demandada al publicarse la agenda del crecimiento personal 2008 cuando ya tenía conocimiento de la prohibición de la madre adoptiva para incluir las imágenes de su hija menor. Ahora bien, en ninguna de las instancias han sido tomadas en consideración tales alegaciones, si bien la sentencia recurrida, aun reconociendo que al publicarse dicho año la agenda del crecimiento personal la demandada ya tenía conocimiento de la prohibición de la madre adoptiva para incluir las imágenes de su hija menor, ciertamente difusas y de difícil identificación para personas extrañas, no entra directamente a analizar estas alegaciones complementarias que se dicen introducidas en la audiencia preliminar por considerarla "*una cuestión nueva no alegada en la instancia*". Esta afirmación no ha sido objeto de ninguna tacha en el recurso correspondiente, que no es el de casación sino el de infracción procesal, en el que también tendría respuesta la omitida pretensión de cese de intromisiones posteriores que, por lo demás, serían la lógica consecuencia de una previa declaración de vulneración de derechos fundamentales, que no se ha producido en este caso.



QUINTO.- La desestimación de ambos recursos determina la imposición de las costas causadas a la recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394.1, en relación con el 398, ambos de la LEC .

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal y el de casación interpuestos por la representación procesal de Doña Nuria contra la sentencia de 21 de junio de 2011, dictada en grado de apelación, por la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, Sección 3ª, con expresa imposición de las costas causadas por ambos recursos a la parte recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y Rollo de apelación en su día remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **Francisco Marin Castan. José Antonio Seijas Quintana. Francisco Javier Arroyo Fiestas. Francisco Javier Orduña Moreno. Xavier O' Callaghan Muñoz .Firmado y Rubricado.** PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **José Antonio Seijas Quintana** , Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.