|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 300/1989 |
| Fecha | de 5 de junio de 1989 |
| Sala | Sección Segunda |
| Magistrados | Don Carlos de la Vega Benayas, don Luis López Guerra y don José Vicente Gimeno Sendra. |
| Núm. de registro | 1923-1988 |
| Asunto | Recurso de amparo 1.923/1988 |
| Fallo | Así, pues, y dándose la circunstancia prevista en el art. 50.1 c) de la LOTC, la Sección acuerda la inadmisión de la presente demanda y el archivo de las actuaciones, sin que haya lugar a pronunciarse acerca de la suspensión interesada. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito registrado el 28 de noviembre de 1988, don Francisco Alvarez del Valle. Procurador de los Tribunales, interpuso, en nombre y representación de Agencia EFE, S.A., y don Manuel Hernández de León, recurso de amparo contra la Sentencia de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca de 4 de febrero de 1987, dictada en el rollo núm. 300 de 1986 y confirmada por la de la Sala Primera del Tribunal Supremo recaída el 3 de noviembre de 1988 en el recurso de casación núm. 412/1987.

2. Los hechos que resultan de mayor interés en este proceso son los que a continuación se relatan:

A) El 1 de agosto de 1985 y en las instalaciones del Club La Mola, sito en Andraitx, de acceso público mediante el pago de entrada, el demandante señor Hernández de León, redactor gráfico de la Agencia EFE, realizó varias fotografías a doña María Elena Bestard Cid, auxiliar administrativa, quien se hallaba en «top-less».

B) Una de las fotografías se publicó, sin autorización expresa de la señora Bestard, en la página 18 del diario de Palma de Mallorca «Ultima Hora», como material proporcionado por el servicio Telefoto de la Agencia EFE, que acompañó el siguiente texto: «La bella danesa Abe Nilsson secándose el cabello después de tomar un baño en las cristalinas aguas de Camp de Mar.»

C) Presentada demanda por la señora Bestard contra la Agencia EFE, el señor Hernández de León y el diario «Ultima Hora» en defensa de su derecho fundamental a la propia imagen, fue desestimada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Palma de Mallorca, en Sentencia de fecha 16 de julio de 1986. Apelada tal decisión, resultó ésta revocada por la Audiencia Territorial en la Sentencia traída al presente proceso, que, además de absolver al periódico, condenó a los otros dos demandados, por intromisión ilegítima en aquel derecho, a cesar en la difusión de las fotografías tomadas a la señora Bestard en la ocasión referida y a indemnizar solidariamente a dicha señora, por el daño moral causado, en la suma de 500.000 pesetas.

En los fundamentos jurídicos de la Sentencia de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca se dice que en la fotografía publicada la imagen de la señora Bestard «no aparece como meramente accesoria de una información gráfica sobre un suceso o acontecimiento público, ya que se trata de un primer plano de la cara y de la parte del cuerpo superior de la cintura de la demandante, y como ésta no ejerce un cargo público ni una profesión de notoriedad o proyección pública..., es necesario para que tal captación fotográfica y sobre todo su publicación no constituya una intromisión ilegítima al (sic) derecho fundamental a su propia imagen que la actora haya otorgado consentimiento expreso a tal efecto». Alude a continuación la Audiencia a «la forma poco natural» en que aparece la imagen de la señora Bestard en la fotografía publicada, que «evidencia una clara actitud de posar para ser fotografiada», actitud que, «si bien puede estimarse como autorización al fotógrafo para que la fotografíe -la ley sin embargo exige consentimiento expreso-, es incuestionable sin embargo que al no constar ni poderse deducir lógicamente de lo actuado que dicha señora diera su consentimiento ni expreso ni tácito ni autorización alguna para que la citada captación fotográfica de su imagen fuese publicada..., es patente la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a su propia imagen de la actora».

3. En el escrito de demanda sostienen los solicitantes de amparo que la fotografía publicada evidencia la «abierta actitud de posar» de la señora Bestard, lo que equivale al otorgamiento del consentimiento expreso mencionado en el art. 2.2.º, de la Ley Orgánica 1/1982. Pero, además, «cuando se autoriza a un fotógrafo de prensa a que obtenga una fotografía, se le autoriza a su publicación y difusión, salvo que taxativamente se le haya prohibido hacerlo, cosa que no sucedió en el caso que ha dado origen a este recurso».

Por ello, la condena de que han sido objeto, afirman los actores, entraña la violación del art. 20.1 d) de la Constitución, en cuanto coarta la libertad de informar consagrada en el mismo, ya que difícilmente podrían contribuir a la preservación de esa sociedad libre de que habla la STC de 16 de marzo de 1981 (RA núm. 211/1980), si, al publicar una fotografía que es noticia, y para cuya obtención han sido autorizados, son castigados por intromisión ilegítima.

En consecuencia, suplican que por este Tribunal se les otorgue el amparo impetrado, declarando la nulidad de la Sentencia de la A.T. de Palma de Mallorca, así como la de la Sala Primera del Tribunal Supremo, por ser ambas contrarias a su derecho a informar, y reconociéndose expresamente que no hay intromisión ilegítima en la publicación de una fotografía obtenida en un lugar público cuando la persona fotografiada adopta una actitud de posar frente al fotógrafo.

Por otrosí, suplican igualmente los recurrentes la suspensión sin afianzamiento de la ejecución de la Sentencia impugnada, pues en otro caso podría ocasionárseles un daño irreparable por la imposibilidad de recuperar la cantidad a cuyo pago fueron condenados, dada la escasa solvencia de la señora Bestard. De otra parte, «la finalidad de la garantía constitucional que representa el recurso de amparo quedaría frustrada, puesto que, con la ejecución de la sentencia, el derecho garantizado se vería desprotegido».

4. Por providencia de 13 de febrero de 1989, la Sección acordó tener por interpuesto el presente recurso, así como, previamente a decidir sobre su admisión y de conformidad con lo prevenido en el art. 88 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), requerir de la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Palma de Mallorca y de la Sala Primera del Tribunal Supremo el envío de las correspondientes actuaciones. Con fecha del 16 de marzo siguiente, se extendió diligencia dando cuenta de la recepción de las actuaciones interesadas.

5. El pasado 3 de abril acordó la Sección, con arreglo a lo dispuesto en el art. 50.3 de la LOTC, conceder al Ministerio Fiscal y a los solicitantes de amparo un plazo común de diez días a fín de que alegasen lo que estimaran pertinente en relación con la existencia del siguiente motivo de inadmisión: carecer la demanda manifiestamente de contenido que justifique una decisión por parte de este Tribunal [art. 50.1 c) de la LOTC]. Los respectivos escritos de alegaciones fueron presentados el 19 de abril.

6. El Ministerio Fiscal interesa la inadmisión del recurso, estimando concurrente el supuesto contemplado en el art. 50.1 c) de la LOTC. En efecto, la demanda de amparo, observa el Fiscal, «carece de contenido constitucional porque los actores no plantean una violación de un derecho fundamental sino una cuestión de mera legalidad». Lo que hace la demanda es discrepar únicamente de la valoración probatoria realizada por la Audiencia y confirmada por el Tribunal Supremo en punto a estimar que no hubo consentimiento expreso para la publicación de la foto\_ Tal discrepancia, sin embargo, afecta a una materia que corresponde en exclusiva a los Tribunales ordinarios y no puede ser resuelta por el Tribunal Constitucional, que no es un tercera instancia. Además, la demanda «insiste en afirmar la existencia del consentimiento y trata de desautorizar la declaración del órgano judicial en este sentido, pero sin concretar el nexo causal entre la declaración de la existencia de ese consentimiento y la vulneración del derecho fundamental».

7. Para los actores, las Sentencias impugnadas, que les condenan por haber captado una imagen de la señora Bestard en actitud de posar, actitud que equivale a una autorización al fotógrafo para que la fotografiase, violan el art. 20.1 d) de la C.E., puesto que, al mediar autorización, la captación fotográfica no constituye intromisión ilegítima. Suplican por ello la admisión del recurso.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. Acuden los actores ante este Tribunal en solicitud de amparo del ejercicio de su derecho fundamental a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, reconocido en el art. 20.1 d) del Texto constitucional. Tal solicitud hallaría su razón de ser en la vulneración de aquel derecho en su sentir producida por la condena judicial de que fueron objeto como autores de una intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen de un tercero, intromisión que los actores estiman inexistente en función del consentimiento que ese tercero les habría otorgado en orden a la captación fotográfica y publicación periodística de su efigie.

2. Para la adecuada delimitación de la cuestión suscitada en el presente proceso, conviene observar, en efecto, que sus promotores no discuten aquí, frente a lo sucedido en la vía jurisdiccional ordinaria, el carácter privado de la persona fotografiada, ni alegan la índole meramente accesoria de la imagen de dicha persona en el contexto de una información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público, ciñéndose exclusivamente a aducir que no hubo intromisión ilegítima porque medió consentimiento y que, al no apreciarse así por el juzgador y condenarles, desconoció aquél la libertad informativa que les asiste en virtud del precitado art. 20.1 d) de la C.E.

Pues bien: centrado de este modo el asunto que nos ocupa, no cabe sino afirmar, antes de pronunciarnos acerca de la consistencia del motivo de amparo esgrimido, que, desde luego, en el supuesto de que el consentimiento repetido hubiera tenido lugar y, por consiguiente, la declaración judicial de intromisión ilegítima resultara improcedente, el derecho fundamental que los actores invocan -la libertad de información- se habría visto infringido. Ello porque la autorización de referencia excluye la idea misma de intromisión, la existencia de la cual no será de apreciación, a tenor de lo establecido en el art. 2.2 de 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 entre otros supuestos, «cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso».

Lo anterior no supone, sin embargo, que este Tribunal, situándose al margen de la prohibición que le dirige el art. 44.1 b) de la LOTC, pueda sustituir a los órganos judiciales en la constatación de un hecho como es la expresión del consentimiento mencionado, constatación que, con arreglo a las pruebas practicadas en el proceso judicial previo, sólo compete a tales órganos en el ejercicio de la potestad que les confiere el art. 117.3 de la C.E. Si dicho consentimiento se dio o no, en cuanto puro factum, no corresponde decidirlo al Tribunal Constitucional, el cual debe limitarse a verificar, cuando se cuestione en un recurso de amparo la corrección de una decisión judicial semejante, el carácter jurídicamente motivado, no arbitrario e irrazonable, de la misma.

En el caso que contemplamos, de otra parte, lo que los actores piden que enjuiciemos no es la apreciación judicial sobre el consentimiento legalmente preceptuado para la obtención de la fotografía publicada, toda vez que ese específico consentimiento existió, según criterio de la Audiencia, sino el rechazo por el juzgador a extraer del hecho del consentimiento prestado para la captación fotográfica la consecuencia de entender englobada en el mismo la autorización para publicar las imágenes captadas. No se trataría, así, de examinar en esta sede la constatación judicialmente realizada de la existencia o inexistencia de un factum (el consentimiento para publicar), lo que reduciría el papel del Tribunal a la función verificadora apuntada, sino la tesis judicial acerca del alcance del consentimiento otorgado para captar.

3. El supuesto de intromisión ilegítima por el que fueron civilmente condenados los actores se halla tipificado en el art. 7.5 de la Ley Orgánica 1/1982. De acuerdo con dicho precepto, tiene la consideración de intromisión ilegítima «la captación, reproducción o publicación por fotografía... de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos...».

No requiere esfuerzo especial alguno advertir que el legislador emplea las palabras «captación», «reproducción» y «publicación» para aludir a hechos diferentes, pues cada uno de esos sustantivos tiene un significado autónomo y de ninguna manera cabe considerarlos sinónimos. Mas no es ésta únicamente la cuestión, porque, aun tratándose de conceptos distintos, resulta asimismo evidente que entre ellos media una relación secuencial de producción, en el sentido de que el momento de la captación es lógicamente anterior a los momentos de la reproducción y de la publicación.

Pues bien, no cabe que este Tribunal entre a revisar los hechos probados por la Audiencia, que apreció que hubo consentimiento para la captación de fotografías, pero no para su publicación posterior. Tal apreciación aparece razonablemente fundada, sin atisbos de que resultase arbitraria o palmariamente incorrecta, sin que nos corresponda, en consecuencia sustituir al juzgador ordinario en la fijación de los hechos del caso.

ACUERDA

Así, pues, y dándose la circunstancia prevista en el art. 50.1 c) de la LOTC, la Sección acuerda la inadmisión de la presente demanda y el archivo de las actuaciones, sin que haya lugar a pronunciarse acerca de la suspensión interesada.

Madrid, a cinco de junio de mil novecientos ochenta y nueve.