

**AL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 26 DE
MADRID**

D. JORGE LAGUNA ALONSO, en nombre y representación de **D. EUGENIO MERINO TRONCOSO**, mayor de edad, con DNI 46.866.790N, y domicilio en Madrid, C/ Barón de la Torre, nº 13, 28043, representación que acreditaré mediante apoderamiento apud acta a otorgar por medio de comparecencia ante el Secretario, y asistido de la Letrada Dña. Susana Plaza Repiso, colegiada nº 64.303, ante ese Juzgado comparezco, y como mejor proceda en Derecho, **DIGO:**

Que se ha procedido al emplazamiento de mi mandante en autos de Juicio Ordinario arriba referenciados, seguidos ante ese Juzgado a instancia de la **FUNDACIÓN FRANCISCO FRANCO**, por lo que, mediante el presente escrito, procedo a contestar a la demanda, con fundamento en los siguientes hechos y fundamentos de derecho.

HECHOS

PREVIO.- Con carácter previo esta parte se opone a todos los hechos aducidos en la demanda a la que se contesta que no sean expresamente reconocidos en los siguientes números.

PRIMERO.- Disconforme parcialmente con el correlativo.

En efecto, mi representado es autor de la obra "Always Franco", cuya fotografía obra al acta notarial aportada a la demanda con el número 1 de sus documentos, que fue exhibida en la Feria de Arte Contemporáneo ARCO 2012.

Si bien, contrariamente a lo afirmado por la Fundación demandante *-y las fotografías que obran al documento 1 hablan por sí solas-*, la citada escultura no es más que el resultado del ejercicio legítimo por parte de D. Eugenio Merino de su derecho, constitucionalmente protegido, a la creación artística y a la libertad de expresión, sin que se refiera en

forma alguna a la Fundación demandante y sin que suponga escarnio, insulto ni ofensa de ningún tipo.

Es más, resulta preciso destacar que el Sr. Merino ha concedido multitud de entrevistas a fin de explicar el objeto y significado de su obra "Always Franco", habiendo afirmado una y otra vez que, citamos textualmente un extracto de la entrevista que concedió a la Cadena Ser, **"Quería reflejar cómo es España, cómo tenemos en la cabeza esa imagen, que es nuestro icono, y que está como congelada en nuestro cerebro"**. Ciertamente, no sólo no hay nada de ofensivo o insultante en la obra de mi representado *-salvo para la propia susceptibilidad de la Fundación demandante, que como ya se expondrá, no es un derecho amparado constitucionalmente -* sino que las propias palabras del artista refuerzan que el único objeto de la misma ha sido tratar un asunto de enorme interés general, eso sí, en tono irónico y humorístico, dentro de los usos sociales y amparado por el derecho a la libertad de expresión. Se acompaña como **documento núm. 1** copia de algunas de las entrevistas que ha concedido el Sr. Merino para hablar de la obra "Always Franco".

En todo caso, esta parte no puede dejar de mostrar su mayor indignación ante el intento reiterativo e inconstitucional de la Fundación Francisco Franco de limitar una y otra vez la libertad de expresión de todo aquel que no está de acuerdo con las ideas que promulga y enaltece, es decir, las de un personaje que accedió a la Jefatura de Estado por unos medios no democráticos e instauró una dictadura en la que perseguía a todo aquel que no procesaba la ideas e ideología de su régimen. Y es que, la Fundación demandante debe permanecer en un estado de permanente "ofensa" ya que con sólo teclear en el buscador Google el nombre del dictador aparecen miles de artículos, imágenes y videos de todo tipo, en los que precisamente no se alaba ni el legado ni las virtudes de D. Francisco Franco y cientos de ellos lo hacen en tono humorístico, irónico y satírico, y caricaturizando y ridiculizando su imagen. Se acompaña como **documento núm. 2** un pequeño ejemplo de alguna de las caricaturas que aparecen en google con solo teclear "imagen francisco franco". Asimismo se acompaña como **documento núm. 3** alguna imagen de las obras del artista D. Fernando Sánchez Castillo, en las que representa la cabeza de Franco como una fuente, el azor hecho chatarra etc., así como alguna viñeta de el ROTO, ilustrador de El Mundo. Además, citar también, como ejemplo del uso humorístico que se da a la imagen de Franco, la obra teatral estrenada recientemente bajo la dirección de Pepe Macías y Carla Guimaraes **"Cuando Adolfo encontró a Paco"** sobre los secretos de la misteriosa reunión entre Franco y Hitler en la

ciudad francesa de Hendaya, y que se presenta como una "manera de reírse de los dramas del pasado".

Ni qué decir de las numerosas acciones emprendidas por las propias instituciones públicas para suprimir la imagen del dictador de nuestras calles, plazas, avenidas, etc., por considerar que no es un icono, símbolo o personaje que ni política ni socialmente merezca enaltecer, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 15 de la Ley de Memoria Histórica que se refiere a la retirada de escudos, insignias, placas y otras menciones a la sublevación militar, la Guerra Civil y la represión de la Dictadura. Citar como ejemplo la acción emprendida, en Junio de 2009, por el Pleno del Ayuntamiento de Madrid que acordó por unanimidad de sus tres grupos políticos, PP, PSOE e IU, retirar todos los honores que durante la Dictadura se concedió a Franco y a su familia, como Alcalde Honorario de la capital, Hijo Adoptivo y medallas de Oro y Honor. Medida que fue recurrida y demandada ante los Juzgado por la demandante.

Y es que, en efecto, si hay un personaje público que mayor interés de toda índole haya despertado y despierte en la sociedad española es D. Francisco Franco Bahamonde. Y eso es precisamente lo que ha querido representar el Sr. Merino en su obra "Always Franco", cómo los españoles tenemos congelada la imagen del dictador en la cabeza, sin que la obra de arte ni las palabras del artista, representen "ofensa" "insulto" o "escarnio" alguno.

SEGUNDO.- Disconforme parcialmente con el correlativo.

Esta parte nada tiene que alegar respecto a la realidad del objeto para el que fue creada la Fundación, en el año 1976, que, en efecto, no dudamos que sea enaltecer la figura del dictador fallecido. Si bien, ponemos en duda la legalidad de la Fundación demandante precisamente porque no consideramos que en un estado moderno y democrático, sea un objeto lícito el enaltecimiento de la figura de quien no accedió a la Jefatura de Estado por las vías democráticas establecidas, instauró una dictadura y un estado de represión para borrar toda aquella opinión e ideología que fuese en contra de su régimen.

Asimismo, respecto a la legitimidad que alega la Fundación Franco en el hecho correlativo de la demanda para ejercitar la acción de protección de su derecho al honor a que se refiere la demanda manifestar que, tal y como se ha señalado, la obra "Always Franco" no sólo no es ofensiva ni supone ninguna denigración *-adjetivos que se plasman en la demanda*

sin explicar el por qué- sino que además la obra no se refiere en modo alguno a la citada Fundación y mucho menos afecta a su honor, fama o prestigio -único caso en el que estaría legitimada para el ejercicio de la acción-.

Es más, si la Fundación Franco ha aparecido en la prensa en relación a la obra de mi representado, ha sido únicamente como consecuencia de las declaraciones que sus miembros han realizado ante los medios de comunicación, manifestando su intención de demandar al Sr. Merino, lo cual no supone ningún acto que legitime para el ejercicio de la acción. Se acompaña como **documento núm. 4** diversos artículos de prensa en los que se menciona a la Fundación Franco, no como parte de la obra de mi representado, sino únicamente en relación a su única intención de demandar al artista.

TERCERO.- Absolutamente disconforme con el correlativo.

Tal y como se expondrá en los Fundamentos de Derecho, en el presente caso no ha existido la intromisión en el derecho al honor que alega la Fundación demandante, sino un ejercicio legítimo del derecho a la creación artística y a la libertad de expresión.

Por último, en cuanto a la carta suscrita por el Presidente de la Junta Rectora de IFEMA, D. José María Álvarez del Manzano, que se acompaña a la demanda con el número 5 de los documentos, únicamente manifestar la falta de profesionalidad que denota expresar una opinión meramente personal -como lo reconoce en la propia misiva- haciendo de su cargo y sobre una obra artística expuesta en la feria de arte contemporáneo más importante que se celebra en este país y es más, dando a entender que podría haber ordenado su retirada forzosa y ello, en contra de los derechos que reconoce el artículo 20 de la Constitución Española.

A los anteriores hechos resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

JURIDICO-PROCESALES :

I.- Conforme con los aducidos por la actora sobre jurisdicción, competencia, capacidad para ser parte y clase de juicio.

II.- Respecto a la **legitimación activa** señalar que, la propia doctrina jurisprudencial que es expuesta de contrario, es decir, la que alude al "honor, fama y prestigio de una persona jurídica", como ente protegido por el derecho fundamental contemplado en el artículo 18.1 de la Constitución Española, desarrollado por la LO 1/1982, de 5 de Mayo, acredita de forma clara y terminante **la falta de legitimación activa de la demandante** ya que, tal y como se ha expuesto en el relato de los hechos, la obra "Always Franco" no se refiere a la citada Fundación ni mucho menos afecta a su prestigio ni a su honor ni a su fama, de tenerla.

Y es que, en efecto, tal y como afirma la sentencia 139/1995 de 26 de Septiembre (EDJ 1995/4895) "(...) una persona jurídica puede ver lesionado su derecho al honor a través de la divulgación de hechos concernientes a su entidad, cuando la difame o la haga desmerecer en la consideración ajena (...)".

Reiterar que la obra artística de la que mi representado es autor no sólo no es insultante ni ofensiva en ninguna forma - salvo para la propia susceptibilidad de la Fundación Franco- sino que además no se refiera a la demandante, como ente jurídico con capacidad, y por esta razón no puede afectar a su honor, fama o prestigio, careciendo totalmente de legitimidad para la interposición de la acción de protección del derecho al honor respecto a una obra de la que no es objeto.

A mayor abundamiento, tal y como se contempla en el artículo 4 de la Ley 1/1982, de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen -que la propia demandante cita en el apartado VIII. 1 de sus Fundamentos de Derecho- es claro al establecer lo siguiente:

"1. El ejercicio de las acciones de protección civil del honor, la intimidad o la imagen de una persona fallecida corresponde a quien ésta haya designado a tal efecto en su testamento. La designación puede recaer en una persona jurídica.

2. No existiendo designación o habiendo fallecido la persona designada, estarán legitimados para recabar la protección el cónyuge, los descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada que viviesen al tiempo de su fallecimiento.

3. A falta de todos ellos, el ejercicio de las acciones de protección corresponderá al Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de persona interesada, siempre que no hubieren transcurrido más de ochenta años desde el fallecimiento del afectado. El mismo plazo se observará cuando el ejercicio de las acciones mencionadas corresponda a una persona jurídica designada en testamento (...)".

Es decir, el citado artículo viene a reforzar la falta de legitimación activa de la Fundación demandante para el ejercicio de la acción derivada de la protección civil del derecho al honor toda vez que, tal y como se ha expuesto, la obra "Always Franco" se refiere únicamente al fallecido dictador y la imagen que tiene la sociedad española del mismo y no siendo ninguna de las personas a las que se refiere el citado artículo 4 de la Ley 1/1982, la citada Fundación carece de acción alguna para el ejercicio de la citada acción.

En cuanto a la **legitimación pasiva**, tal y como se ha puesto de manifiesto en la excepción formulada, mi representado carece de legitimación de acuerdo a lo anteriormente expuesto y a la pretensión formulada en la misma, toda vez que la obra "Always Franco" no afecta ni se refiere en forma alguna a la demandante y por tanto no constituye ofensa ni denigración a su honor, fama o prestigio.

JURIDICO-MATERIALES:

Fondo del Asunto

I.- Derecho a la creación artística y libertad de expresión.

En efecto, tal y como se recoge en los Fundamentos de Derecho de la demanda, es de aplicación al caso que nos ocupa el artículo 20.1 de la Constitución que establece que *"1. Se reconocen y protegen los derechos:*

- *a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*
- *b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica".*

Asimismo, también es de aplicación al caso que nos ocupa el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de Abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, en concreto

los artículos 1 al 5 y 10 del citado cuerpo legal, que se recogen de contrario y, de acuerdo a los cuales mi representado tiene el derecho constitucionalmente protegido a crear una obra artística y a la libertad de que la misma exprese el pensamiento, idea y opinión que crea conveniente, eso sí, siempre con el límite del respeto al derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen que se contempla en el artículo 18.1 de la Constitución Española y que la demandante afirma que vulnera la obra "Always Franco".

Con independencia de que, tal y como se ha expuesto en el apartado anterior, la Fundación demandante carece de toda legitimación para el ejercicio de la acción de protección del derecho al honor respecto a una obra que no se refiere a la misma, en este punto conviene también citar lo recogido en el artículo 2 de la citada Ley 1/1982, de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, que establece que **"1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia"**.

Asimismo, el artículo 8 de la citada Ley Orgánica establece también que **"1. No se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante."**

2. En particular, el derecho a la propia imagen no impedirá:

- a) **Su captación, reproducción o publicación por cualquier medio, cuando se trate de personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública y la imagen se capte durante un acto público o en lugares abiertos al público.**
- b) **La utilización de la caricatura de dichas personas, de acuerdo con el uso social.**
- c) **La información gráfica sobre un suceso o acaecimiento público cuando la imagen de una persona determinada aparezca como meramente accesorio.**

Las excepciones contempladas en los párrafos a) y b) no serán de aplicación respecto de las autoridades o personas que desempeñen funciones que por su naturaleza necesiten el anonimato de la persona que las ejerza".

Como la propia Fundación reconoce en su demanda es indudable el carácter público de la figura del dictador al que se refiere la obra "Always Franco", por lo que reconoce que su imagen "se puede reproducir" afirmando que "el tema por tanto

de los presentes Autos no es tanto del derecho a la propia imagen, que no ejercita mi mandante" sino la "mofa y el escarnio" que dice que supone la obra y que infringe el derecho al honor del Caudillo que, como bien dice, corresponde a los herederos, de acuerdo a lo dispuesto en el citado artículo 4 de la Ley Orgánica 1/1982.

En este punto resulta preciso dejar constancia de la abundante jurisprudencia que existe en relación a los derechos que se han dejado expuestos -libertad de expresión-honor- y que ha ido perfilando la extensión de los mismos, sus límites y ello, ante los conflictos que habitualmente surgen entre ambos.

En efecto, tal y como es jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo -(sentencias de fechas 5 de Julio de 2011 (recurso 110/2009) y de fecha 17 de Febrero de 2009 (recurso 1541/2004)-, el artículo 20.1.a) y d) de la Constitución Española, en relación con el artículo 53.2 CE , reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

La **libertad de expresión**, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende como ésta la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo.

El derecho al honor protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio , FJ 7).

El Tribunal Constitucional (entre otras, en SSTC 231/1988; 99/1994; 117/1994; 81/2001; 139/2001; 156/2001; 83/2002; 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 LPDH, cuyo artículo 7.5 considera intromisión ilegítima la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2 LPDH.

De igual forma el Tribunal Constitucional dispone que el derecho al honor personal prohíbe que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena. Así pues, lo perseguido por el artículo 18.1 CE es la indemnidad de la imagen que de una persona puedan tener los demás, y quizá no tanto la que aquella desearía tener (ATC de 29 noviembre 2006). Estos derechos fundamentales como se ha indicado en numerosas resoluciones no son derechos absolutos, y se encuentran sujetos a las limitaciones derivadas de otros derechos fundamentales, en relación con un juicio de proporcionalidad; de las leyes, de acuerdo con los artículos 2.1 y 8 LPDH, cuyos supuestos tienen carácter enunciativo; de los usos sociales, de acuerdo con el que artículo 2.1 LPDH; y siempre que la apreciación de las circunstancias, en un juicio de ponderación y proporcionalidad, excluyen la apreciación de la ilicitud o ilegitimidad de la intromisión.

Y es que, en efecto, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por la libertad de expresión y, en este caso, el derecho a la creación artística.

La limitación del derecho al honor y a la propia imagen por la libertad de expresión, tiene lugar cuando se produce un conflicto entre tales derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (respecto del derecho al honor, SSTs de 13 de enero de 1999 , 29 de julio de 2005 , 21 de julio de 2008, RC n.º 3633/2001 , 2 de septiembre de 2004, RC n.º 3875/2000 , 22 de julio de 2008 , 12 de noviembre de 2008, RC n.º 841/2005 , 19 de septiembre de 2008, RC n.º 2582/2002 , 5 de febrero de 2009, RC n.º 129/2005 , 19 de febrero de 2009, RC n.º 2625/2003 , 6 de julio de 2009, RC

n.º 906/2006 , 4 de junio de 2009, RC n.º 2145/2005; respecto del derecho a la imagen, STC 99/1994, de 11 de abril , SSTS 22 de febrero de 2007, RC n.º 512/2003 , 17 de febrero de 2009, RC n.º 1541/2004 , 6 de julio de 2009, RC n.º 1801/2005). Por ponderación se entiende, tras la constatación de la existencia de una colisión entre derechos, el examen de la intensidad y trascendencia con la que cada uno de ellos resulta afectado, con el fin de elaborar una regla que permita, dando preferencia a uno u otro, la resolución del caso mediante su subsunción en ella.

La técnica de ponderación exige valorar, en primer término, el peso en abstracto de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde este punto de vista, **la ponderación (i) debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar esenciales como garantía para la formación de una opinión pública libre, indispensable para el pluralismo político que exige el principio democrático** (STS 11 de marzo de 2009, RC n.º 1457/2006); (ii) **debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige** (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre , F. 4), **pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe "sociedad democrática"** (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42 , y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España , § 43).

Pese a que no se refiera exactamente al medio de reproducción a que se refiere el caso que nos ocupa, es decir, la creación artística, es evidente la conexión y aplicación al mismo cuando se destaca en la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 17 de mayo de 1990 **la permisividad social con el género satírico**, en su manifestación de humor gráfico, normativamente reflejada en el artículo 8.2 b) LPDH y el Tribunal Constitucional ha reconocido también que el respeto al contenido del derecho y a su dimensión general en cuanto garantía esencial del Estado democrático, impide someterlo a bienes o valores de rango infraconstitucional. Así en concreto ha señalado el buen gusto o la calidad literaria no constituyen límites constitucionales a dicho derecho (STC 51/2008 de 14 de abril, FJ 5).

C) La técnica de ponderación exige valorar, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva:

(i) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC n.º 2313/1997, 19 de julio de 2004, RC n.º 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC n.º 906/2006), pues entonces el peso de la libertad de información es más intenso, como establece el artículo 8.2.a) LPDH, en relación con el derecho a la propia imagen aplicando un principio que debe referirse también al derecho al honor. En relación con aquel derecho, la STS 17 de diciembre de 1997 (no afectada en este aspecto por la STC 24 de abril de 2002) declara que la "proyección pública" se reconoce en general por razones diversas: por la actividad política, por la profesión, por la relación con un importante suceso, por la trascendencia económica y por la relación social, entre otras circunstancias. En suma, la relevancia pública o interés general de la noticia constituye un requisito para que pueda hacerse valer la prevalencia del derecho a la libertad de información y de expresión cuando las noticias comunicadas o las expresiones proferidas redunden en descrédito del afectado.

(ii) La protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases, expresiones o imágenes ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero). Según la STC 23/2010, de 27 de abril, FJ 5, 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 institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático" (STC 12/1982, de 31 de marzo, FJ 3).

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, de 16 de diciembre, FJ 6; 77/2009, de 23 de marzo , FJ 4). 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 ésta sea la única finalidad imaginable de tales creaciones.

Por su parte, la STS 14 de abril de 2000, RC n.º 2039/1995, ha declarado que, 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 artículo 8.2 b) LPDH exige por ello que la utilización de la caricatura se adecue al uso social y el TC aprecia intromisión ilegítima a través de un texto, historieta o cómic pese a su tono jocoso o burlón cuando el llamado *animus iocandi* [intención de bromear] se utiliza "precisamente como instrumento del escarnio" (STC 176/1995).

Del mismo modo debe valorarse la conducta del afectado como ocurre cuando la propia y previa conducta de aquel o las circunstancias concurrentes en la que se encuentra inmerso, justifique el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno o público que puedan colisionar con él (SSTC 99/1994 de 11 de abril y 14/2003 de 28 de enero FJ 5).

La aplicación de las premisas expuestas al caso examinado conduce a la conclusión de que, frente a la intromisión en el derecho al honor que alega la Fundación demandante, atendidas las circunstancias del caso, prevalece la libertad de expresión y el derecho de mi representado a la creación artística y, en consecuencia, no se puede apreciar la existencia de una vulneración del derecho al honor.

Reiterar que, tal y como reza la jurisprudencia que se ha dejado expuesta, en el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de expresión y el derecho al honor, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la libertad de expresión y examinar si, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, en el terreno del peso relativo de los derechos que entran en colisión, esta prevalencia puede hacerse valer frente al derecho al honor de la parte demandante. En efecto, la ponderación entre los derechos fundamentales comporta la delimitación recíproca de sus respectivos ámbitos y por ello una jurisprudencia constitucional ya inveterada admite que la ponderación entre la libertad de expresión y el derecho al honor comporta la existencia de límites para los primeros, pero también para el segundo, cifrado, entre otros aspectos, en el deber de los personajes públicos de soportar los aspectos negativos de la crítica y divulgación de sus actividades que cumplan con los requisitos necesarios para apoyarse legítimamente en el ejercicio de la libertad de expresión, entre ellos, el de la proporcionalidad, así como la relevancia pública y el interés general del tema que se trate.

Ciertamente, el personaje y el asunto tratado por la obra "Always Franco" tiene un evidente interés social para los ciudadanos -de ahí su repercusión pública y el interés de la Fundación Franco por que desaparezca la obra-. Asimismo, tampoco se sostiene el carácter injurioso, insultante o desproporcionado de la obra del Sr. Merino, de hecho en toda la demanda se contiene una sola palabra que explique o justifique el carácter injurioso u ofensivo de la obra, no pudiéndose entender que el derecho al honor que se atribuye a ella misma la Fundación demandante deba prevalecer sobre la libertad de expresión de mi representado. Reiterar que en el análisis de los derechos fundamentales en colisión, hay que partir de la prevalencia del derecho a la libertad de expresión en un Estado democrático de derecho que debe de gozar de sus máximas garantías y no debe ser restringida cuando la libertad de expresión va dirigida a tratar sobre un asunto de interés general, como es el caso.

Por otra parte, respecto de la tolerancia que debe exigirse de la persona -en este caso "jurídica"-, sobre la que se realizan comentarios en ejercicio de la libertad de expresión, según la STC núm. 197/1991 debe tenerse en cuenta un criterio medio de susceptibilidad de tal modo que una hipersensibilidad de la persona sobre la que se realizan comentarios no puede provocar nunca una sentencia condenatoria. Asimismo, según se afirma en dicha sentencia, aunque el concepto de honor comprenda también el sentimiento

subjetivo que el ofendido tenga de su propia imagen, la protección jurídica no ha de extenderse a los casos en que la ofensa tenga su origen en la especial sensibilidad o susceptibilidad de la persona aludida.

En este caso, dicho sea con todos los respetos, entendemos que el gusto, entendimiento o **TOLERANCIA** de la Fundación Franco por el arte contemporáneo o por cualquier medio de reproducción que utilice la imagen de Franco en tono irónico o humorístico es NULA -teniendo en cuenta que el objeto de la demandante es enaltecer a la figura de un dictador entendemos que los derechos que impone un estado democrático no entran dentro sus preferencias-, lo cual, evidentemente ni ha sido ni puede ser un límite a la libertad de expresión ni de mi representado ni de nadie. Ciertamente, podemos cifrar en cientos, incluso en miles, las piezas de arte, artículos periodísticos, de opinión, dibujos, teatro, cine, etc. que han utilizado la imagen de Franco caricaturizada o en tono humorístico, siendo un uso social la utilización de este medio para expresar la opinión que el pueblo tenía y tiene del mismo.

Por último, resulta preciso destacar que no se recoge en toda la demanda ni una sola palabra, explicación o justificación que haga entrever ni siquiera mínimamente que la obra "Always Franco" haya supuesto "mofa o escarnio", "insulto" o que haya sobrepasado en forma alguna el derecho a la creación artística y libertad de expresión que reconoce a mi representado el artículo 20 de la Constitución Española y menos aún, tratándose de un asunto de inmenso interés histórico, social y cultural y sobre un personaje público sobre el que es un uso social representarle -en todas las formas de reproducción y creación existentes- caricaturizado y de forma satírica, irónica, cómica y humorística. De hecho, el humor, como medio para expresar una opinión, ha sido instaurado tras el fallecimiento del dictador y la reinstauración de la democracia, y fundamentalmente, desde la promulgación de la Constitución de 27 de Diciembre de 1978, que proclamó y protegió el derecho a la libertad de expresión, que tanta molestia ha ocasionado y ocasiona a la Fundación demandante.

II.- Sobre la indemnización solicitada de contrario.

En efecto, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, establece que " (...) 2. La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y, en particular, las necesarias para:

- **a)** El restablecimiento del perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, con la declaración de la intromisión sufrida, el cese inmediato de la misma y la reposición del estado anterior. En caso de intromisión en el derecho al honor, el restablecimiento del derecho violado incluirá, sin perjuicio del derecho de réplica por el procedimiento legalmente previsto, la publicación total o parcial de la sentencia condenatoria a costa del condenado con al menos la misma difusión pública que tuvo la intromisión sufrida.
- **b)** Prevenir intromisiones inminentes o ulteriores.
- **c)** La indemnización de los daños y perjuicios causados.
- **d)** La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos.

Estas medidas se entenderán sin perjuicio de la tutela cautelar necesaria para asegurar su efectividad.

3. La existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. La indemnización se extenderá al daño moral, que se valorará atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido.

4. El importe de la indemnización por el daño moral, en el caso de los tres primeros apartados del artículo cuarto, corresponderá a las personas a que se refiere su apartado dos y, en su defecto, a sus causahabientes, en la proporción en que la sentencia estime que han sido afectados. En los casos del artículo sexto, la indemnización se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado (...)”.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, no existiendo intromisión ilegítima del honor de la demandante ni habiéndose alegado ni probado daño ni perjuicio alguno no procede indemnización. Asimismo, teniendo en cuenta que la obra "Always Franco" representa al dictador fallecido y no a la Fundación demandante, la cual tampoco es ninguna de las personas a las que se refiere el citado cuerpo legal, no tiene derecho alguno ni a reclamar ni a percibir indemnización alguna.

Por otro lado, tal y como es jurisprudencia de nuestros tribunales -entre otras, STS de 29 de Enero de 1999 y de fecha 25 de noviembre de 2002- la indemnización se ha de calcular de acuerdo a criterios y bases objetivas de valoración, sin que las bases de cálculo se puedan aplicar de forma arbitraria o genérica como hace la demandante, que no explica en modo alguno a qué obedece la cantidad que reclama,

que en todo caso no le corresponde al no haberse producido intromisión ilegítima alguna.

COSTAS.- Las costas del presente procedimiento deberán ser impuestas a la parte demandante conforme se señala en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por todo lo expuesto,

AL JUZGADO SUPPLICO: Tenga por presentado este escrito, documentos acompañados y copias legales; se sirva admitirlos; le tenga por comparecido y parte en representación de D. Eugenio Merino Troncoso; por contestada la demanda formulada por la FUNDACIÓN FRANCISCO FRANCO y, seguido que sea el procedimiento, se dicte sentencia desestimando íntegramente las pretensiones formuladas por la demandante y se absuelva a mi representado con expresa imposición de costas a la parte actora.

Es justicia que pido en Madrid, a siete de Septiembre de dos mil doce.