

AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Don JOSE ANDRÉS CAYUELA CASTILLEJO, Procurador de los Tribunales, y de EDITORIAL MONG, S.L, representación que acredito con copia de escritura de poder que acompaño, testimoniada que lo sea, ante el Tribunal Constitucional comparezco y, como mejor en Derecho proceda, DIGO:

Que conforme a lo dispuesto en el art. 44.1 de la Ley Orgánica de este Tribunal, interpongo RECURSO DE AMPARO CONSTITUCIONAL contra la Sentencia de fecha 15 de diciembre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en recurso de casación 1623/2019, así como de la Sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2019 (recurso de apelación núm. 525/2018) y de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcobendas de 8 de marzo de 2018, recaída en el procedimiento ordinario (derecho al honor, intimidad, imagen y cualquier otro derecho fundamental – 249.1.2) 1391/2016, por violación del derecho fundamental a la libertad de expresión, reconocido en el artículo 20.1.a) de la Constitución.

I. PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD DEL RECURSO

1. El derecho que se estima violado, derecho a la libertad de expresión, reconocido en el 20.1.a) de la Constitución, es protegible en este proceso, conforme a lo dispuesto en el art 53.2 de la Constitución y 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal.
2. Se ostenta legitimación, conforme a lo dispuesto en el art. 46.1 de la Ley Orgánica del Tribunal, habiéndose cumplido el agotamiento de los recursos utilizables en vía judicial, en cumplimiento de su art. 44.1.
3. El recurso de amparo se entabla en relación a resolución judicial no susceptible de ulterior recurso ordinario o extraordinario en vía judicial, conforme a las normas reguladoras del procedimiento.

Habiéndose denunciado en el procedimiento la vulneración del derecho a la libertad de expresión de la recurrente, no se ha interpuesto el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el art. 241 LOPJ frente a la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (ATC 293/2014, de 10 de diciembre, FJ 2).
4. El recurso cumple las exigencias de postulación y dirección letrada que previenen los arts. 49.2 y 81 de la Ley del Tribunal.

II. FUNDAMENTOS PROCEDIMENTALES

Único. El presente recurso se tramitará conforme a lo dispuesto en los arts. 48 a 52 de la citada Ley Orgánica 2/1979, respecto del que serán de aplicación supletoria los preceptos de la Ley Orgánica del Poder Judicial y Ley de Enjuiciamiento Civil en las materias respecto de las que el artículo 80 LOTC hace remisión expresa.

III. ESPECIAL TRASCENDENCIA CONSTITUCIONAL DEL RECURSO

En el presente recurso concurre el requisito de especial trascendencia constitucional (art. 50.1.c) LOTC) pues plantea un problema o afecta a una faceta de un derecho fundamental sobre el que no hay doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, de 25 de junio, FJ 2, a)]. Y lo hace desde una doble perspectiva.

En primer lugar, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de enfrentarse hasta el momento a un caso de conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de información, por una parte, y los derechos fundamentales al honor y la propia imagen, por otra, cuando el derecho a la libertad de expresión se ejerce mediante el uso de la sátira y de la caricatura.

La Sentencia 23/2010, de 27 de abril, resolvió un caso sobre el conflicto libertad de expresión y derecho a la propia imagen, y estableció doctrina sobre cómo realizar la preceptiva ponderación de los derechos constitucionales en conflicto.

Pero esta sentencia no puede considerarse como adecuado elemento de contraste para el caso que se plantea. Primero, porque el caricaturizado no se limita a considerar vulnerado su derecho a la propia imagen, sino también, y, sobre todo, su derecho al honor. Segundo, porque en el presente caso (a diferencia del resuelto por la STC 23/2020), la imagen caricaturizada de un personaje público tiene un tono humorístico - que es propio de todas las acciones (revistas, espectáculos, carteles...) de la editorial demandante - como un medio para analizar la actualidad, hacer crítica política y social y, de este modo, contribuir al debate en la sociedad.

El segundo aspecto novedoso del presente caso y que el da la requerida trascendencia constitucional es que exige extender el alcance de la protección de la libertad de expresión a los mensajes publicitarios. Esta cuestión ha sido abordada por el Tribunal Supremo en una Sentencia de 15 de enero de 2012 (asto. *Mitsubishi*), así como por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Ernst August Von Hannover v. Germany* (núm 53649/09), Sentencia de 7 de febrero de 2012, sin que el Tribunal al que nos dirigimos haya tenido ocasión de considerar.

I. HECHOS

1. Editorial MONG, S.L. es responsable y titular del portal web Mongolia y de la revista *Mongolia*. En abril de 2012, con motivo de la publicación de su primer número, la revista se presenta del siguiente modo:

“*Mongolia* es una revista satírica de periodicidad mensual que nace en uno de los peores momentos tanto en lo económico y lo social como en lo que respecta a los medios editados en papel.

Sin embargo, lejos de considerarlos desalentadores, esos hechos son para nosotros un aliciente. Consideramos que el humor es el mejor antídoto ante las dificultades y el papel un soporte de comunicación que aún tiene mucho recorrido si se sabe explotar en sintonía con los nuevos soportes digitales.

Durante los últimos años, mientras que el humor ha ido ganando adeptos en medios como la televisión, las cabeceras dedicadas a ese género casi han desaparecido de los kioscos españoles. Hay que remontarse varias décadas en el tiempo para encontrar ejemplos de cabeceras similares, como *La Codorniz*, *Hermano Lobo*, *El Papus* o *El Jueves*.

Mongolia viene a ocupar ese espacio haciendo cada mes un análisis de la actualidad, la sociedad y la política desde un punto de vista satírico y humorístico.

Además de su espíritu lúdico, *Mongolia* es también una revista de información seria y veraz que aspira a ganarse un espacio de referencia en el periodismo de nuestro país tomando como modelo lo que *Le Canard Enchaîné* ha conseguido en Francia”.

Recientemente, en el portal web *Mongolia* (<https://www.revistamongolia.com/novedades>), a raíz precisamente de la Sentencia del Tribunal Supremo 682/2020, de 15 de diciembre de 2020, la revista ha iniciado un proceso de *crowdfunding* y, buscando colaboraciones, se define así:

“*Mongolia* es un proyecto satírico que, como la totalidad de las empresas, cobra por su oferta cultural, que adopta formas diversas: edita una revista, estrena obras de teatro, produce espacios televisivos, publica libros, etc. (...). *Mongolia* nació en 2012 con el objetivo explícito de ayudar a ensanchar el espacio de la libertad de expresión en España para homologarla a las democracias más avanzadas”.

2. Editorial *Mongolia* produce a su vez *Mongolia. El Musical 2.0*, un varieté cómico, que el 12 de noviembre de 2016 se celebró en el teatro Circo, de Cartagena. Debe indicarse que la producción de espectáculos o la organización de conferencias y actos culturales diversos es una práctica habitual en los medios de comunicación españoles, al que han recurrido, por ejemplo, *El País*, *ABC* o *La Razón* como una forma de continuar la labor de difusión de información.

Pues bien, con motivo de la celebración en Cartagena del citado espectáculo se editaron unos carteles con un fotomontaje que fueron descritos por la Sentencia de instancia: “En la visualización del contenido de dicho cartel se reconoce claramente la imagen de don José María Ortega Cano en un cuerpo de extraterrestre que sostiene un cartel con el siguiente contenido: <antes riojanos que marcianos>. En el fondo de la imagen un platillo volante y un paisaje lunar. En el fotomontaje se incluye también la leyenda <viernes de dolores, sábado de resaca>” (FD 1).

3. El Sr. Ortega Cano interpuso demanda en defensa de su derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen, por entender que el cartel se hizo “sin conocimiento previo, sin autorización, sin vinculación de la imagen con la temática del evento”. Del mismo modo, el Sr. Ortega Cano

considera que “la proyección pública del acto no ampara el uso indiscriminado de su imagen”, de la que se ha hecho “burla”, habiéndose obtenido rendimiento económico con la vejación y burla de la imagen”.

Por su parte, Mongolia reconoce que efectivamente elaboró el cartel de promoción del espectáculo a celebrar en Cartagena el día 12 de noviembre de 2016. Que la edición de estos carteles “para informar sobre las ciudades y fechas donde se celebran los próximos espectáculos” forma parte de sus actividades y que, en consecuencia, estos carteles tienen la misma línea satírica de todas sus actividades”. En suma, la editorial Mong considera que, mediante esta actuación ha hecho uso de su libertad de expresión y que no ha vulnerado la imagen del Sr. Ortega Cano.

4. El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcobendas dictó Sentencia el día 8 de marzo de 2018.

La Sentencia afirma que se produjo la vulneración del derecho al honor y a la propia imagen del Sr. Ortega Cano. Para alcanzar esta conclusión el Juzgado atendió la percepción del Sr. Ortega Cano y de los dos testigos de la actora según la cual la imagen del Sr. Ortega “resultaba ofensiva y ridiculizaba su personalidad”. El Juzgado considera, asimismo, que esta imagen del actor se realizó “para provocar exclusivamente la burla sobre su persona”, sin querer hacer crítica política o social alguna. Además, para el Juzgado “el hecho de que el cartel se publicara en un contexto próximo a su salida de la cárcel en su propia tierra natal acentúa la burla, humillación y ofensa a su imagen”.

Con apoyo en la doctrina del Tribunal Supremo (Sentencia de 14 de septiembre de 2016 en relación con un fotomontaje con caricatura de personaje público), el Juzgado sostiene que acudir al género satírico “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”. Finalmente, recurriendo en esta ocasión a la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala que “en ocasiones la manipulación satírica de una fotografía puede obedecer a intenciones que no gozan de relevancia constitucional suficiente”.

Tras referirse a estas sentencias, el Juzgado afirma que ha sido ocurrido en este caso, en el que “se ha utilizado la imagen ajena para promocionar un negocio propio” (FJ 1 *in fine*).

En consecuencia, el Juzgado condena a la editorial Mong a indemnizar al Sr. Ortega Cano con 40.000 euros, abstenerse de utilizar las imágenes del fotomontaje objeto de controversia, publicar en su página web la sentencia cuando devenga firme y retirar los carteles anunciadores que recogen la imagen del demandante.

Para caracterizar los carteles como violación del derecho a la propia imagen y del derecho al honor del Sr. Ortega, así como para cuantificar la indemnización correspondiente, el Juzgado tuvo en cuenta que no sólo se difundieron por internet, sino que también fueron colgados por la ciudad de Cartagena. Para sostener esta conclusión – que la editorial Mong niega – el Juzgado se apoyó en el testimonio de dos testigos de la actora.

5. La editorial Mong interpuso recurso de apelación que fue desestimado por Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2019.

La Sala inadmitió el primer motivo del recurso de apelación (que argumentaba que el Juzgado había incurrido en un error en la valoración de la prueba - los dos testimonios - que le llevaron a afirmar que los carteles se habían distribuido por Cartagena) porque la parte recurrente, contrariamente a lo establecido por el art. 459 LEC, no citó las normas infringidas.

A continuación, la Sala procedió a considerar si en el presente caso concurría algún interés público protegido por la Constitución que justificara la publicación de la referida imagen del Sr. Ortega en el cartel publicitario. Considerando que este interés público no existió, la Sala entiende lesionado el derecho al honor y a la propia imagen del demandante. Ciertamente – afirma el FJ 2 de la Sentencia -, “la composición fotográfica del cartel es una verdadera ofensa gráfica producida a partir de la imagen real del rostro del Sr. Ortega Cano y las expresiones que forman parte del cartel un juicio crítico respecto de dicha persona que deben ser calificadas de desafortunadas”. Acto seguido, la Sala adelanta el auténtico objetivo del fotomontaje: “dar publicidad del musical y fomentar la curiosidad del espectador, de forma que acudieran el mayor número de personas a verlo y de esta manera obtener el mayor beneficio económico (FJ 2). Finalmente, no se atendió la solicitud de la apelante de que se redujese la cuantía de la indemnización.

6. Se interpuso recurso de casación, que fue desestimado por Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 2020.

Para el Tribunal Supremo el fotomontaje no respondía a una crítica política y social, pues no se integraba en ningún artículo informativo o de opinión sobre la demandante (...), sino que “se usó exclusivamente para publicitar un espectáculo musical y, por lo tanto, como mero reclamo para vender entradas y buscando el beneficio económico de EM”.

De lo anterior dedujo que, tratándose de un fotomontaje para un fin publicitario, debió obtenerse previamente el consentimiento del afectado. Esta circunstancia supuso una intromisión ilegítima en la propia imagen del demandante.

Por otra parte, para el Tribunal Supremo “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” (FJ 4). La consideración de estas circunstancias llevó a la Sala a entender que la cuantía de la indemnización no resultaba excesiva ni desproporcionada (FJ 5).

II. FUNDAMENTOS JURÍDICO-SUSTANTIVOS

1. Como se ha expuesto, Editorial MONG, S.L. desarrolla un proyecto satírico de carácter plural. Es responsable y titular del portal web Mongolia y de la revista *Mongolia*, que se distribuye en los kioscos y en formato digital, es productora de obras de teatro, produce espacios televisivos, publica libros, etcétera. El uso de la sátira y el humor como análisis de la actualidad, la sociedad y la política y como medio de crítica al poder y el ejercicio de la libertad de expresión a través de todos los medios de comunicación posibles son los dos aspectos que caracterizan la actividad de Editorial Mong, S.L.

Por eso, los tribunales que han conocido de este asunto han errado al valorar la edición del cartel en cuestión como un hecho aislado, encaminado a promocionar un espectáculo, con fines comerciales.

En las diversas instancias se ha expuesto que no era así, que, por el contrario, Mongolia es un proyecto singular, único, cuyas actividades deben concebirse como expresiones de la misma actividad de crítica satírica. Y que en este contexto deben enjuiciarse tanto el espectáculo *Mongolia. El Musical* como el cartel sobre los que trata este asunto.

En efecto, el espectáculo *Mongolia. El Musical 2.0* que se presentó en Cartagena el 12 de noviembre de 2016 no es sino una representación – una más – de una revista que se presenta en diversas localidades y fechas y que forma parte del varieté satírico producido por la revista *Mongolia*. Esta comedia contiene “gags, vídeos, chifladuras” que se renuevan constantemente para actualizar la labor de crítica del proyecto (<https://teatrosluchana.es/cartelera/mongolia-el-musical-2-0>). Prueba del alto contenido satírico que caracteriza el espectáculo es que es “un musical sin música”. En otras palabras, *Mongolia. El Musical 2.0* celebrado en Cartagena en 2016 no es un simple “espectáculo musical” (STS FJ 4), “un musical” (SAP FJ 3), “un espectáculo, una actividad mercantil” (SJPI FJ 1); también es un ejercicio de crítica política y social, y de opinión.

Lo mismo ocurre con el cartel objeto de controversia: el cartel no tiene exclusivamente la finalidad de “promocionar un negocio jurídico” (SJPI FJ 1) o de “publicitar que iba a tener lugar el 12/11/2016 el musical *Mongolia* en Cartagena” del que se obtendría beneficio (SAN FJ 2). El cartel no “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” (STS FJ 4).

Ciertamente, la promoción del espectáculo *Mongolia. El Musical 2.0* era uno de los fines del cartel, pero tanto el musical como el propio cartel o la revista en que se difundió son parte de un proyecto satírico que no se puede cuartear. Tanto es así que el cartel – que, en efecto, es un reclamo publicitario para el espectáculo musical – es también un ejercicio de sátira y crítica autónomo.

2. Así se ha expuesto en todas las instancias. A modo de ejemplo, en el escrito de interposición del recurso de apelación presentado ante la Audiencia Provincial de Madrid (pp. 6 y 7) puede leerse:

“Mi mandante utilizó la caricatura para efectuar una crítica social concreta, tan legítima como es evitar que caigan en el olvido situaciones socialmente sensibles y de interés público, como son los accidentes de circulación en determinadas circunstancias.

En el ejercicio del derecho a la libertad de expresión manifestó su opinión, entendiendo reprochable que un personaje público como el Sr. Ortega Cano fuera aplaudido y vitoreado por su vuelta a los ruedos cuando hacía menos de un año que había salido de la cárcel por conducción temeraria con resultado de homicidio imprudente.

La fecha en que se elaboró el cartel satírico, en noviembre de 2016, coincide con la presencia del apelado en todos los medios de comunicación (TV, revista de corazón, diarios, etc.) anunciando su paternidad; tres meses antes se había realizado una campaña publicitaria muy importante, con repercusión también en radio, TV, prensa rosa, anunciando la reaparición en los ruedos del apelado en la plaza de toros de Benidorm, cuando no hacía ni un año que había salido de la cárcel, después de haber cumplido una condena de 13 meses y un régimen de tercer grado por conducción temeraria y homicidio imprudente.

No es cierta pues la información contenida en la Sentencia recurrida en la que se afirma que no se empleó la imagen del Sr. Ortega Cano con una finalidad de crítica política o social, puesto que la publicación utiliza la imagen del actor para provocar un pensamiento crítico en el lector”.

Este planteamiento había sido expuesto ante el Juzgado de Primera Instancia en nuestras alegaciones y fue reiterado por los testimonios de los Sres. Eduardo Mesa, Darío Adanti y Fernando Rapa, creativos de *Mongolia*, en el acto de la vista.

3. Y, sin embargo, como se ha indicado, no fue tomado en consideración por los tribunales que han conocido del caso. Para ellos el cartel no es más que un acto de promoción comercial, un acto publicitario, que, en consecuencia, debe permanecer ajeno a la libertad de creación artística, de crítica y de expresión.

Conviene considerar en primer lugar el contenido del cartel pues, como podrá advertirse, era un ejercicio de crítica satírica, una expresión artística no supeditada únicamente al reclamo publicitario. Lo explicó el Sr. Eduardo Mesa en el acto de la vista:

“El cartel era una crítica social, surgieron diversas noticias referentes al Sr. Ortega Cano, su vuelta a los ruedos se celebró con muchísima algarabía frente al delito que había cometido, eso a nosotros nos llamó muchísimo la atención, y por eso utilizamos esa sensación de sentirnos “marcianos”, es una idea creativa que se enmarca dentro de una crítica social propia de una revista satírica; la sátira sobre el Sr. Ortega se realizó porque en los últimos meses había tenido noticias relevantes (...)”.

En el mismo sentido, el Sr. Fernando Rapa se refirió al fotomontaje con las siguientes palabras:

“la figura del Sr. Ortega como marciano es un chiste, muy simple. Nos parecía de marcianos su vuelta a los ruedos. Pero además es un chiste de niños, en lugar de murciano / marciano, no es nada hiriente”.

Todas estas cuestiones fueron obviadas por los tribunales de instancia, apelación y casación que, desde el primer momento asumieron que no había crítica social ni creación en el cartel, tan sólo un acto publicitario y puramente mercantil.

Se solicita del Tribunal Constitucional que realice cuando realice la ponderación exigida tenga en cuenta este aspecto – esencial en el cartel, esencial en la actividad de Mongolia, presente en todas sus actuaciones -, que ha sido obviado (sin explicación) por la justicia ordinaria.

Como el propio Tribunal Constitucional recordaba en su Sentencia 50/2010, de 4 de octubre, FJ 3, así puede hacerlo:

“Nos encontramos, por tanto, ante un conflicto entre los derechos fundamentales a la libertad de expresión y a la libertad de información y el derecho fundamental al honor.

Como punto de partida debe señalarse que hemos recordado, entre otras en la STC 139/2007, de 4 de junio, FJ 5, que la función de este Tribunal en los casos de colisión de derechos fundamentales sustantivos no se limita a examinar la suficiente motivación de las resoluciones judiciales frente a los que se demanda su amparo desde el prisma del art. 24 CE. En el ejercicio de su competencia como garante máximo de los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional, en supuestos como el presente, debe resolver el eventual conflicto entre el derecho a comunicar información veraz o el de expresarse libremente y el derecho al honor, determinando si, efectivamente, se han vulnerado aquellos derechos atendiendo al contenido que constitucionalmente corresponda a cada uno de ellos, aunque para este fin sea preciso utilizar criterios distintos de los aplicados por los órganos judiciales, ya que sus razones no vinculan a este Tribunal ni reducen su jurisdicción a la simple revisión de la motivación de las resoluciones que hayan pronunciado”.

4. Los tribunales que han conocido del caso han afirmado – según se ha adelantado – que el cartel es un acto de mera publicidad o un acto con una finalidad puramente comercial. Y de esta consideración del cartel como reclamo publicitario han derivado ciertas consecuencias:

- La intromisión ilegítima en la propia imagen del demandante resulta patente, pues estamos ante la probada utilización de su imagen para un fin publicitario sin haber obtenido previamente, como era obligado (art. 7.6 LO 2/1282), su consentimiento para tal fin.
- 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.

O más claramente:

“Aunque la parte insiste en que la finalidad del fotomontaje era expresar una crítica respecto del demandante (...) 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 entrada y buscando el beneficio económico de EM”.

En otras palabras, si el fotomontaje en cuestión se hubiera utilizado como portada de la revista o como soporte gráfico de un artículo de periódico, los tribunales no hubieran advertido la vulneración de los derechos a la propia imagen y al honor del Sr. Ortega Cano. Al emplearse como cartel publicitario (dada la naturaleza comercial del anuncio publicitario), ya no es así.

Cabrá recordar que esta afirmación de la Sala Primera del Tribunal Supremo no concuerda con su jurisprudencia, en concreto, con su importante Sentencia de 15 de enero de 2010 (RJ 2010/415), asunto *Mitsubishi*, en la que, atendiendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, adscribe el mensaje publicitario al marco de protección que las normas constitucionales de las sociedades democráticas reconocen a las libertades de información, opinión e, incluso, creación artística. En concreto, el Tribunal Supremo afirma (FJ 5):

“El hecho de que la actividad publicitaria sea una manifestación del ejercicio de la libertad de empresa y, desde otro punto de vista, el que su fin no sea, necesariamente, formar criterio sobre los tradicionalmente considerados asuntos públicos - políticos, sociales, culturales...- no justifica, como se había entendido por algunos, negar a los mensajes comerciales acceso al ámbito de regulación cuyo núcleo representa el artículo 20 de la Constitución Española. Una negativa en tal sentido no sólo sería contraria al efecto que hay que atribuir a Tratados que forman parte de nuestro ordenamiento - artículos 10, apartado 2 y 96, apartado 1, de la Constitución Española -, sino que carecería de apoyo en el citado artículo 20, el cual no distingue entre contenidos merecedores del amparo especial que ofrece, mediante la tutela del ejercicio de la libertad en los ámbitos que contempla, a la dignidad de los ciudadanos”.

Este mismo FJ 5 incluye otro razonamiento que interesa destacar: no se puede establecer una discriminación en términos de protección de la libertad de expresión “en función de cuál sea la materia objeto de la comunicación”, pues generaría “inseguridad”, ya que la realidad es “multiforme - hay informaciones de contenido supuestamente trascendente que no tienen otro fin que el meramente publicitario (...)”.

La realidad es, pues, multiforme y así lo demuestra el presente caso: el cartel tiene una finalidad publicitaria y al mismo tiempo cumple una función crítica social. El cartel forma parte de la actividad de crítica y opinión desarrollada por Mongolia a través de diferentes medios y, por consiguiente, entra en la órbita del artículo 20 de la Constitución Española. Es ejercicio de la libertad de expresión.

Por último, es preciso referirse a la Sentencia, de 19 de febrero de 2015, dictada por el TEDH en el caso *Ernst August Von Hannover v. Germany* (núm 53649/09), directamente relacionada con la relación entre publicidad y ejercicio de la sátira.

El caso se refería a la negativa de los tribunales nacionales alemanes a dar prioridad a los derechos de la personalidad de Ernst August von Hannover, una figura pública de la realeza alemana, sobre el derecho a la libertad de expresión de British American Tobacco (Germany) GmbH. Esta empresa tabaquera había lanzado una campaña publicitaria satírica de cigarrillos en la que aparecían los dos nombres del demandante sin su consentimiento y en la que se aludía a sus altercados físicos, de los que se habían hecho eco los medios de comunicación.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró que el Tribunal Federal de Justicia alemán había logrado un justo equilibrio entre los intereses en conflicto al dar prioridad al derecho a la libertad de expresión de la empresa, a pesar de que la publicidad era de carácter comercial y pretendía sacar provecho del uso no autorizado del nombre del demandante. Además, el Tribunal consideró que el anuncio podía contribuir a un debate público como forma de expresión artística y comentario social y, dado que el demandante (y su conducta anterior) era bien conocido por el público en general, su "expectativa legítima" a la protección efectiva de su vida privada era reducida.

De hecho, la sátira ha sido reconocida anteriormente en el Tribunal como "una forma de expresión artística y de comentario social" [párrafo 49] (*Alves da Silva c. Portugal* [2009] 41665/07 y *Eon c. Francia* [2013] 26118/10).

Es importante destacar que, dada la condición de figura real del demandante y el hecho de que sus altercados físicos anteriores eran bien conocidos por el público, el Tribunal estipuló que la "expectativa legítima" de que el demandante pudiera reclamar "la protección de [su] derecho al respeto de [su] vida privada de la misma manera que los particulares desconocidos por el público" debía reducirse [párrafos 50-52]. Por lo tanto, la referencia del anuncio a los altercados anteriores del demandante no interfería en la vida privada del demandante, sino que "se limitaba a llamar la atención sobre la existencia de esos incidentes" que ya habían sido comentados en los medios de comunicación alemanes [párr. 51]. Curiosamente, el Tribunal reconoció que vincular a un personaje público con un producto comercial sin su autorización podría, en teoría, infringir el artículo 8 del Convenio, especialmente si ese producto "no es socialmente aceptado o plantea graves cuestiones éticas o morales" [párrafo 54]. Sin embargo, en este caso, el Tribunal observó que el anuncio satírico estaba enmarcado de tal manera que no podía considerarse degradante u ofensivo para el demandante, ni sugería en modo alguno que el demandante se identificara con BAT o con los productos Lucky Strike ni tuviera ningún vínculo personal con ellos.

5. En el presente caso se plantea una controversia jurídico-constitucional en la que aparecen comprometidos, de una parte, el derecho a la libertad de expresión y, de otra, los derechos al honor y a la propia imagen.

Respecto del primero (derecho a la libertad de expresión), el TC ha señalado que, junto a la garantía de la autodeterminación del individuo, este derecho "tiene también una dimensión trascendente u objetiva (por todas, SSTC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2; y 216/2013, de 19 de diciembre, FJ 5), pues mediante su ejercicio —sin más restricciones que las que puedan fundamentarse en la preservación de otros derechos o bienes constitucionales— se construye un espacio de libre comunicación social, de continuo abierto, y se propicia con ello la formación tanto de opinión

pública como de una ciudadanía activa, sin cuya vitalidad crítica no son posibles, o no lo son en plenitud, ni la democracia ni el pluralismo políticos (art. 1.1 CE)” (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 3). Esto es exactamente lo que realiza Mongolia.

Por otra parte, el derecho a la libertad de expresión, “al referirse a la formulación de pensamientos, ideas y opiniones, sin pretensión de sentar hechos o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas” (STC 226/2016, de 22 de diciembre, FJ 5).

En este orden de cosas, la STC 25/2010, de 4 de octubre, FJ 7, ha recordado que “la libertad de expresión es uno de los fundamentos indiscutibles del orden constitucional, colocada en una posición preferente, objeto de especial protección y necesitada de un amplio espacio exento de coacción, lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angostura; esto es, sin timidez y sin temor”.

Por lo que se refiere al derecho a la propia imagen la Sentencia del Tribunal Supremo se limita a realizar dos consideraciones. En primer lugar, resume su doctrina (expuesta en la STS 498/2015 y fundamentada, a su vez, en numerosa jurisprudencia constitucional, que cita) sobre este derecho, recordando que el derecho a la propia imagen “constituye un derecho autónomo respecto de los derechos fundamentales al honor y a la intimidad personal y familiar, lo cual 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” (FJ 3.1). A continuación, la Sentencia considera que en este caso se ha producido también la lesión del derecho a la propia imagen del Sr. Ortega Cano, 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” (FJ 3).

Finalmente, respecto del derecho al honor, la Sentencia 216/2013, de 19 de diciembre, ha afirmado que este derecho fundamental proscribiera el “ser escarnecido o humillado ante sí mismo o ante los demás” (STC 127/2004, de 19 de julio, FJ 5) y garantiza, ya en términos positivos, “la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes” que la hagan “desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas” (FJ 5).

Para, acto seguido, afirmar que el “derecho al honor se debilita, proporcionalmente, como límite externo de las libertades de expresión e información, en cuanto sus titulares son personas públicas, ejercen funciones públicas o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, obligadas por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la

tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (STC 101/2003) (STC 216/2013, FJ 5).

6. Así las cosas, convendrá recordar que el Sr. Ortega Cano es un personaje público (por su profesión de torero, pero también por su matrimonio con una famosa cantante) que no ha evitado a los periodistas, y que en el momento en que sucedieron los hechos objeto de examen acababa de anunciar en TV, prensa rosa, etc. su paternidad y meses antes había realizado en los medios una campaña promocionando su vuelta a los ruedos.

Y por lo que se refiere al contenido del cartel nada hay en él que vaya en descrédito o menosprecio del Sr. Ortega Cano. Las frases que contiene el cartel no tienen carácter vejatorio ni contienen insulto alguno. Tal como se expuso ante los tribunales, la expresión “estamos tan a gusto” fue pronunciada por el propio Sr. Ortega Cano estando ebrio hace 20 años y se ha convertido en una frase coloquial y de uso común, sin que el Sr. Ortega Cano haya actuado para evitar los múltiples vídeos y parodias que se han hecho al respecto. La expresión “antes riojano que murciano” tampoco es hiriente, pues es un eslogan recurrente utilizado por los cartagineses que no están conformes con su pertenencia a la Comunidad Autónoma de Murcia. Por último, la expresión “viernes de dolores ... sábado de resaca” sí se refiere a los problemas con el alcohol del Sr. Ortega Cano; problemas que no obstante eran de conocimiento público y hasta fueron difundidos por él mismo.

Es comprensible que el Sr. Ortega Cano se sintiera herido por la burla. Pero no es el juicio del afectado cuanto debe valorar el Tribunal. Lo expuso con claridad el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando afirmó que “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” (*Vereinigung Bildender Künstler c. Austria*, de 25 enero de 2007, § 33).

En fin, como ha reiterado nuestro Tribunal Constitucional, se trata de determinar si la sátira y el uso manipulativo de la imagen ajena obedece a intenciones que gozan de relevancia constitucional suficiente para justificar la afectación de los derechos reconocidos en el art. 18.1 CE. De ser así, una tal actuación constituirá un ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión (SSTC 159/1986, de 16 de diciembre, FJ 6; 77/2009, de 23 de marzo, FJ 4; 23/2010, de 27 de abril, FJ 5).

7. Pues bien, en el presente caso, como se ha indicado, la manipulación satírica de una fotografía del Sr. Ortega Cano tenía por objetivo la crítica social o contribuir al debate sobre la rapidez con la que la gente olvida situaciones de especial sensibilidad en nuestra sociedad como son los accidentes de circulación provocados por la ingesta de alcohol y que en el caso del Sr. Ortega Cano llevó aparejada la muerte de un tercero.

La caricatura del Sr. Ortega Cano no se utilizó, por lo tanto, como instrumento del escarnio ni fue difundida o comercializada por mero objetivo económico ni fue creada simplemente para denigrarle o difamarle. Por el contrario, el cartel y toda la actividad de humor satírico llevada a cabo por la editorial Mongolia responde a un interés público constitucionalmente defendible que

justifica la eventual intromisión en el derecho a la propia imagen y al honor del Sr. Ortega Cano. Este interés es la crítica política o social a través de la sátira y el humor.

8. Por todo lo dicho, solicitamos del Tribunal Constitucional que realice el ejercicio de ponderación entre los derechos a la libertad de expresión, por una parte, y al honor y a la propia imagen, por otro, que nos ha sido hurtado. Como se ha expuesto, respecto del derecho a la propia imagen, la Sala se ha limitado a resumir su jurisprudencia sobre este particular; cuando procede a aplicar esta doctrina se refiere a la libertad de información – que nada tiene que ver en este caso – y a afirmar que la composición fotográfica “se usó única y exclusivamente para publicitar un espectáculo musical” y, por lo tanto, con fines puramente lucrativos. Otro tanto ocurre con el derecho al honor. No ha habido, en fin, la adecuada (y obligada) ponderación entre derechos, de ahí que solicitemos del Tribunal Constitucional que repare esta carencia y que al hacer esta ponderación tome en cuenta “la peculiar dimensión institucional de la libertad de expresión y la necesidad de que ésta goce de un amplio cauce para el intercambio de ideas y opiniones”, considerando que este derecho dispone de “un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas”. A estos efectos, pedimos del Tribunal que tenga en cuenta “las circunstancias, el contexto, la relevancia pública del asunto y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión” (STC 50/2010, FJ 7).

9. Del mismo modo, solicitamos del Tribunal Constitucional que extienda este ejercicio de ponderación al *quantum* indemnizatorio fijado por el tribunal de instancia y con el que los dos tribunales superiores aceptaron.

Así debería hacerse en el caso del reconocimiento de la lesión del derecho a la libertad de expresión alegada por la demandante. Pero también deberá hacerse en el caso de que tal lesión no se reconozca, pues el Tribunal Supremo – pese a afirmar que muy raramente le corresponde revisar la indemnización por daño moral en procesos por derechos fundamentales - se pronunció expresamente sobre la impugnación de la indemnización otorgada por la Audiencia Provincial (FJ 8). En concreto, señala que el tribunal de primera instancia para fijar la cuantía de la indemnización tuvo en cuenta “todas las circunstancias del caso”. Y cita solamente dos: la difusión de los carteles por las calles y por las redes sociales, y la vinculación del torero con Cartagena, olvidando otras circunstancias igualmente relevantes, en concreto, a) que los beneficios del evento en Cartagena no fueron superiores a NOVECIENTOS EUROS (900€), aplicando los criterios contables más generosos, b) que la multa impuesta (40.000 euros) puede causar el cierre de la revista provocando un daño social desproporcionado, y c) que la imagen del torero, notoriamente modificada, proviene de una fotografía que ha sido utilizada por el diario *ABC* sin mencionar derechos de autor alguno, y cuyo valor de mercado es insignificante.

La STC 18/2015, de 16 de febrero, FJ 8, reconoce al Tribunal Constitucional la capacidad para realizar tal revisión en los casos en los que el Tribunal Supremo se haya pronunciado expresamente sobre la impugnación de la indemnización otorgada por los tribunales inferiores”.

Por cuanto antecede,

SUPLICO AL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL que, teniendo por presentado este escrito en unión de los documentos que al mismo se acompañan y copias de todo ello, se sirva admitirlo, tenerme por personado y parte en la representación que ostento y, en su día, previos los pertinentes trámites, dicte sentencia por la que se otorgue a la recurrente el amparo solicitado, reconociendo el derecho del recurrente a la libertad de expresión (art. 20.1.a) CE) y declarando la nulidad de la Sentencia 682/2020 de 15 de diciembre de 2020, dictada por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo en recurso de casación 1623/2019, así como de la Sentencia de la Sección Decimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de enero de 2019 (recurso de apelación núm. 525/2018) y de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Alcobendas de 8 de marzo de 2018, recaída en el procedimiento ordinario (derecho al honor, intimidad, imagen y cualquier otro derecho fundamental – 249.1.2) 1391/2016.

Madrid, a 28 de enero de 2021.

A handwritten signature in blue ink, consisting of several loops and a long horizontal stroke at the end.

Fdo. Iñigo Sánchez de Movellán Toront.

Colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona nº 14.169