

Roj: STS 3803/2015 - ECLI:ES:TS:2015:3803  
Id Cendoj: 28079110012015100475

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 2347/2013

Nº de Resolución: 498/2015

Procedimiento: Casación

Ponente: FRANCISCO MARIN CASTAN

Tipo de Resolución: Sentencia

## SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a quince de Septiembre de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo constituida por los magistrados indicados al margen, ha visto el recurso de casación interpuesto por el demandante D. Geronimo , representado ante esta Sala por la procuradora D<sup>a</sup> Isabel del Pino Peña, contra la sentencia dictada el 5 de junio de 2013 por la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Almería en el recurso de apelación nº 58/11 , dimanante de las actuaciones de juicio ordinario nº 620/09 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Almería, sobre protección del derecho fundamental a la propia imagen. Ha sido parte recurrida la entidad demandada "Ediciones El Jueves, S.A.", que ha comparecido ante esta Sala por medio del procurador D. Guillermo García San Miguel Hoover. También ha sido parte, por disposición de la ley, el Ministerio Fiscal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El 31 de marzo de 2009 se presentó demanda interpuesta por D. Geronimo contra la mercantil "Ediciones El Jueves, S.A." solicitando se dictara sentencia por la que *«se condene a la demandada a indemnizar a la parte actora -en razón de la popularidad del demandante- en la cantidad de treinta mil euros, que valora su daño moral, salvo mejor criterio del juzgador, y haciendo expresa imposición de las costas a la demandada»*.

**SEGUNDO.-** Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia nº 7 de Almería, dando lugar a las actuaciones nº 620/09 de juicio ordinario, conferido traslado al Ministerio Fiscal y emplazada la parte demandada, el Ministerio Fiscal presentó escrito de contestación a la demanda en el que expresó su voluntad de rechazar los hechos y fundamentos de derecho alegados hasta que los primeros no resultaran probados y, en cuanto a los segundos, hasta que no se acreditara su oportunidad; y la entidad demandada, "Ediciones El Jueves, S.A.", compareció y contestó a la demanda solicitando su íntegra desestimación con expresa imposición de costas al demandante, por considerar que los actos enjuiciados no lesionaban la propia imagen de aquel ya que se trató de un fotomontaje, que no permitía identificarlo, en el que se le maquilló el rostro para darle apariencia de un payaso -profesión digna- y que fue realizado con la única finalidad de criticar en clave humorística el descuido cometido días antes por D. Mariano Rajoy al referirse al desfile del Día de las Fuerzas Armadas como *«coñazo de desfile»*.

**TERCERO.-** Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, el magistrado- juez del mencionado Juzgado dictó sentencia el 17 de junio de 2010 desestimando íntegramente la demanda, absolviendo de la misma a la demandada e imponiendo las costas al demandante.

**CUARTO.-** Interpuesto por el demandante contra dicha sentencia recurso de apelación, que se tramitó con el nº 58/11 de la Sección 3<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Almería , esta dictó sentencia el 5 de junio de 2013 desestimando el recurso confirmando la sentencia apelada e imponiendo al apelante las costas de su recurso.

**QUINTO.-** Contra la sentencia de segunda instancia el demandante-apelante interpuso recurso de casación articulado en dos motivos: el primero por aplicación incorrecta de los arts. 7.5 y 8.2 de la LO 1/1982 y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta y el segundo por aplicación incorrecta del art. 20, apdos. 1 y 4, de la Constitución .

**SEXTO.-** Recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma ambas partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 25 de marzo de 2014. La parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso de casación interpuesto con imposición de costas al recurrente, y el Ministerio Fiscal presentó informe apoyando el recurso e interesando su estimación.

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 16 de julio del corriente año se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 2 de septiembre siguiente, en que tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Francisco Marin Castan,

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO .-** El demandante recurre en casación la sentencia de segunda instancia que, desestimando su recurso de apelación, confirmó el fallo absolutorio de primera instancia al no apreciar intromisión ilegítima en su derecho a la propia imagen por la publicación en la revista humorística «*El Jueves*» de un fotomontaje realizado a partir de una imagen del demandante mientras participaba en un desfile militar.

Los antecedentes más relevantes del litigio son los siguientes:

1. D. Geronimo demandó a la mercantil editora de la citada revista ("Ediciones El Jueves, S.A.") en ejercicio de acción de protección civil de su derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, solicitando una indemnización de 30.000 euros por daño moral. En apoyo de sus pretensiones adujo, en resumen, que en el número 1638 de la revista «*El Jueves*» correspondiente al mes de octubre de 2008, y también en su edición digital, se había publicado sin el consentimiento del demandante una fotografía suya que lo ridiculizaba, tratándose de una persona que gozaba de popularidad por su condición de cabo primero de la Legión con destino en la brigada de ese Cuerpo en la localidad almeriense de Viator y jefe de las escuadras de gastadores, encargados de honrar al Cristo de la Buena Muerte de Málaga mediante su participación en desfiles procesionales.

2. En su defensa, la empresa editora de la revista alegó, en síntesis, que la fotografía publicada era un fotomontaje realizado a partir de una imagen de medio torso de un militar durante un desfile, y que al publicarse se procedió a deformar totalmente el rostro del militar mediante un maquillaje sobrepuesto al estilo de los payasos o *clownes*, acompañado de un «*bocadillo*» con el texto «*todo sea por no aburrir a Rajoy*», tratándose por ello de un fotomontaje que no buscaba ofender al demandante: primero, porque la profesión de payaso es digna y, segundo, porque lo que se buscaba era «*ridiculizar el descuido del Sr. Rajoy*», quien en la víspera del desfile militar correspondiente al Día de la Hispanidad del 12 de octubre de 2008 había comentado «*Mañana tengo el coñazo del desfile; en fin, un plan apasionante*», palabras de las que se hicieron eco numerosos medios de comunicación.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda. Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: a) en una interpretación amplia de los derechos procesales debía admitirse que el demandante acompañara la fotografía original - manipulada por la publicación- en la audiencia previa, aun cuando debería haberlo hecho con su demanda; b) los derechos invocados por el actor (honor, intimidad y propia imagen) eran distintos -cada uno con un ámbito propio y reservado-, y puesto que de lo que se quejaba el demandante era de la manipulación de su rostro mediante «*una careta*» que le hacía parecer un payaso y que a su juicio le ofendía ante sus compañeros, la supuesta lesión afectaría únicamente a su derecho a la propia imagen; c) este derecho fundamental protege la información gráfica generada por los rasgos físicos personales, y en su aspecto positivo comprende el derecho a reproducir y publicar la imagen propia, mientras que en su aspecto negativo impide la obtención, reproducción o publicación por parte de un tercero, sin el consentimiento de su titular; d) de ahí que el demandante tuviera derecho a que su imagen desfilando apareciera en Internet («*Wikipedia*») sin «*careta*», porque esa imagen, como todas las publicadas en las revistas legionarias aportadas en la audiencia previa, realzan los valores del cuerpo militar al que pertenece; e) pero como el derecho a la propia imagen no es un derecho absoluto, debía ceder cuando entraba en conflicto con las libertades de expresión e información; f) en particular, debía ceder en este caso frente a la libertad de información ejercida por el medio demandado, dado el tono, el contexto jocoso en el que se usó («*desprovisto de agresividad difamatoria*») y la circunstancia de que dicha imagen fuese accesoria de la información, cuya finalidad fue «*burlarse de la frase del Sr. Rajoy*», no siendo en cualquier caso el demandante quien debió considerarse ofendido, tanto porque no era esa la finalidad del fotomontaje como porque en todo caso la ofensa habría afectado a las Fuerzas Armadas (y si el Ministerio de Defensa no promovió acción alguna, esto era indicativo de la escasa relevancia denigratoria de la imagen); g) también debía ceder frente a la libertad de expresión del medio demandado, pues se pretendió

criticar a una persona de notoriedad pública; h) el planteamiento del demandante de que su derecho a la propia imagen se había visto menoscabado por ser una persona conocida era una afirmación «*anecdótica*», pues por salir en desfiles militares no era un personaje público que pudiera ser conocido por todos los ciudadanos de una ciudad de 500.000 habitantes como Málaga, sino que, a lo sumo, podría ser reconocido y objeto de mofa por algún compañero; i) en todo caso se requería un esfuerzo exponencial para identificar los rasgos del demandante en el fotomontaje, ya que el maquillaje que cubría todo su rostro le hacía irreconocible, de manera que solo quien conociera la foto original podría asociar el fotomontaje con el rostro del demandante, por lo que dicho fotomontaje debía considerarse inocuo; j) de la demanda no resultaba con claridad si la pretensión del demandante era defender su propia imagen o la de las Fuerzas Armadas, y aunque el prestigio profesional forme parte del marco externo de transcendencia del derecho al honor, solo sería posible apreciar intromisión ilegítima si el ataque hubiera revestido un cierto grado o intensidad, lo que no era el caso porque no basta la crítica a la actividad profesional si no alcanza la descalificación injuriosa innecesaria, y esto no se producía por utilizar el atuendo de una profesión digna como la de payaso para criticar un desliz político.

4. La sentencia de segunda instancia, desestimando el recurso de apelación del demandante, confirmó el fallo de primera instancia razonando, en síntesis, lo siguiente: a) centrado el conflicto en el derecho a la propia imagen, no se ha producido intromisión ilegítima en el mismo porque (i) la parte demandante confunde este derecho con el derecho al honor y el derecho a la intimidad, que también dice vulnerado, (ii) no puede resultar afectada su propia imagen cuando a través del fotomontaje resulta imposible reconocerle más allá de identificar a un legionario cualquiera por su indumentaria militar y (iii) por el contexto jocoso de crítica a un desliz de un político como el Sr. Rajoy (de ahí que el fotomontaje se acompañe de un «*bocadillo*» con el texto «*todo sea por no aburrir a Rajoy*»); b) en consecuencia, se trata de una caricatura que no tiene cabida en el concepto de imagen del art. 18.1 de la Constitución.

5. Contra esta sentencia el demandante-apelante interpuso recurso de casación, que ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.1º LEC por referirse el procedimiento a derechos fundamentales.

6. El Ministerio Fiscal ha interesado su estimación.

**SEGUNDO** .- La resolución del presente recurso debe partir de los siguientes hechos:

1º) El día 11 de octubre de 2008, durante un acto político, el entonces presidente del Partido Popular, D. Mariano Rajoy Brey, se refirió a su proyectada asistencia a la parada militar del día siguiente, con motivo de la Fiesta Nacional, comentando «*Este domingo tengo el coñazo del desfile...; en fin, un plan apasionante*». Este comentario lo hizo cuando creía que los micrófonos se encontraban cerrados, pero un micrófono estaba conectado a un circuito interno que enlazaba con los medios de comunicación y estos se hicieron eco del comentario, publicándolo en sus respectivas ediciones.

2º) En su número 1638 la revista satírica «*El Jueves*», editada por la entidad demandada "Ediciones El Jueves, S.A.", publicó en su página 11 un recuadro o viñeta, que ocupaba el extremo izquierdo de los cinco recuadros o viñetas en que estaba dividida la maqueta de la página, con el título «*Coñazo*» y el texto «*Rajoy ha emitido un nuevo comunicado en el que dice que lo que de verdad es un auténtico coñazo es aguantar el chaparrón de críticas que le están cayendo por haber dicho que el desfile era un coñazo. Y luego ha añadido que tiene un "plan apasionante" para los próximos días: "me voy a largar al extranjero hasta que escampe"*» (esta última frase, en negrita). Justamente debajo aparecía la imagen de dos legionarios desfilando por las calles de una ciudad, el soldado de segundo plano sin distorsión alguna y el que ocupaba el centro de la imagen, en primer plano, con la zona de los ojos y la boca maquillada de blanco y perfil negro y los labios perfilados en rojo, al modo de los payasos del circo. A esta imagen en primer plano acompañaba un «*bocadillo*» con la leyenda «*Todo sea por no aburrir a Rajoy*». La página llevaba por título «*Nonoticiero*» y la integraban, además del referido fotomontaje, una fotografía del entonces presidente del Gobierno, Sr. Rodríguez Zapatero, con frases irónicas sobre la influencia de la banca, un chiste también relativo al comentario del Sr. Rajoy sobre el desfile y una caricatura del Rey D. Juan Carlos I con los Sres. Rodríguez Zapatero y Rajoy celebrando el final del desfile.

3º) En la imagen original, no distorsionada, el torso y el rostro del legionario en primer plano son los del demandante D. Geronimo, a la sazón cabo primero de la Legión destinado en la brigada *Alfonso XIII* con base en Almería, y a la fotografía podía accederse libremente en Internet. En aquella fecha (octubre de 2008), como jefe de las escuadras de gastadores, el Sr. Geronimo llevaba quince años consecutivos participando en diversos desfiles procesionales en honor del Cristo de la Buena Muerte de Málaga y había dirigido los relevos de la guardia en la iglesia de Santo Domingo, también de Málaga, acto que se celebra durante la Semana Santa de dicha localidad. La brigada «*Alfonso XIII*» de la Legión la integran unos 3.000 efectivos.

**TERCERO.-** El recurso de casación, interpuesto y admitido al amparo del art. 477.2-1º LEC , se compone de dos motivos.

El motivo primero se funda en infracción de los arts. 7.5 y 8.2 LO 1/1982 y de la doctrina jurisprudencial que los interpreta (con cita, entre otras, de las SSTS de 7 de mayo de 2012 , 24 de julio de 2012 , 28 de junio de 2012 y 22 de abril de 2013 ), y en él se alega, en síntesis, que no cabe duda de la pretensión ejercitada, centrada en la tutela de la propia imagen, y que dicho derecho ha sido vulnerado por haberse utilizado una imagen de la persona del demandante-recurrente sin su consentimiento, no tratándose de una caricatura que permita apreciar la excepción del art. 8.2 LO 1/1982 , sino de una fotografía manipulada cuya publicación no podía quedar amparada por los derechos a la libertad de expresión e información.

El motivo segundo se funda en infracción del art. 20, apartados 1 y 4, de la Constitución , y en él se alega, en resumen, que por muy jocoso que sea el propósito de la publicación este no quedaba amparado por la libertad de expresión, ya que se podía conseguir el mismo fin sin vulnerar la propia imagen del demandante.

La entidad demandada-recorrida, en su escrito de oposición al recurso, alega, en cuanto al motivo primero, que el derecho a la propia imagen se refiere a la semblanza física y no a la imagen espiritual o social cuya distorsión afecta al honor y que, así entendido, tal derecho fundamental no fue lesionado porque el tribunal de apelación acertó a la hora de considerar el montaje fotográfico como una caricatura (en concordancia con la doctrina de esta Sala fijada en sentencia de 7 de marzo de 2006 , que consideró una caricatura la representación de una persona mediante *collage* o montaje que unía su rostro verdadero con el cuerpo desnudo de otra mujer); y en cuanto al motivo segundo, porque en esas circunstancias, su publicación tenía cabida en la libertad de expresión, al ser «El Jueves» una «*revista satírica*» de «*crítica política y social acerba y descarnada*».

El Ministerio Fiscal ha interesado la estimación del recurso alegando, en síntesis, que el demandante podía ser identificado aunque solo fuera sus compañeros de Cuerpo, con sede en Almería, y que el género satírico de la revista no justifica sin más que se ponga una cara de payaso a un militar que desfilaba en cumplimiento de las funciones de su cargo.

**CUARTO.-** Procede examinar conjuntamente los dos motivos del recurso puesto que en ambos se cuestiona el juicio de ponderación realizado por el tribunal sentenciador.

El control en casación de dicho juicio de ponderación exige partir de la delimitación de los derechos fundamentales en conflicto, que, en este caso, sin duda son el derecho a la propia imagen y el derecho a la libertad de expresión. Dada la perspectiva del demandante resulta afectado su derecho a la propia imagen porque, aun cuando inicialmente hizo referencia también a su honor e intimidad, en su recurso de apelación se centró solamente ya en la tutela de su imagen, lo que ahora reitera en casación. Y desde la perspectiva de la editora demandada resulta afectada la libertad de expresión porque el fotomontaje que se dice ofensivo fue publicado en una revista de humor satírico, para sustentar la expresión de una opinión crítica, mordaz, sobre las palabras de D. Mariano Rajoy -entonces líder de la oposición y actual presidente del Gobierno de España- la víspera de un desfile militar al que había previsto asistir con ocasión del Día de la Hispanidad (12 de octubre de 2008).

Respecto al conflicto entre libertad de expresión y derecho a la propia imagen, la doctrina constitucional y la jurisprudencia de pertinente aplicación declaran, en síntesis, lo siguiente:

a) El Tribunal Constitucional (entre otras, en SSTC 231/1988 , 99/1994 , 117/1994 , 81/2001 , 139/2001 , 156/2001 , 83/2002 y 14/2003 ) caracteriza el derecho a la propia imagen 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*» y a «*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*». El derecho a la propia imagen se halla protegido en el artículo 18.1 CE y desarrollado en la LO 1/1982, 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 de la misma ley orgánica (por ejemplo, SSTS de 7 de mayo de 2012, rec. nº 1805/2010 , y 24 de julio de 2012, rec. nº 355/2011 ). Respecto de estas exclusiones, la jurisprudencia ha incardinado en el concepto de caricatura el montaje irónico elaborado a partir de una fotografía del rostro de una persona superpuesto sobre un cuerpo ajeno ( STS de 20 de julio de 2011, rec. nº 1745/2009 , «*manipulación de la imagen calificable como caricatura*» ), si bien el Tribunal Constitucional ( STC 176/1995 ) ha declarado -sobre lo que seguidamente se insistirá en referencia

al juicio de proporcionalidad- que en ocasiones la manipulación satírica de una fotografía puede obedecer a intenciones que no gozan de relevancia constitucional suficiente para justificar la afectación de los derechos reconocidos en el artículo 18 de la Constitución , por venir desvinculadas de los objetivos democráticos, en particular, *«cuando el propósito burlesco se utiliza como instrumento de escarnio y la difusión de imágenes creadas con la específica intención de denigrar o difamar a la persona representada»*. Finalmente cabe decir que el ámbito propio de protección del derecho a la propia imagen es la defensa frente a los usos no consentidos de la representación pública de la persona que no encuentren amparo en ningún otro derecho fundamental, muy destacadamente frente a la utilización de la imagen con fines puramente lucrativos a la que alude el artículo 7.6 de la LO 1/1982 .

b) El derecho a la propia imagen es un derecho fundamental autónomo respecto de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar, lo que constituye una peculiaridad de nuestro ordenamiento jurídico en comparación con otros de nuestro entorno y con el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950 para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales ( SSTS de 22 de febrero de 2006, rec. nº 2926/01 , y 9 de junio de 2009, rec. nº 2292/05 ), y se traduce en que si la publicación de la imagen de una persona afecta a su derecho a la propia imagen pero también a su derecho al honor o a su derecho a la intimidad, el desvalor de la conducta enjuiciada aumenta, como declara la sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003 , a medida que vulnere más de uno de estos derechos ( STS de 22 de enero de 2014, rec. nº 1305/2011 ).

c) La protección constitucional de este derecho se ciñe a la esfera moral y relacionada con la dignidad humana y con la garantía de un ámbito privado libre de intromisiones ajenas ( STC 81/2001 ), de modo que no alcanza a su esfera patrimonial, ya que el conjunto de derechos relativos a la explotación comercial de la imagen no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen que consagra el art. 18.1 de la Constitución ( SSTC 81/2001 y 156/2001 ). En todo caso, las posibles consecuencias patrimoniales del uso ilegítimo de la imagen ajena no obstan para su protección constitucional ( STC 23/2010 ).

d) Por no tener carácter absoluto, igual que el contenido positivo del derecho a la propia imagen delimita el alcance de la libertad de expresión, del mismo modo el derecho a la propia imagen se encuentra a su vez limitado por otros derechos y bienes constitucionales, en particular por el derecho a la comunicación de información y a las libertades de expresión y creación artística ( SSTC 81/2001 y 139/2001 ). En consecuencia, la libertad de expresión, referida a la emisión de juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones, comprensiva de la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige, constituye un límite del derecho a la propia imagen.

e) Como cualquier conflicto entre derechos fundamentales, debe resolverse mediante técnicas de ponderación constitucional teniendo en cuenta las circunstancias del caso y la posición prevalente que en abstracto tiene la libertad de expresión, más, si cabe, cuando es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción ( STS de 25 de marzo de 2015, rec. nº 1071/2013 ), además de que la prevalencia del derecho a la libertad de expresión sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho al honor y a la intimidad personal y familiar ( SSTS de 20 de julio de 2011, rec. nº 1745/2009 , 4 de diciembre de 2012, rec. nº 1181/2010 , 24 de julio de 2012, rec. nº 355/2011 , y 17 de diciembre de 2012, rec. nº 2229/2010 ), por cuanto *«con carácter general, en los casos de fotografías difundidas públicamente, el canon de relevancia que permite la afectación sobre el derecho a la propia imagen ha de ser necesariamente más tenue que el que faculta a una intromisión en los derechos al honor o la intimidad, en la medida en que es también menor la consecuencia lesiva sobre la dignidad que tiene en sí misma la mera reproducción gráfica de la representación externa de una persona ( ATC 176/2007, de 1 de marzo , FJ 2)»* ( STS de 20 julio de 2011, rec. nº 1745/2009 ).

f) Para que pueda subsistir en el caso concreto la preeminencia de la que goza en abstracto la libertad de expresión es necesario, de una parte, la concurrencia de interés general, es decir, que las expresiones, opiniones o juicios de valor emitidos - en este caso, por medio o sirviéndose de la imagen- afecten a una persona pública o vengan referidas a una cuestión de interés general o relevancia pública; y de otra, proporcionalidad en la comunicación de la crítica mediante la imagen ajena (o la creada a partir de esta), es decir, que no se trate de denigrar o difamar a la persona representada, debiendo tenerse en cuenta al respecto si la publicación de la imagen estaba justificada por los usos sociales.

En este sentido, la doctrina constitucional y la jurisprudencia de esta Sala vienen reconociendo la legitimidad de la información y opinión frívola, de espectáculo o entretenimiento, que puede llegar a ser algo más ácida para los personajes afectados que aquel género tradicional pero que hoy debe entenderse admisible

según los usos sociales que el art. 2.1 de la LO 1/1982 toma como uno de los factores que delimitan la protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen, sin que el buen gusto constituya un límite a la libertad de expresión ( STC 51/2008 ). El tratamiento humorístico o sarcástico de los acontecimientos que interesan a la sociedad constituye una forma de comunicación y crítica de los mismos que está ligada al ejercicio del derecho a la libertad de expresión, como forma de comunicación de ideas u opiniones, e incluso a la libertad de información, en la medida en que el tratamiento humorístico puede constituir una forma de transmitir el conocimiento de determinados acontecimientos llamando la atención sobre los aspectos susceptibles de ser destacados mediante la ironía, el sarcasmo o la burla (por ejemplo, SSTS de 17 de diciembre de 2010, rec. nº 1333/2007 , 5 de julio de 2011, rec. nº 110/2009 , y 20 de julio de 2011, rec. nº 1745/2009 ). Según la STC 23/2010 (citada por la STS de 5 de julio de 2011, rec. nº 110/2009 ), desde el punto de vista de la libertad de expresión la caricatura constituye, desde hace siglos, una de las vías más frecuentes de expresar mediante la burla y la ironía críticas sociales o políticas que, en tanto que elemento de participación y control público, resultan inescindibles de todo sistema democrático y coadyuvan a la formación y existencia de una opinión pública libre. Con frecuencia, «este tipo de sátira es una forma de expresión artística y crítica social que con su contenido inherente de exageración y distorsión de la realidad persigue naturalmente la provocación y la agitación» ( STEDH Vereinigung Bildender Künstler c. Austria, de 25 enero de 2007 , § 33) y, cuando así suceda, el uso manipulativo de la imagen ajena podrá constituir un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión en cuanto contribuya al mantenimiento de una opinión pública crítica y plural, como «condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al sistema democrático» ( SSTC 159/1986 y 77/2009 ). Sin embargo, el valor que para la formación de la opinión pública y la libre circulación de ideas puedan tener determinadas caricaturas, no implica que esta sea la única finalidad imaginable de tales creaciones. El artículo 8.2.b) de la LO 1/1982 condiciona precisamente la legitimidad del género a su adecuación al uso social, no dándose esa legitimidad cuando la publicación de la imagen no busca otro propósito que la ridiculización del personaje afectando a su honorabilidad. Por tanto, y como declara la STS de 24 de julio de 2012, rec. nº 1919/2010 (con cita de la STS de 14 de abril de 2000, rec. nº 2039/1995 ), por consustancial que sean al género satírico tanto la ridiculización del personaje y el tono jocoso o burlón como la brevedad y rotundidad del mensaje, acudir a ese género no borra ni elimina los límites que impone la protección del derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El art. 8.2 b) LO 1/1982 exige por ello que la utilización de la caricatura se adecue al uso social, y el Tribunal Constitucional aprecia intromisión ilegítima en un texto, historieta o cómic, pese a su tono jocoso o burlón, cuando el llamado *animus iocandi* o intención de bromear se utiliza «precisamente como instrumento del escarnio» ( STC 176/95 ).

**QUINTO.-** La aplicación de los criterios enunciados conduce a la desestimación de ambos motivos de casación por las siguientes razones:

1ª) Como recuerda la reciente STS de 12 de mayo de 2015, rec. nº 2859/2013 , el que el Tribunal Supremo, al resolver un recurso de casación en un litigio sobre vulneración de derechos fundamentales, no deba asumir acríticamente las valoraciones o calificaciones de los hechos realizadas en la instancia y cuando están en juego estos derechos fundamentales disponga en su labor de revisión de una mayor amplitud que cuando el objeto del recurso de casación versa sobre otros derechos y bienes jurídicos sin trascendencia constitucional, no significa que pueda prescindir injustificadamente de la base fáctica de la sentencia recurrida. De ahí que en este caso el juicio de ponderación deba respetar la declaración como hecho probado de que la imagen que se dice ofensiva consistió en un fotomontaje realizado a partir de una imagen real del demandante, mientras desfilaba con su uniforme de legionario, a la que se podía acceder libremente por Internet; que dicho fotomontaje consistió en la recreación de la imagen característica de un payaso de circo con el maquillaje habitual en ojos y boca; que este maquillaje sobre la imagen original del rostro del demandante impedía que este fuera reconocido por personas que no formaran parte de su círculo más íntimo o cercano; que el fotomontaje en cuestión fue insertado en una viñeta que ocupaba menos de una cuarta parte del espacio total de la página 11 del número en que se publicó; y en fin, que este correspondía al mes de octubre de 2008, en el que todos los años se celebra la Fiesta Nacional de España con el tradicional desfile militar, en aquella ocasión precedido de polémica por las palabras del entonces líder de la oposición, Sr. Rajoy, que literalmente se refirió al acto como «*coñazo del desfile*».

2ª) Estos hechos impiden apreciar lesión alguna del derecho a la propia imagen del demandante: en primer lugar, porque la jurisprudencia exige que el titular del derecho quede identificado o pueda serlo ( STS de 19 de julio de 2004, rec. nº 3735/2000 ), y aunque es cierto que la posibilidad de identificación no se mide en relación con la reconocibilidad por un círculo mayor o menor de personas, «*bastando incluso que lo sea en el ámbito más íntimo familiar o de allegados*» ( STS de 31 de mayo de 2010, rec. nº 1651/2007 ), la

STS de 30 de enero de 1.998 exigió que las representaciones de la persona faciliten su reconocibilidad «de modo evidente y no dubitativo o por aproximaciones o predisposiciones subjetivas», lo que no acontece en el presente caso porque la fotografía original, conformada por el torso y el rostro del demandante, fue manipulada superponiendo un maquillaje de payaso de tal modo que su rostro quedó oculto prácticamente en su totalidad; en segundo lugar, porque dicha imagen fue accesoria e instrumental de la finalidad esencial de exponer, en forma humorística, burlesca, propia del género de la revista, una opinión o idea crítica sobre una cuestión cuyo interés general era evidente -por razón de la notoriedad pública y del cargo político de la persona implicada (Sr. Rajoy)-; en tercer lugar, porque el acceso a la imagen del demandante era público y libre a través de Internet, tratándose de una fotografía captada en un lugar y en un acto públicos, elemento este que, unido a los dos anteriores, determina que no pueda considerarse desproporcionada la utilización de la imagen del demandante para exponer públicamente a los lectores de «El Jueves» la crítica propia del género burlesco al comentario del líder de la oposición. Si la crítica a este comentario se pretendía expresar de forma mordaz, picante, siempre en clave de humor -en suma, de la forma que todo lector podía esperar por el género satírico que caracteriza a esta conocida publicación-, en modo alguno puede considerarse descabellado, ni menos aún orientado a vulnerar los derechos fundamentales del demandante, que se utilizara la imagen de un payaso (aunque fuese generada mediante un fotomontaje), por tratarse de una profesión que todo el mundo identifica con la diversión y el espectáculo bufo, y en esta línea iba el texto del «bocadillo». En este contexto era irrelevante que se usara la imagen del demandante o la de otro legionario, porque lo que buscaba el medio de comunicación era que el lector pudiera identificar el desfile militar con un espectáculo divertido que desmintiera el comentario del líder de la oposición, en el que claramente se centraba la carga crítica de la viñeta sin afectar ni a la persona del demandante ni a la Legión ni a las Fuerzas Armadas en general.

En tales circunstancias, debe primar el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho a la propia imagen del recurrente, cuya vulneración no se aprecia porque el uso de su imagen manipulada, que prácticamente impedía su identificación, fue accesorio de la opinión crítica, irónica y mordaz que se quería expresar sobre un asunto de interés general, tratándose de una utilización proporcionada y adecuada a los usos sociales que en ningún caso tuvo por finalidad la ridiculización del personaje ni su profesión.

**SEXTO.-** La desestimación de los dos motivos comporta la desestimación del presente recurso de casación.

Las costas del mismo se deben imponer al recurrente, de conformidad con el artículo 398.1 LEC en relación con su artículo 394.1, y conforme al apdo. 9 de la D. Adicional 15ª LOPJ procede la pérdida del depósito constituido.

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

## FALLAMOS

1º.- **DESESTIMAR EL RECURSO DE CASACIÓN** interpuesto por D. Geronimo , contra la sentencia dictada el 5 de junio de 2013 por la Sección 3ª de la Audiencia Provincial de Almería en el recurso de apelación nº 58/11 .

2º.- Confirmar la sentencia recurrida.

3º.- E imponer las costas del recurso a cada parte recurrente, con pérdida del depósito constituido.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

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. Jose Antonio Seijas Quintana.. Antonio Salas Carceller .Francisco Javier Arroyo Fiestas. Firmada y rubricada.. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Francisco Marin Castan, 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.