

Tribunal Supremo

TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 682/2020 de 15 diciembre

RJ\2020\4912



DERECHO A LA PROPIA IMAGEN: INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: ESTIMACIÓN: divulgación física y digital con fines exclusivamente publicitarios o comerciales de un espectáculo musical mediante carteles con la imagen (en fotomontaje) del demandante, conocido exmatador de toros, acompañada de expresiones que lo ridiculizaban: utilización de su imagen sin haber obtenido previamente su consentimiento para tal fin; **DERECHO AL HONOR:** INTROMISIÓN ILEGÍTIMA: ESTIMACIÓN: escarnio del demandante, mediante la propia composición fotográfica y unos textos que, integrados en el cartel, centraban la atención del espectador en adicciones, reviviendo así un episodio de su vida por el que ya había cumplido condena: atentado a su dignidad, **INDEMNIZACIÓN:** 40.000 euros: condena ajustada a las circunstancias.

ECLI:ECLI:ES:TS:2020:4217

Jurisdicción:Civil

Recurso de Casación 1623/2019

Ponente:Excmo Sr. Francisco Marín Castán

El TS desestima el recurso de casación interpuesto por la demandada «Editorial Mong S.L.» contra la sentencia dictada el 17 de enero de 2019, por la sección 18 de la Audiencia Provincial de Madrid, que confirmó la sentencia de primera instancia, estimatoria de la demanda deducida contra el recurrente en casación.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 682/2020

Fecha de sentencia: 15/12/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 1623/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/12/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Procedencia: Audiencia Provincial de Madrid, sección 18.^a

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: CVS

Nota:

CASACIÓN núm.: 1623/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 682/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Francisco Javier Arroyo Fiestas

D.^a M.^a Ángeles Parra Lucán

D. José Luis Seoane Spiegelberg

En Madrid, a 15 de diciembre de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la demandada Editorial Mong S.L., representada por el procurador D. Juan de la Ossa Montes bajo la dirección letrada de D.^a Susana Alegre Martín, contra la [sentencia dictada el 17 de enero de 2019 \(PROV 2019, 111818\)](#) por la sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º 525/2018, dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 1391/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alcobendas sobre tutela civil de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen. Ha

sido parte recurrida el demandante D. Cayetano, representado por la procuradora D.^a Silvia Urdiales González bajo la dirección letrada de D. Enrique Trebolle Lafuente. También ha sido parte, por disposición de la ley, el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Francisco Marín Castán.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

El 18 de noviembre de 2016 se presentó demanda interpuesta por D. Cayetano contra Editorial Mong S.L. solicitando se dictara sentencia con los siguientes pronunciamientos:

"1. Se declare la VULNERACIÓN, por parte de la demandada "Ediciones Mong, S.L." del DERECHO AL HONOR de D. Cayetano, al amparo del [art. 7.7](#) de la [Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo \(RCL 1982, 1197\)](#), y de conformidad con lo prevenido en el [artículo 18.1](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#).

"2. Se declare la VULNERACIÓN, por parte de la demandada "Ediciones Mong, S.L." del DERECHO A LA PROPIA IMAGEN de D. Cayetano, al amparo del [art. 7.6](#) de la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, y de conformidad con lo prevenido en el [artículo 18.1](#) de la Constitución Española.

"3. Se condene a la demandada a que abone al demandante una indemnización de CUARENTA MIL EUROS (40.000 €), por los daños y perjuicios causados al Sr. Cayetano, incluyéndose intereses y costas, incluidos los de la demandante.

"4. Se condene a los demandados a CESAR en la intromisión ilegítima en el Derecho al Honor y a la propia Imagen del demandante, D. Cayetano, absteniéndose en lo sucesivo de explotar y utilizar de cualquier modo y por cualquier otro medio conocido, incluido Internet, las imágenes "fotomontaje" objeto de la presente demanda (vid. DOCS. TRES a SEIS adjuntos), tanto en su propia página como en la página web como en los perfiles de Redes Sociales dependientes o vinculados a "EDITORIAL MONG, S.L." o a su nombre o marca comercial "MONGOLIA".

"5. Se condene a "EDITORIAL MONG, S.L." a DIFUNDIR y, por tanto, PUBLICAR a su costa, en la página web la Sentencia de condena que se dicte en el presente procedimiento a partir del día siguiente a su notificación y por un periodo de tiempo igual a aquel en que hubiere estado difundiendo en dicha página web el fotomontaje a que se refiere la presente demanda, así como en cualquier otra dirección web vinculada o dependiente de la demandada "EDITORIAL MONG, S.L."

"6. Se condene a "EDITORIAL MONG, S.L." a RETIRAR, a su costa, los carteles

anunciadores que incluyen la imagen fotomontaje objeto de la presente demanda, que han sido colgados por orden de la demandada en diferentes lugares de la vía pública de la Ciudad de Cartagena (Murcia).

"7. Se condene en COSTAS a la demandada "EDITORIAL MONG, S.L."".

SEGUNDO.-

Repartida la demanda al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de Alcobendas, dando lugar a las actuaciones n.º 1391/2016 de juicio ordinario, emplazada la parte demandada y dado traslado de la demanda al Ministerio Fiscal, este contestó a la demanda interesando se dictara sentencia con arreglo al resultado de las pruebas practicadas, y la demandada contestó a la demanda solicitando su desestimación con imposición de costas al demandante.

TERCERO.-

Recibido el pleito a prueba y seguido por sus trámites, la magistrada-juez del mencionado juzgado dictó sentencia el 8 de marzo de 2018 el con el siguiente fallo:

"Que estimando la demanda interpuesta por Doña Silvia Urdiales González, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de DON Cayetano contra EDITORIAL MONG S.L.:

"1.- Se declara la declaración de vulneración por la demandada del derecho al honor y vulneración de la propia imagen de Don Cayetano.

"2.- Se condena a la demandada al abono de 40.000 euros al actor por daños y perjuicios, con los intereses establecidos en el Fundamento Jurídico Segundo.

"3.- Se condena a la demandada a que cese en la intromisión ilegítima contra el honor y la propia imagen referenciada absteniéndose en lo sucesivo a explotar y utilizar cualquier medio modo, incluido internet, las imágenes de fotomontaje objeto de la demanda, en su página web así como en la página web www.revistamongolia.com , y en los perfiles de las redes sociales dependientes o vinculados a Editorial Mong, S.L. o al nombre o marca comercial de Mongolia.

"4.- Se condena a la demandada a difundir y publicar a su costa en la web www.revistamongolia.com la presente sentencia de condena una vez devenga firme, por un periodo de tiempo igual a aquel en que hubiere estado difundiendo dicha página web el fotomontaje referido, así como a cualquier otra dirección web vinculada o dependiente de la demandada (perfiles de Facebook, twitter o redes sociales de la revista).

"5. Se condena a la demandada a retirar a su costa los carteles anunciadores que recogen la imagen del fotomontaje referenciado que queden en las vías públicas de Cartagena.

"Se imponen las costas a la parte demandada".

CUARTO.-

Interpuesto por la demandada contra dicha sentencia recurso de apelación, al que se opusieron tanto el demandante como el Ministerio Fiscal y que se tramitó con el n.º 525/2018 de la sección 18.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, esta dictó sentencia el 17 de enero de 2019 desestimando el recurso y confirmando la sentencia apelada, con imposición de las costas de la segunda instancia a la apelante, si bien aclaró lo siguiente:

"[...] sin perjuicio de que procediendo adecuar de oficio el fallo a su fundamentación jurídica, se dispone que la difusión y publicidad de la sentencia de condena dictada lo sea únicamente del fallo de la misma".

QUINTO.-

Contra la sentencia de segunda instancia la demandada-apelante interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 1.º del [art. 477.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) articulado en dos motivos con los siguientes enunciados:

"I.- MOTIVO PRIMERO.- Al amparo del Artículo 477-2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del [Artículo 20.1 a\)](#) de la [Constitución Española \(RCL 1978, 2836\)](#) y [Artículo 8.2 b\)](#) de la [Ley Orgánica 1/82 \(RCL 1982, 1197\)](#), ambos en relación con el [Artículo 18.1](#) de la Constitución Española, por inadecuada ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto".

"II.- MOTIVO SEGUNDO.- Al amparo del Artículo 477-2.1º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, infracción del [Artículo 18.1](#) de la Constitución Española y [Artículo 9.3](#) de la Ley Orgánica 1/82 de la Protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen, por excesiva fijación de la cuantía indemnizatoria por compensación de daños morales".

SEXTO.-

Recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes mencionadas en el encabezamiento, el recurso fue admitido por auto de 11 de septiembre de 2019, a continuación de lo cual la parte recurrida presentó escrito de oposición solicitando la desestimación del recurso con imposición de costas a la parte recurrente y el Ministerio Fiscal interesó la desestimación del recurso.

SÉPTIMO.-

Por providencia de 23 de noviembre 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 9 de diciembre siguiente, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

El presente recurso de casación se interpone en un proceso sobre tutela de los derechos fundamentales al honor y a la propia imagen que la sentencia recurrida, confirmando la de primera instancia, considera vulnerados por haberse publicitado un espectáculo musical mediante carteles con la imagen (en fotomontaje) del demandante, un conocido exmatador de toros, acompañada de expresiones que lo ridiculizaban. La editorial demandada, hoy recurrente, discrepa del juicio de ponderación del tribunal sentenciador alegando la preeminencia de la libertad de expresión, que dice comprensiva de la crítica a personajes públicos a través del humor irónico o sarcástico.

Son antecedentes relevantes para la decisión del recurso los siguientes:

1. Constan probados o no se discuten estos hechos:

1.1. Con la finalidad de publicitar un espectáculo musical que se iba a celebrar por la noche del sábado 12 de noviembre de 2016 en la ciudad de Cartagena (Murcia), la entidad Editorial Mong S.L. (en adelante EM), propietaria de la revista humorística "Mongolia", elaboró y autorizó la difusión de un cartel titulado "Mongolia Musical 2.0" que mostraba un fotomontaje conformado por la cara del exmatador de toros Cayetano y el cuerpo de un extraterrestre sosteniendo entre sus manos un cartel con el texto "antes riojanos que murcianos" y diciendo "Estamos tan a gustito...", todo ello sobre un fondo en el que se veía un platillo volante en un paisaje aparentemente no terráqueo y acompañado de la leyenda "Viernes de dolores...sábados de resaca".

1.2. En ningún momento el Sr. Cayetano autorizó el uso de su imagen para tal fin.

1.3. El cartel se difundió ampliamente, tanto en soporte material -varios fueron colocados en las zonas más frecuentadas del centro de Cartagena-, como en soporte digital -mediante su publicación en la página web de la revista (www.revistamongolia.com) y en sus cuentas en las redes sociales "Facebook" y "Twitter"-. Por esta campaña EM obtuvo en torno a 1000 euros mensuales de beneficios.

1.4. En la fecha de los hechos (noviembre de 2016), Cayetano, natural de

Cartagena, era una persona de reconocida notoriedad social, fundamentalmente por haber sido un célebre matador de toros y haber estado casado con la igualmente célebre cantante Crescencia, ya fallecida por entonces, y también, aunque en menor medida, por su estancia en prisión tras ser condenado como responsable de un delito de homicidio imprudente y otro de conducción temeraria con niveles de alcohol muy superiores a los permitidos.

2 El 18 de noviembre de 2016 el Sr. Cayetano promovió el presente litigio contra EM interesando se declarase la vulneración de su honor (con cita del [art. 7.7 LO 1/1982 \(RCL 1982, 1197\)](#)) y su propia imagen (con cita del [art. 7.6 LO 1/1982](#)) por parte de la demandada y, en consecuencia, se condenara a esta última a indemnizar al demandante en 40.000 euros por daño moral, a cesar en la intromisión, a publicar a su costa la sentencia de condena y a retirar a su costa los carteles mediante los cuales se cometió la intromisión.

En síntesis y por lo que ahora interesa, alegaba: (i) que había llegado a su conocimiento la colocación en distintas zonas de Cartagena y la difusión en Internet de los referidos carteles; (ii) que tanto el fotomontaje (para el que se había usado su imagen sin su consentimiento) como los textos tenían únicamente "el fin inmediato de lograr la burla y el escarnio", puesto que no tenían que ver con la proyección pública derivada de su actividad profesional; (iii) que ni la libertad ideológica ni la de expresión amparaban "la manipulación incontestada de la imagen de una persona con el fin de servirse de ella para crear un fotomontaje manifiestamente atentatorio al honor e imagen", ni el uso de la imagen para fines puramente lucrativos; y (iv) en fin, que la demandada buscó "obtener rédito económico de la vejación, burla y escarnio de la imagen" del demandante.

3. El Ministerio Fiscal se remitió al resultado de la prueba, si bien en fase de conclusiones interesó la estimación íntegra de la demanda.

EM pidió la desestimación de la demanda alegando, en lo que interesa: (i) que si bien autorizó el uso de la imagen del demandante, la editorial solo era responsable de la difusión del cartel en su página web, pero no de la colocación de carteles en distintas zonas de Cartagena; (ii) que en cualquier caso debía considerarse prevalente la libertad de expresión, pues los carteles seguían el tono de crítica satírica que caracterizaba a la revista "Mongolia", en la que era habitual el uso de caricaturas y de fotomontajes similares de personajes públicos; y (iii) que tampoco se había vulnerado la imagen del demandante, ya que su difusión no tenía una finalidad comercial.

Con su escrito de contestación a la demanda acompañaba otros carteles

realizados por ella misma para promocionar otros eventos o espectáculos similares, en los que se había utilizado la imagen de personas con incuestionable proyección pública.

4.- La sentencia de primera instancia, estimando íntegramente la demanda, declaró la vulneración de los derechos del demandante al honor y a la propia imagen.

Sus razones fueron, en síntesis, las siguientes: (i) la imagen del demandante fue usada, sin su consentimiento, no con una finalidad crítica, sino exclusivamente con fines comerciales (promoción de un espectáculo) mediante la burla sobre su persona, aprovechando su reciente salida de la cárcel y su notoriedad pública, mayor si caben en su ciudad natal; (ii) la indemnización solicitada era proporcionada teniendo en cuenta la difusión física (por el centro de Cartagena) y digital de los carteles (la web de la revista editada por la demandada tenía un público potencial de 300.000 personas); y (iii) también eran procedente acordar el resto de medidas solicitadas en la demanda al amparo del [art. 9.2](#) LO 1/1982.

5.- La sentencia de segunda instancia desestimó el recurso de apelación de la demandada y condenó en costas a la apelante.

Sus razones son, en síntesis, las siguientes: (i) aunque la libertad de expresión ampara el uso de caricaturas, no siempre el empleo de imágenes de este tipo responde a una finalidad crítica legítima, sino que a veces obedece a intenciones que carecen de protección constitucional por la falta de interés público, como el escarnio, la difamación o denigración del afectado (se cita y extracta en este sentido la [STC 23/2010, de 27 de abril \(RTC 2010, 23\)](#)); (ii) esto es lo que acontece en el presente caso, porque la demandada autorizó que se difundieran exclusivamente con fines publicitarios y a cambio de un beneficio económico de unos 1000 euros mensuales unos carteles en los que se incluyó una "composición fotográfica" formada a partir de la imagen del demandante (que fue usada y divulgada sin su consentimiento), que, junto con los textos que la acompañaban, constituía una "verdadera ofensa gráfica" no amparada por una intención crítica sobre persona de proyección pública; (iii) ni siquiera el hecho de que el demandante hubiera estado en la cárcel es óbice para llegar a la anterior conclusión, pues "ya había cumplido la pena que le había sido impuesta por el hecho cometido"; (iv) la indemnización acordada es adecuada porque en la sentencia apelada se tomaron en consideración las bases legales, en particular que han sido dos los derechos fundamentales vulnerados, el contexto temporal y espacial en el que fue realizado el cartel y el grado de difusión alcanzado, tanto por medios digitales como físicamente mediante su colocación en calles del centro de Cartagena, ciudad natal del demandante; y (v) la publicación de la sentencia también resulta procedente, si bien, para ajustar el fallo de la sentencia apelada a su

fundamentación jurídica, limitada al fallo de la misma.

6.- Contra la sentencia de segunda instancia la demandada interpuso recurso de casación al amparo del ordinal 1.º del [art. 477.2 LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#) articulado en dos motivos, en el primero de los cuales se cuestiona el juicio de ponderación del tribunal sentenciador. Tanto la parte recurrida como el Ministerio Fiscal han pedido la desestimación del recurso con imposición de costas a la recurrente.

SEGUNDO.-

El motivo primero se funda en infracción de los arts. 20.1 a) de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#) y 8.2 b) de la [LO 1/1982 \(RCL 1982, 1197\)](#), ambos en relación con el art. 18 de la Constitución, "por inadecuada ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto".

En su desarrollo se alega, en síntesis, que la recurrente es una editorial caracterizada por servirse de la sátira y de la caricatura como forma de expresión, y que en este caso, como había hecho anteriormente, usó un "cartel informativo" para promocionar un espectáculo musical sirviéndose de la imagen en caricatura de un personaje público vinculado con la ciudad en la que se iba a celebrar, todo ello no con el ánimo lucrativo que le atribuye la sentencia recurrida sino en ejercicio de su libertad de expresión, en clave humorística, con una legítima finalidad crítica social y/o política respecto de un personaje público que había sido condenado por conducir bajo los efectos del alcohol y que, tras salir de la cárcel, seguía siendo referente para muchas personas que parecían olvidar la gravedad de los hechos por los que fue condenado, sin que ninguna de las expresiones que acompañaron a la caricatura (algunas metafóricas y otras creadas por el propio afectado) tuvieran suficiente entidad lesiva para considerar vulnerado su derecho al honor, al margen de que pudieran ser más o menos afortunadas.

El demandante-recurrido se ha opuesto al motivo alegando, en síntesis y en lo que interesa, que el juicio de ponderación del tribunal sentenciador es conforme a Derecho porque la demandada "creó, utilizó y difundió" el fotomontaje del demandante no para informar o expresar una opinión crítica hacia su persona o comportamiento (pues en el cartel nada se decía sobre el Sr. Cayetano), sino únicamente "para fines promocionales o publicitarios" de un espectáculo musical con el que EM se lucraba, lo que constituye una intromisión ilegítima en el derecho fundamental a la propia imagen (art. 7.6LO 18/1982 SIC) porque el demandante no consintió que se hiciera ese uso de ella, y también una intromisión ilegítima en su honor, tanto por el carácter ofensivo de la imagen en sí como por venir acompañada

de frases de inequívoco sentido vejatorio y degradante, de todo lo cual podía haberse prescindido para publicitar dicho espectáculo.

El Ministerio Fiscal también ha interesado la desestimación del recurso razonando, en síntesis, que los carteles con el fotomontaje se usaron con el único fin de publicitar un espectáculo lúdico, como era un concierto; que desde la perspectiva del derecho al honor, en todo caso la imagen del demandante y los comentarios que la acompañaban eran insultantes y vejatorios "al ofrecer una imagen grotesca del actor, ridiculizándole en su persona, para provocar hilaridad y escarnio, siendo absolutamente innecesario para dar publicidad a un concierto", por lo que no se trató de una crítica razonable sobre un asunto de relevancia pública que contribuyera a formar la opinión pública; y en cuanto al derecho a la propia imagen, que la intromisión resultaba del hecho de usarla únicamente para fines comerciales sin contar con el previo consentimiento del titular.

TERCERO.-

La jurisprudencia más pertinente para resolver este motivo es la que, en relación con las intromisiones ilegítimas en el derecho a la propia imagen, aparece sintetizada en las [sentencias de esta sala 209/2020, de 29 de mayo \(RJ 2020, 1537\)](#), y [127/2020, de 27 de febrero SIC \(RJ 2020, 512\)](#), incorporando la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia y, en particular, la que sobre el uso de fotomontajes en tono jocoso se expone en las [sentencias de esta sala 185/2006, de 7 de marzo \(RJ 2006, 1579\)](#), 592/2011, de 12 de septiembre, 588/2011, de 20 de julio, 498/2015, de 15 de septiembre, [498/2015, de 15 de septiembre \(RJ 2015, 3990\)](#), [544/2016, de 14 de septiembre \(RJ 2016, 4822\)](#), y [35/2017, de 19 de enero. \(RJ 2017, 29\)](#).

1. Desde una perspectiva general, la [sentencia 127/2020 \(RJ 2020, 512\)](#) recuerda que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 7, apdos. 5 y 6, de la [LO 1/1982 \(RCL 1982, 1197\)](#) en relación con los apdos. 2 y 3 del art. 2 del mismo texto legal, el derecho fundamental a la propia imagen permite a cada individuo "controlar la captación, reproducción, publicación y, en definitiva, la utilización por terceros de los rasgos o atributos identificativos de su persona e impedir que tales actuaciones se realicen sin su consentimiento, salvo en aquellos casos permitidos por la ley. El art. 18.1 de la Constitución, al que las normas legales transcritas sirven de desarrollo, al reconocer el derecho a la propia imagen, atribuye a la persona un derecho subjetivo sobre estos atributos o manifestaciones externas de su personalidad (la imagen, la voz o el nombre), con lo que le garantiza una esfera de poder exclusivo sobre este ámbito". En suma, está orientado 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" (sentencia 498/2015, con cita de las SSTC 231/1988, 99/1994, 117/1994, 81/2001, 139/2001, 156/2001, 83/2002 y 14/2003).

Por su parte la sentencia 498/2015 recuerda que 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 que 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 \(RJ 2014, 14\)](#) , rec. nº 1305/2011)".

La misma sentencia 498/2015 insiste en 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", y, en línea con esto último, puntualiza que "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)". A su vez, la sentencia 127/2020 precisa que no existe óbice para encuadrar en el ámbito de actuación propio del derecho fundamental a la propia imagen la pretensión dirigida al cese de la utilización pública no consentida de la imagen del demandante, más allá de que pueda responder a posibles motivaciones económicas.

La [sentencia 127/2020 \(RJ 2020, 512\)](#) también recuerda que "el "consentimiento expreso" que exige el [art. 2.2](#) de la Ley Orgánica 1/1982 para que no se aprecie la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido por el derecho fundamental se exige no solo para la captación, sino también, de modo diferenciado, para la difusión pública de la imagen, pues el consentimiento debe venir referido a cada acto de intromisión (sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo 131/2006, de 22 de febrero)", y la [sentencia 588/2011 \(RJ 2011, 6138\)](#) , que "la ponderación entre los derechos en conflicto debe efectuarse teniendo en cuenta si la publicación está justificada por los usos sociales. Debe valorarse la conducta previa del afectado por la difusión no consentida de la propia imagen como ocurre cuando la propia y previa conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el

descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o el público que puedan colisionar con él".

2. Sobre los fotomontajes de tono burlesco, ya la [sentencia 185/2006 \(RJ 2006, 1579\)](#) consideró que una caricatura puede consistir en un fotomontaje o composición fotográfica, aunque no fuera lo ocurrido entonces porque el rostro era el de la demandante, sin deformación alguna, unido al cuerpo de otra mujer de una forma tan perfecta que los dos elementos de la composición parecían pertenecer a la misma persona.

La ya citada [sentencia 498/2015 \(RJ 2015, 3990\)](#) recordó que "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 \(RJ 2011, 6138\)](#), rec. nº 1745/2009, "manipulación de la imagen calificable como caricatura")", y que el Tribunal Constitucional (STC 176/1995) ha declarado 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, dice la sentencia 498/2015, "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".

En este sentido, la también citada [sentencia 588/2011 \(RJ 2011, 6138\)](#) apreció intromisión ilegítima en el honor y en la propia imagen de una política por haberse usado la imagen de su rostro para un fotomontaje en la que se unía al cuerpo de una modelo desconocida que posaba semidesnuda, razonando que aunque "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. Sin embargo, el [artículo 8.2.b\)](#) de la LO 1/82 condiciona precisamente la legitimidad del género a su adecuación al uso social". Y posteriormente la [sentencia 544/2016, de 14 de septiembre \(RJ 2016, 4822\)](#), sobre un fotomontaje con la cara del demandante, perteneciente a la carrera fiscal, y el cuerpo de un conocido humorista a la entrada de un edificio judicial, consideró que dicha composición, más que una caricatura, constituía "un verdadero insulto gráfico [...] sin ninguna finalidad de crítica política y

social".

CUARTO.-

De aplicar la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta al motivo examinado se desprende que este debe ser desestimado por las siguientes razones:

1.^a) Aunque la parte recurrente insiste en que la finalidad del fotomontaje era expresar una crítica respecto del demandante, atendiendo según dice a su mayor exposición a la misma dada su incuestionable notoriedad social debida tanto a su trayectoria profesional como a distintos avatares relacionados con su vida personal, especialmente su estancia y posterior salida de prisión, esa supuesta intención crítica no se refleja en el cartel enjuiciado, pues la composición fotográfica en la que se pretendía centrar la atención del público no se integraba en ningún artículo informativo o de opinión sobre el demandante (esto es, dirigido a comunicar hechos veraces de interés general sobre su persona o a expresar valoraciones subjetivas o juicios de valor en torno a su persona o comportamiento) sino que, como declaran las sentencias de las dos instancias, se usó única y exclusivamente para publicitar un espectáculo musical y, por lo tanto, como mero reclamo para vender entradas y buscando el beneficio económico de EM.

2.^a) En consecuencia, la intromisión ilegítima en la propia imagen del demandante resulta en este caso patente, conforme al [art. 7.6 LO 1/1982 \(RCL 1982, 1197\)](#), ante la probada utilización de su imagen para un fin publicitario sin haber obtenido previamente su consentimiento para tal fin.

3.^a) Dadas las características del fotomontaje y los textos que lo acompañaban, la publicación del cartel enjuiciado constituyó además una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, lo que aumenta el desvalor de la conducta enjuiciada, pues se hizo escarnio del demandante, en su día figura del toreo, mediante la propia composición fotográfica y unos textos que, integrados en el cartel, centraban la atención del espectador en la adicción del demandante a las bebidas alcohólicas, reviviendo así un episodio de su vida por el que ya había cumplido condena, y en definitiva atentando contra su dignidad.

A este respecto procede recordar que, según el inciso segundo del art. 25.2 de la [Constitución \(RCL 1978, 2836\)](#), "el condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la Ley penitenciaria", de tal forma que la condena penal, sea cual sea la pena impuesta y aunque se trate de penas privativas de libertad, no priva al condenado de sus derechos fundamentales, en particular del

derecho a la dignidad (art. 10 de la Constitución) "que constituye no solo la base del derecho fundamental al honor, sino también, como recuerda la [sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de marzo de 2018 \(TEDH 2018, 27\)](#), caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España , el fundamento de una sociedad democrática y plural" ([sentencia 290/2020, de 11 de junio \(RJ 2020, 1808\)](#)).

QUINTO.-

El motivo segundo se funda en la infracción del [art. 9.3 LO 1/82 \(RCL 1982, 1197\)](#) en relación con el art. 18.1 de la Constitución, y cuestiona la cuantía de la indemnización por excesiva.

Alega, sucintamente, que es desproporcionada por no haberse probado la difusión física y digital de los carteles y desconocerse durante cuánto tiempo estuvieron expuestos y el ámbito espacial de su publicación, entendiéndose la recurrente que el tribunal sentenciador atribuye una excesiva relevancia al hecho de que el demandante fuese natural de Cartagena y al de que los carteles se distribuyeran físicamente por esta ciudad, sin valorar que ya entonces tenía su residencia en Alcobendas y llevaba décadas sin ejercer su profesión en su localidad natal.

La parte recurrida se ha opuesto alegando que no procede revisar la cuantía de la indemnización, porque es proporcionada al daño sufrido y se han seguido los parámetros legales sin incurrir en error patente ni arbitrariedad manifiesta, y que en ambas instancias se ha razonado sobre las circunstancias que la justifican, en particular el contexto temporal y espacial y la elevada difusión del fotomontaje, tanto a través de medios digitales, incluyendo redes sociales con un elevado número de potenciales destinatarios (300.000 personas en el caso de la página web de la revista "Mongolia"), como de cartelería distribuida por todo el centro de Cartagena.

El Ministerio Fiscal también se ha opuesto al motivo alegando que han sido dos los derechos fundamentales vulnerados y que para la cuantificación del daño moral causado por la intromisión ilegítima se han seguido los parámetros del [art. 9.3 LO 1/1982](#), "que no impone una valoración específica y autoriza una apreciación conjunta" de todas las circunstancias, como efectivamente llevó a cabo la sentencia recurrida en su fundamento de derecho tercero.

SEXTO.-

Como reitera la [sentencia 359/2020, de 24 de junio \(RJ 2020, 2194\)](#):

"Es doctrina jurisprudencial constante y reiterada que la fijación de la cuantía de la indemnización por daño moral en procesos por derechos fundamentales corresponde a los tribunales de instancia, cuya decisión ha de respetarse en casación salvo que no

se hubiera atendido a los criterios legales que establece el [art. 9.3](#) de la [Ley Orgánica 1/1982 \(RCL 1982, 1197\)](#) o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción (p. ej. sentencias 689/2019, de 18 de diciembre, y 641/2019, de 26 de noviembre)".

En aplicación de esta doctrina el motivo ha de ser desestimado porque no puede prosperar en casación una pretensión de revisión únicamente sustentada en apreciaciones particulares de la parte recurrente que no se compadecen con los hechos probados y que soslayan interesadamente que si el tribunal sentenciador hizo suya la cuantía fijada por la sentencia de primera instancia fue únicamente tras concluir que en su fijación se habían respetado los parámetros legales, valorándose adecuadamente todas las circunstancias del caso, incluido el contexto en que se llevó a cabo la difusión de los carteles, y la efectiva gravedad de la lesión producida pues, además de ser dos los derechos fundamentales vulnerados, se tomó en especial consideración para valorar la entidad del daño la importante difusión de los carteles, que no solo se distribuyeron físicamente por las calles del centro de la ciudad natal del extorero, en coherencia con su finalidad publicitaria en las zonas más concurridas, sino que también se difundieron ampliamente por Internet, tanto a través de la propia página web de la revista, con un público potencial reconocido por los propios gestores de la misma de unas 300.000 personas, como en redes sociales tan conocidas y de tanta repercusión como Facebook o Twitter.

En definitiva, la circunstancia de que el demandante hubiera dejado de residir en Cartagena desde mucho tiempo atrás no podía borrar su vinculación con una ciudad a la que se le asocia como figura del toreo que fue y por sus lazos familiares.

SÉPTIMO.-

Conforme a los arts. 487.2 y 398.1 en relación con el 394.1, todos de la [LEC \(RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892\)](#), procede confirmar la sentencia recurrida e imponer las costas a la recurrente, que conforme al apdo. 9 de la d. adicional 15.^a [LOPJ \(RCL 1985, 1578, 2635\)](#) perderá el depósito constituido.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º-

Desestimar el recurso de casación interpuesto por la demandada Editorial Mong S.L. contra la [sentencia dictada el 17 de enero de 2019 \(PROV 2019, 111818\)](#) por la sección 18.^a de la Audiencia Provincial de Madrid en el recurso de apelación n.º

525/2018.

2.º-

Confirmar la sentencia recurrida.

3.º-

E imponer las costas a la recurrente, que perderá el depósito constituido.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.