

En la Villa de Madrid, a veintinueve de junio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los señores al margen indicados, el recurso de casación que con el núm. 41/2009 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D. José, representado por la procuradora D<sup>a</sup> Lucia Águila Lanza, contra la sentencia de 17 de octubre de 2008, dictada en grado de apelación, rollo núm. 49/2008, por la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 7.<sup>a</sup>, dimanante de procedimiento de juicio ordinario núm. 290/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Melilla. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida el procurador D. Miguel Ángel de Cabo Picazo, en nombre y representación de D. Ernesto. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

#### ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Melilla dictó sentencia de 25 de febrero de 2008 en el juicio ordinario núm. 290/2007, cuyo fallo dice:

“Fallo. Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la Procuradora D<sup>a</sup> Concepción Suárez Morán, en nombre y representación de D. Ernesto, contra D. José, representado por el Procurador D. José Luis Ybanco Torres, debo declarar y declaro que ha existido intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad personal y a la propia imagen de D. Ernesto en los términos expuestos en el fundamento de derecho quinto de la presente resolución, condenándole a estar y pasar por esta declaración, y a que indemnice al actor en la cantidad de cinco mil euros (5 000 euros), no haciéndose especial pronunciamiento en materia de costas procesales”.

SEGUNDO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

“Primero.- Acción ejercitada. Cuestiones controvertidas.

“Se ejercita por la parte actora en el presente procedimiento una acción de protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen sobre la base de lo dispuesto en el art. 18.1 C. E y su normativa de desarrollo constituida por la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, en concreto su artículo 7.7 que señala que tendrán la consideración de intromisión ilegítima la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación, y su artículo 9 que establece que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. Desde esta perspectiva, la parte actora en su demanda interesa se declare que la conducta de D. José constituye una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la

intimidad y a la propia imagen del actor, y se condene a D. José a resarcir económicamente al actor por los daños y perjuicios causados en la cantidad de 50 000 €

“Frente a la anterior pretensión el demandado se opone al entender que las manifestaciones vertidas por el mismo se encuentran amparadas en los derechos de información y libertad de expresión, que las Diligencias Previas núm. 1236/2002 incoadas en el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Melilla actualmente se encuentran en trámite, y que las llamadas telefónicas a organismos públicos en alguna ocasión el demandado ha telefoneado a dichos organismos al tramitarse en ellos cuestiones en las que era interesado, si bien no recuerda el contenido de las conversaciones, y si llamó, en qué fecha.

“Son pues tres actuaciones distintas por parte del demandado las que el actor considera que constituyen intromisión ilegítima en el derecho a su honor, por lo que en los siguientes fundamentos de derecho procede valorar cada una de ellas, a saber:

“1) Si la mera incoación de las Diligencias Previas por los delitos de estafa, prevaricación, extorsión y maquinación para alterar el precio de las cosas a consecuencia de una querrela interpuesta por el demandado contra el actor, pueden constituir intromisión ilegítima en su derecho al honor.

“2) Si las manifestaciones realizadas por el demandado a través de las notas o partes de relato enviadas periódicamente a diversos organismos oficiales encuentran amparo en la libertad de información y expresión reconocidas en el art. 20 CE; y si las mismas deben prevalecer sobre el derecho al honor (art. 18 CE), para lo cual habrá que conocer la doctrina jurisprudencial sobre esta materia para finalmente subsumir tales hechos en la norma jurídica aplicable debidamente interpretada para extraer la correspondiente consecuencia jurídica.

“3) Si el Sr. José ha realizado llamadas telefónicas a los organismos oficiales como Consejería de Obras Públicas, Audiencia Provincial, Juzgado de lo Social de esta ciudad, etc., reiterando la imputación de delitos al actor, y si dicha actuación puede considerarse lesiva al derecho al honor del actor.

“Segundo.- Intromisión ilegítima por la presentación de querrela por los delitos de estafa, prevaricación, extorsión y maquinación para alterar el precio de las cosas.

“Del contenido de la demanda se desprende que la interposición por D. José en fecha 22 de febrero de 2002 de una querrela contra el actor por los delitos de estafa, prevaricación, extorsión y maquinación para alterar el precio de las cosas debe considerarse intromisión ilegítima en el derecho al honor del mismo, señalando el actor que dicha querrela ha sido archivada hasta en tres ocasiones, la última en fecha 21 de marzo de 2006.

“Desde esta perspectiva, entiende este juzgador que la mera presentación de una denuncia o querrela en la que se imputan ciertos hechos punibles que

pueden ser constitutivos de delitos menos graves y graves, no puede constituir per se intromisión ilegítima en el derecho al honor del denunciado; únicamente en el caso de que se acredite que la imputación de hechos es falsa, o realizada con ligereza o manifiesto desprecio de la verdad, pudiera derivarse algún tipo de responsabilidad para el denunciante por atentar contra la fama o reputación del denunciado. El Tribunal Supremo, en, entre otras, su STS de 21-10-2003, exige para considerar atentatorio contra el derecho al honor de una persona que la interposición de la querrela o el sostenimiento de la acción penal se encuentren carentes de fundamento y no tengan otra finalidad que la de causar perturbación y acoso a la persona ofendida, y desprestigiarla ante la sociedad, actos que cabe enmarcar en una enemistad incontrolada y capaz de ser utilizada para producir el mayor daño posible e, incluso y en una proyección finalista, para pretender que quien ostenta determinadas responsabilidades las abandone, circunstancias que no concurren en el caso de autos por los siguientes motivos.

“1 A consecuencia de la querrela interpuesta por D. José en fecha 22 de febrero de 2002 se incoaron por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de esta ciudad las Diligencias Previas núm. 1236/2002. No se ha aportado por la parte actora en el presente procedimiento testimonio de las citadas diligencias previas ni de las resoluciones, documentos o escritos más relevantes del mismo, solo del auto de complemento del auto de archivo de 21 de marzo de 2006; sin embargo con independencia de la posible existencia de varios autos de archivo en dicho procedimiento, lo cierto es que tras la interposición de la querrela, el instructor del citado procedimiento decide incoar diligencias previas por estimar que los hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal, y no archivar automáticamente el procedimiento. A este respecto el art. 269 LECrim dispone que formalizada que sea la denuncia, se procederá o mandará proceder inmediatamente por el Juez o funcionario a quien se hiciese a la comprobación del hecho denunciado, salvo que este no revistiere carácter de delito, o que la denuncia fuere manifiestamente falsa.

“2 El art. 259 LECrim señala que el que presenciare la perpetración de cualquier delito público está obligado a ponerlo inmediatamente en conocimiento del Juez de instrucción, de paz, comarcal o municipal, o funcionario fiscal más próximo al sitio en que se hallare, bajo la multa de 25 a 250 pesetas, y el art. 264 indica que el que por cualquier medio diferente de los mencionados tuviere conocimiento de la perpetración de algún delito de los que deben perseguirse de oficio, deberá denunciarlo al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente o al Juez de instrucción o municipal, o funcionario de policía, sin que se entienda obligado por esto a probar los hechos denunciados ni a formalizar querrela, permitiendo el art. 270 LECrim que todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, puedan querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta ley.

“3 La resolución dictada en fecha 21 de marzo de 2006 fue la de sobreseimiento provisional y no libre, aspecto de vital relevancia sobre el particular. En efecto, el sobreseimiento constituye una resolución jurisdiccional motivada que genera la conclusión definitiva del proceso penal (en el caso del libre) o la suspensión temporal del mismo (en el caso del provisional) por faltar

los presupuestos necesarios para acordar la apertura del juicio oral. El sobreseimiento libre, que constituye el cierre jurídico definitivo del proceso, puede acordarse en los siguientes supuestos:

1.- Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa (artículos 641.1 y 779.1 LECrim). Falta, por lo tanto, el elemento fáctico dado que, pese a las sospechas iniciales, no existen suficientes razones para sostener la existencia de los hechos investigados;

2.- Cuando el hecho no sea constitutivo de delito (artículos 641.2 y 779.1 LECrim). Se encuentra ausente el denominado elemento jurídico. Esta ausencia acaece tanto cuando el hecho investigado no es típico como cuando no es antijurídico por concurrir una causa de justificación. A estos efectos, por lo tanto, la ausencia de elemento jurídico puede venir dado por la falta de los elementos positivos del tipo de injusto (elementos definidores de la conducta ordenada o prohibida) o puede venir provocada por la concurrencia de los elementos negativos del tipo de injusto (presencia de los presupuestos fácticos que dotan de contenido a una causa de exclusión de la antijuridicidad);

3.- Cuando aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores (artículo 637.3 y 779.1 LECrim). El sobreseimiento provisional, por el contrario, constituye un cierre temporal del procedimiento fundado en un supuesto de impotencia investigadora (STS de 16 de diciembre de 1991) que origina que el proceso permanezca “aletargado o en situación de quiescencia o latencia hasta que nuevos hechos o nuevas pruebas, aconsejen la continuación del proceso, previo desarchivo del mismo” (STS de 17 de mayo de 1990). Puede acordarse el sobreseimiento provisional:

1.- Cuando no resulte debidamente justificada la perpetración del delito que haya dado motivo a la formación de la causa (artículos 641.1 y 779, LECrim). Este motivo se refiere a aquellos supuestos en los que se produce un estado dubitativo acerca de la existencia del hecho ocasionado por la carencia de actos de investigación de significado incriminatorio inequívoco. Puede afirmarse que las investigaciones practicadas durante la instrucción no permiten que la posibilidad de la comisión de un hecho punible se convierta en una probabilidad cualificada que de paso a la celebración de juicio, todo ello a la luz del contenido de los actos de investigación practicados en el marco de una línea investigadora agotada.

“En consecuencia, dictado auto de sobreseimiento provisional el instructor de la diligencias entiende que existen dudas acerca de la existencia del hecho punible.

“4 Actualmente las Diligencias Previas núm. 1236/2002 se encuentran desarchivadas, al haberse estimado mediante auto de 13 de julio de 2007 por la Secc. 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga recurso de apelación contra el auto de archivo de fecha 21 de marzo de 2006 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Melilla, al haberse acordado dejar sin efecto el archivo provisional del procedimiento al objeto de agotar la investigación y profundizar

en el hecho alusivo al terreno UE-11 recabando informes de los organismos públicos de la ciudad de Melilla que tuvieron intervención en los hechos referidos al terreno UE-11 en el que se construyeron 32 viviendas, fecha de concesión de la licencia, organismo que la dio, fecha de reparcelación del terreno etc. Indica además la referida resolución que este es el motivo más serio de la denuncia y que el mismo está referido al querellado D. Ernesto con la imputación de un posible delito previsto en el art. 320 C.P.” De todo lo anterior se desprende que acción penal ejercitada por el Sr. José no respondió al mero propósito insidioso de desprestigiar el crédito y reputación del querellado, sino al legítimo derecho del mismo de reclamar en vía penal la condena de lo que él ha creído como una conducta antijurídica llevada a cabo por el hoy demandante, desprendiéndose en todo caso de lo expuesto la “posible” existencia de ciertas irregularidades en relación con la UE-11 siendo el máximo responsable de dicha actuación el demandante en su condición en aquel momento de Cargo000 de Obras Públicas y Cargo001 de Envismesa. La determinación de si tales irregularidades existieron o no corresponde fijarla al Juzgado de Instrucción o al de lo contencioso administrativo. Sin embargo, lo que no se puede negar es que la actuación desarrollada por el Sr. José lo que pretendía es la plena libertad disposición de su parcela en las condiciones menos desfavorables posibles, que el Juzgado de Instrucción tras cerca de ocho años de investigación no ha acotado la investigación de las posibles irregularidades denunciadas (por lo que aparentemente existen indicios de que algunas pudieran existir), y todo ello sin perjuicio de lo que posteriormente resuelva la jurisdicción contencioso administrativa.

“Como señala el Tribunal Supremo en reiteradas sentencias, la facultad de acudir a los Tribunales no puede considerarse, siempre que no se desborden los límites y cauces marcados por la ley, como injerencia o intromisión ilegítima en el derecho al honor (Sentencias de 23-01-97, 8-02-97, 14-02-97), por lo que no cabe hablar nunca de una conducta deletérea causa de esa intromisión, cuando ello obedece a la actuación en defensa de los intereses de que es titular una persona que se considera así ofendida, y, por ende, elige la vía legítima de la denuncia o querrela de tales hechos que considera delictivos, y sobre todo, como en el caso de autos, cuando efectivamente, dicha querrela provoca la admisión y tramitación de una serie de actuaciones.

“Tercero.- Sobre la doctrina jurisprudencial aplicable en los casos de colisión entre el derecho al honor (art. 18.1 C.E) y la libertad de expresión e información (art. 20.1 C.E).

(...).

“Cuarto.- Intromisión ilegítima en el derecho al honor por las manifestaciones realizadas por el demandado a través de las notas o partes de relato enviadas periódicamente a diversos organismos oficiales.

“La segunda actuación desarrollada por el demandado que pudiera ser constitutiva de intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y propia imagen del actor expresada por este en su demanda se refiere a la difusión de diversas notas entre organismos oficiales, notas que son aportadas al presente

procedimiento, en las que se imputan delitos al actor, se le llama “estafador”, que tiene posibilidad de ir a la cárcel, que se marche de Melilla, que está querrellado y procesado etc., todo ello según expresaba el propio actor en su demanda.

“Se trata, más que de “notas” como refiere el actor, de un relato (así lo denomino el Sr. José en el acto de plenario), en el que de manera acumulada, asistemática, confusa, y con una periodicidad mensual, trata de muy diversos asuntos “públicos” relativos a la política, la justicia, la religión, etc., referidas esencialmente a la ciudad de Melilla. Dentro de esos “asuntos” el demandado hace especial referencia a D. Ernesto y su relación con la expropiación y actuaciones posteriores referentes a la UE-11 con la que el demandado se siente claramente perjudicado. En relación a este “asunto”, es evidente que el Sr. José se limita a informar a sus destinatarios de sus relatos en algunos pasajes, pero en otros no puede dudarse que emite opiniones, creencias y juicios de valor, que a su vez son distintos a los que realiza la contraparte según pudo apreciarse en el acto de plenario.

“Dicho esto, procede analizar si concurren en el presente caso las exigencias establecidas jurisprudencialmente para que el ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información se mantenga dentro de sus límites sin lesionar el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. En este sentido, debemos analizar si se trata de:

1.- Hechos con relevancia pública;

2.- Información veraz (en el caso de la libertad de información), o existencia o no de expresiones o apelativos insultantes, injuriosos o vejatorios que excedan del derecho a la crítica y sean claramente atentatorias para la honorabilidad de aquel cuyo comportamiento o manifestaciones que se critican (libertad de expresión).

“Por lo que se refiere a la primera cuestión, es evidente que las manifestaciones vertidas por el Sr. José gozan de relevancia pública en cuanto se refieren a un personaje público, D. Ernesto, en la actualidad Secretario del Juzgado de lo Social de Melilla, pero que en el momento en que aparece referida la información o emisión de juicios de valor desempeñaba el cargo de Cargo000 de Obras Públicas de la Ciudad Autónoma de Melilla y Cargo001 del Consejo de Administración de Envismesa (empresa municipal de la vivienda y el suelo). Las manifestaciones emitidas por el Sr. José se encuentran siempre referidas a aquella etapa de D. Ernesto en su calidad de Cargo000 y Cargo001 de Consejo de Administración, y aunque en si se refieren a un asunto particular del demandado al considerarse perjudicado en el proyecto de reparcelación derivado de la UE-11 y UE-12 en el que según el demandado participó en la mayoría de los acuerdos que le resultaron perjudiciales el Sr. Ernesto, tienen clara trascendencia pública al resultar también afectados los vecinos de la Urbanización Las Palmeras (según resulta de los documentos acompañados y de la prueba practicada en el acto de la vista a consecuencia de la actuación desarrollada en el proyecto de reparcelación sus viviendas no constan en el Catastro ni en el Registro de la Propiedad, no pueden disponer de la misma, y

no pagan IBI), los cuales han llegado ya a efectuar algunas quejas por la situación jurídica de sus viviendas (documentos núm. 9 a y b del escrito de contestación a la demanda), y afectar al interés público en cuanto al posible reproche a los poderes públicos por supuestas irregularidades en el proceso de reparcelación y construcción de posteriores viviendas, hechos que están de actualidad por los abusos llevados a cabo por los poderes públicos en numerosos lugares de España y que han dado lugar a destacados escándalos públicos. Existe finalmente otro dato de gran importancia al objeto de valorar la trascendencia pública de las manifestaciones realizadas por el Sr. José, como es la referencia en una única página entera al estado del procedimiento seguido por el Sr. José en el diario El Periódico Melillense del mes de agosto de 2007, en la medida que si el asunto no revistiese interés público, ninguna referencia al mismo se haría en un periódico local.

“La segunda cuestión consiste en determinar si la información es o no veraz o pueden encontrarse amparada en el derecho a la crítica, según se trate de manifestación de hechos o de creencia, opiniones o juicios de valor.

“En este sentido, entiende quien dicta la presente resolución que no es posible entrar a valorar, ni siquiera a los meros efectos prejudiciales (art. LEC), la legalidad de la actuación administrativa al objeto de determinar si las manifestaciones realizadas por el Sr. José se encuentran justificadas o no; en primer lugar, porque no se considera estrictamente necesario para la resolución de la presente litis, no se olvide, referida a la posible intromisión ilegítima en el derecho al honor de D. Ernesto; en segundo término, por la sencilla razón de que este juzgador no dispone de la totalidad del expediente administrativo, sino como manifestó la propia asistencia letrada del Sr. José, de una pluralidad de documentos, ni siquiera ordenados cronológicamente, que el mismo ha podido ir obteniendo a lo largo de todo el proceso.

“Desde esta perspectiva, y centrándonos ya de manera directa en el relato efectuado por el Sr. José, a D. Ernesto se hace referencia concretamente en los folios núm. 145, 187, 189, 190 del relato, y en varias de las octavillas aportadas que sin numeración de página el denunciante identifica en la parte superior izquierda con el número 2, que se refiere al número de documento acompañado con la demanda. Pues bien, entiende este juzgador que la mayoría de las manifestaciones realizadas por el Sr. José en los documentos acompañados no pueden considerarse intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante. A través de ellas el demandando informa del estado del expediente administrativo, emite juicios de valor acerca de la actuación de la Administración sin sobrepasar, a juicio de quien dicta esta resolución, los límites de los derechos en que se ampara. No obstante, si existen ciertas expresiones o manifestaciones del demandado dentro de su relato que rozan los expresados límites o lesionan directamente el derecho al honor, fama y reputación del Sr. Ernesto. Son los siguientes:

“- Doc. núm. 2, sin numeración, encabezado con el artículo de opinión del periódico El Telegrama de Melilla de fecha 21 de febrero de 2003; en la parte inferior del citado documento y debajo de una foto de archivo del Sr. Ernesto, el demandado expresa; el uno, estafador, no es el más listo de los componentes

de los tres complots unidos, obviamente un solo complot. El otro estafador (refiriéndose al Sr. Ernesto), ha obligado a inferiores, incluidos técnicos a emitir informes falsos. Tuvo que recurrir a técnicos de Málaga, porque ya se negaron en Melilla ¿usted ahora es Secretario de un Juzgado? En ella el demandado no solo utiliza una expresión objetivamente injuriosa, vejatoria, innecesaria, y lesiva al derecho al honor del Sr. Ernesto como es llamarle “estafador”, cuyo significado en el lenguaje cotidiano (según el diccionario de la Real Academia de la Lengua persona que comete un delito consistente en provocar un perjuicio patrimonial a alguien mediante engaño y con ánimo de lucro), es muy similar si no idéntico al jurídico, sino que además lo acusa abiertamente de obligar a inferiores a emitir informes falsos, acusación de gran importancia y calado que carece de justificación alguna tanto en el presente procedimiento como al parecer (ya que no existe imputación o constancia alguna en el procedimiento penal) en el ámbito de las diligencias previas abiertas.

“- Doc. núm. 2, sin numeración expresa. En su zona central superior izquierda escribe todavía no hay respuesta a la tercera carta. El arquitecto melillense D. Rafael y D. Ernesto en teoría al menos pueden ir a prisión. La información aunque no es del todo incorrecta, está expresada de forma que induce o puede inducir a error. Teóricamente, la mayoría de las personas contra las que se interpone una denuncia pudieran ir a la cárcel, si el tipo penal en cuestión anuda la pena de prisión. Sin embargo la expresión utilizada es errónea; en primer lugar porque la imputación penal en mucho más de la mitad de las ocasiones termina con auto de archivo o sentencia absolutoria; en segundo lugar, porque aunque la querella interpuesta por el Sr. José ha sido admitida a trámite y actualmente se encuentra abierta, se desconoce en el presente procedimiento (ya que no ha sido aportado) si en el ámbito de las diligencias previas al Sr. Ernesto se le recibió declaración en calidad de imputado. El propio auto de la Secc. 8ª de la Audiencia Provincial de Málaga establece la posibilidad de que el instructor acuerde la declaración del querellado, pero no la exige y la deja a su arbitrio. En todo caso la imputación penal constituye una mera sospecha, alejada todavía de los indicios racionales que conlleva la acusación. Se hace creer, en detrimento de la fama y reputación del Sr. Ernesto un estado del procedimiento y de la imputación que al parecer no es real.

“- Doc. núm. 2, sin numeración expresa, en el que en la parte superior izquierda consta la fotografía de Eugenio. En el expresa el Sr. José a este señor todo le da lo mismo, como a su ex jefe D. Ernesto todavía siendo ambos imputados en una querella del año 2002 no han declarado que yo sepa. Vuelve a inducir a error el Sr. José, bien de manera intencionada, bien mediante por negligencia manifiesta. Aunque se desconoce la fecha de esta parte del “relato”, hay que incidir nuevamente en que no se acredita por el demandado que el Sr. Ernesto haya sido imputado en la causa, no derivándose necesariamente de la admisión de la querella la imputación penal que pretende.

“- Doc. núm. 2, página 145 del relato, en el que se expresa Sr. Ernesto salga de la ciudad y aligere el peso que gravita sobre ella. Igualmente, doc. núm. 2 sin enumerar en la que aparece una foto de los Juzgados relativa al diario Melilla Hoy, y en cuyo reverso (zona central) se expresa sería aconsejable buscar un



empleo en la península a D. Ernesto, del que debe apartarse cualquier político que necesite ayuda y gente. Entiende este juzgador que tales manifestaciones deben tener cabida dentro de la crítica a la que están sometidos los cargos políticos y los funcionarios públicos, y que aunque se emiten opiniones o creencias, no tiene un contenido objetivamente injurioso o difamatorio.

“Por otro lado, las manifestaciones que se han considerado objetivamente ofensivas coinciden sustancialmente con las expresadas por el actor en su demanda, y con las que el propio actor ha señalado en el acto de la vista como lesivas a su derecho al honor.

“Sexto.- Supuesta intromisión ilegítima al honor por la realización de llamadas a terceros.

“Alega el demandante intromisión ilegítima al derecho al honor por realizar el demandado llamadas desde su número de teléfono a diversos organismos oficiales como la Consejería de Obras Públicas, Audiencia Provincial, Juzgado de lo Social, reiterando la imputación de delitos al actor.

“Ninguna prueba se ha realizado a tal fin, ya que aunque el Sr. José reconoce haber realizado diversas llamadas a tales organismos, no recuerda el contenido de las conversaciones mantenidas, incumbiendo a la parte actora la justificación de la intromisión ilegítima al honor no solo conforme a lo dispuesto en el art. 217.1 LEC al estar obligado a probar los hechos constitutivos de su pretensión, sino también teniendo en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria de que disponía (art. 217.6 LEC), habiendo sido suficiente traer en calidad de testigos a algunos de los receptores de dichas llamadas, a los cuales incluso llega a identificar en su demanda.

“Según el art. 9.2 y 9.3 de la L.O 1/1982 disponen que la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados. 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.

“De entre los diferentes mecanismos de tutela previstos en la Ley, el actor únicamente solicita la indemnización de los daños y perjuicios causados que valora en la cantidad de 50 000 euros. Como ya se ha expresado ut supra de los diferentes modos en los que el actor considera que ha sido lesionado su honor solo ciertas expresiones del “relato” que el demandado viene realizando, se consideran por este juzgador que constituyen intromisión ilegítima al derecho al honor del actor, en concreto; las expresiones estafador, ha obligado a inferiores, incluidos técnicos a emitir informes falsos. Tuvo que recurrir a

técnicos de Málaga, porque ya se negaron en Melilla ¿usted ahora es Secretario de un Juzgado? (...) El arquitecto melillense D. Rafael y D. Ernesto en teoría al menos pueden ir a prisión (...) a este señor todo le da lo mismo, como a su ex jefe D. Ernesto todavía siendo ambos imputados en una querrela del año 2002, no han declarado que yo sepa.

“Pues bien, considerando la totalidad de la cantidad objeto de indemnización solicitada por los actores 50 000 €, la vigencia dentro del proceso civil del principio dispositivo, el hecho de que la mayor parte de las manifestaciones y expresiones vertidas por el Sr. José se han considerado incluidas dentro del ámbito de la libertad de expresión e información, la gravedad de las manifestaciones que se considera que lesionan el derecho al honor, su difusión a unos doscientos cincuenta organismos acompañando en una ocasión una fotografía de archivo que contribuye a su difusión, y la credibilidad que ab initio ofrecen las mismas entre otros motivos por las dificultades y confusión que genera su lectura, se estima proporcionada una indemnización por importe de 5 000 €

“Séptimo (Octavo).- Costas

“De conformidad con lo establecido en el art. 394.2 LEC, no ha lugar a especial pronunciamiento en materia de costas al ser parcial la estimación de pretensiones.

TERCERO.- La Audiencia Provincial de Málaga dictó sentencia de 17 de octubre de 2008 en el rollo de apelación núm. 49/2008, cuyo fallo dice:

“Fallo. Que, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. José Luis Ybanco Torres en nombre y representación de D. José, debemos confirmar y confirmarnos la sentencia dictada el día veinticinco de febrero de dos mil ocho por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Melilla en el juicio ordinario núm. 290 de 2007, e imponemos al apelante las costas del recurso”.

CUARTO.- La sentencia contiene los siguientes fundamentos de Derecho:

“Primero.- Tres son los hechos que la demanda marca como susceptibles de predecir la intromisión ilegítima en el honor del actor, el primero la querrela criminal interpuesta contra él por el demandado, el segundo las notas difundidas por el demandado entre los organismos oficiales, incluido juzgados, colegio de abogados y particulares, imputando delitos al demandante, al que llama reiteradamente estafador, que tiene posibilidad de ir a la cárcel, que se marche de Melilla y que está querrellado y procesado, y el tercero las llamadas telefónicas a distintos organismos oficiales. De estos tres, la sentencia apelada sólo considera como constitutivo del ataque al honor que la demanda persigue al segundo por lo que, al no haber sido impugnada la resolución por el demandante, su argumento hace que cobre firmeza el pronunciamiento respecto a los hechos primero y tercero, por lo que el conflicto queda reducido al segundo de los hechos relatados de la demanda, y a ese extremo debe reducirse el recurso, en el que pretende el demandado la revocación de la

sentencia apelada y su íntegra desestimación, por entender la parte recurrente que no ha existido intromisión ilegítima en los derechos fundamentales del actor, ya que no aplica correctamente dicha resolución la doctrina jurisprudencial existente sobre la colisión entre el derecho al honor y los derechos a la libertad de expresión e información.

“Segundo.- El demandado reconoce en el acto del juicio que ha dirigido varios escritos a Juzgados, Audiencias y Comisarías, entre otros diversos organismos públicos, en los que ha llamado hasta nueve veces al demandante estafador, justificando su actuación por haber visto anulada la tutela judicial a que tiene derecho y consideró que el único mecanismo para defenderse era ese, enviándolo además a los medios de comunicación para que sean conocedores de su situación, de la que considera inductor al demandante. Los hechos concretos que la sentencia declara probados en base a la documental aportada, son los siguientes:

“Doc. núm. 2, sin numeración, encabezado con el artículo de opinión del periódico El Telegrama de Melilla de fecha 21 de febrero de 2003; en la parte inferior del citado documento y debajo de una foto de archivo del Sr. Ernesto, el demandado expresa; el uno, estafador, no es el más listo de los componentes de los tres complots unidos, obviamente un solo complot. El otro estafador (refiriéndose al Sr. Ernesto), ha obligado a inferiores, incluidos técnicos a emitir informes falsos. Tuvo que recurrir a técnicos de Málaga, porque ya se negaron en Melilla ¿usted ahora es Secretario de un Juzgado? En ella el demandado no solo utiliza una expresión objetivamente injuriosa, vejatoria, innecesaria, y lesiva al derecho al honor del Sr. Ernesto como es llamarle “estafador”, cuyo significado en el lenguaje cotidiano (según el diccionario de la Real Academia de la Lengua persona que comete un delito consistente en provocar un perjuicio patrimonial a alguien mediante engaño y con ánimo de lucro) es muy similar si no idéntico al jurídico, sino que además lo acusa abiertamente de obligar a inferiores a emitir informes falsos, acusación de gran importancia y calado que carece de justificación alguna tanto en el presente procedimiento como al parecer (ya que no existe imputación o constancia alguna en el procedimiento penal) en el ámbito de las diligencias previas abiertas. -Doc. núm. 2, sin numeración expresa. En su zona central superior izquierda escribe todavía no hay respuesta a la tercera carta.

El arquitecto melillense D. Rafael y D. Ernesto en teoría al menos pueden ir a prisión. La información aunque no es del todo incorrecta, está expresada de forma que induce o puede inducir a error. Teóricamente, la mayoría de las personas contra las que se interpone una denuncia pudieran ir a la cárcel, si el tipo penal en cuestión anuda la pena de prisión. Sin embargo la expresión utilizada es errónea; en primer lugar porque la imputación penal en mucho más de la mitad de las ocasiones termina con auto de archivo o sentencia absolutoria; en segundo lugar, porque aunque la querrela interpuesta por el Sr. José ha sido admitida a trámite y actualmente se encuentra abierta, se desconoce en el presente procedimiento (ya que no ha sido aportado) si en el ámbito de las diligencias previas al Sr. Ernesto se le recibió declaración en calidad de imputado. El propio auto de la Secc. 8a de la Audiencia Provincial de

Málaga establece la posibilidad de que el instructor acuerde la declaración del querellado, pero no la exige y la deja en su arbitrio.

En todo caso la imputación penal constituye una mera sospecha, alejada todavía de los indicios racionales que conlleva la acusación. Se hace creer, en detrimento de la fama y reputación del Sr. Ernesto, un estado del procedimiento y de la imputación que al parecer no es real. -Doc. núm. 2, sin numeración expresa, en el que en la parte superior izquierda consta la fotografía de Eugenio. En él expresa el Sr. José a este señor todo le da lo mismo, como a su ex jefe D. Ernesto todavía siendo ambos imputados en una querrela del año 2002 no han declarado que yo sepa. Vuelve a inducir a error el Sr. José, bien de manera intencionada bien mediante por negligencia manifiesta. Aunque se desconoce la fecha de esta parte del "relato", hay que incidir nuevamente en que no se acredita por el demandado que el Sr. Ernesto haya sido imputado en la causa, no derivándose necesariamente de la admisión de la querrela la imputación penal que pretende. Doc. núm. 2, página 145 del relato, en el que expresa Sr. Ernesto ¡salga de la ciudad! ¡Y aligere el peso que gravita sobre ella! Igualmente, doc. núm. 2 sin enumerar en la que aparece una foto de los Juzgados relativa al diario Melilla Hoy, y en cuyo reverso (zona central) se expresa sería aconsejable buscar un empleo en la península a D. Ernesto, del que debe apartarse cualquier político, que necesite ayuda y gente. Entiende este juzgador que tales manifestaciones deben tener cabida dentro de la crítica a la que están sometidos los cargos políticos y los funcionarios públicos, y que aunque se emiten opiniones o creencias, no tiene un contenido objetivamente injurioso o difamatorio. Por otro lado, las manifestaciones que se han considerado objetivamente ofensivas coinciden sustancialmente con las expresadas por el actor en su demanda, y con las que el propio actor ha señalado en el acto de la vista como lesivas a su derecho al honor."

"Tercero.- El artículo 18.1 de la Constitución Española de 1978 establece que se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en tanto que el artículo 20.1 apartados a) y d), reconocen el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones y a comunicar o recibir libremente información veraz, señalando el apartado 4 del artículo 20 que estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

La resolución de la cuestión litigiosa requiere determinar si las expresiones utilizadas por el demandado están amparadas por los derechos de libertad de expresión y de información, o si suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor. Conforme a reiterada doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la colisión o conflicto entre los derechos fundamentales al honor y a la intimidad de una parte, y la libertad de información y de expresión de otra, se han sentado las directrices que se exponen a continuación: que la delimitación entre la colisión de tales derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos; que la tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica y absoluta, que sobre los derechos denominados de la personalidad del artículo

18 de la Constitución, ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1 d) en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública, libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refieren; que cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que puedan afectar en otros bienes constitucionales, como son el honor y la intimidad, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues solo entonces puede exigirse de aquéllos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad; que tal relevancia comunitaria y no simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia y reside en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir el conflicto entre el honor y la intimidad de una parte, la libertad de información por otra; y que la libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona identificada por su nombre y apellidos, o a de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprochables a todas luces, sean cuales fueren usos sociales del momento (SSTS 23 de marzo y 26 de junio de 1987, de noviembre de 1990, 14 de febrero de 1992, 28 de abril y 4 de octubre de 1993, 18 de mayo de 1994 o 7 de julio de 1997, entre otras muchas).

En relación con las directrices jurisprudenciales expuestas, es de incluir, asimismo, aquéllas que conceden mayor prevalencia al interés general cuando la persona afectada por la tarea informativa ostenta el carácter de persona pública en función del cargo desempeñado en la vida política o social, en cuyos casos, la protección a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.1 de la constitución debe ceder, en una mayor medida, frente a los reconocidos en los apartados a) y d) de su artículo 20.1; pero como cortapisa a la mayor prevalencia a conceder al interés general cuando la persona afectada ostente el carácter de persona pública en razón del cargo de desempeña, es de tener en cuenta, como expone la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1992, que la libertad de expresión no puede estar protegida cuando con insidias o ataques innecesarios se provoca el deshonor de las personas, puesto que el derecho al honor es un derecho, en cuanto derivado de la dignidad humana, a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo (inmanencia o aspecto interno de tal derecho), o ante los demás (trascendencia o aspecto externo), y cuya negación se produce fundamentalmente a través de alguna expresión proferida o calificación atribuida a una persona que la haga desmerecer en su propia estimación o en el entorno social o profesional en que se desenvuelve. La sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2008, fija como requisitos que debe reunir la información para poder ser considerada prevalente al derecho al honor, los de interés público, veracidad y exposición no injuriosa o insultante.

Es igualmente doctrina consolidada de dicho Alto Tribunal, sentencia de 26 de julio de 2006, que el concepto de honor es de naturaleza cambiante según los valores e ideas sociales vigentes en cada tiempo y lugar, por lo que el tribunal debe valorar esas intromisiones desde una perspectiva objetiva marcando el nivel de tolerancia o rechazo común a cualquier tiempo y lugar, y partiendo de que en caso de colisión del derecho al honor con otros derechos fundamentales ninguno de los derechos en conflicto es absoluto, no cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, e innecesarios para el ejercicio de un derecho a la tutela judicial efectiva y de formación de opinión, supone un daño injustificado a la dignidad de las personas o al prestigio de las instituciones, pues la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la dignidad de la persona proclamada en su artículo 10.1. Por todo ello, y aun suponiéndole un interés al asunto por incidir en el desarrollo urbanístico de la Ciudad Autónoma, incluso tratándose de una actuación realizada por el demandante en el ejercicio de su función pública en el campo político, no es cierto que el modo de actuar el demandado fuese necesario para ver satisfecho su derecho, para el que tiene abierta la vía penal y es de suponer que la contencioso-administrativa, no entendiendo la Sala la necesidad que alega el recurrente para ver satisfecho su derecho a la tutela judicial efectiva, siendo un desahogo innecesario, gratuito, y con una finalidad exclusiva de descrédito y desmerecimiento público del afectado.

“Cuarto.- Dispone el artículo 398.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, las costas del mismo se impondrán a la parte que las haya visto totalmente rechazadas”.

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. José, se formulan los siguientes motivos:

Motivo primero.- “Vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información del art. 20.1 CE, frente al derecho al honor (art. 18.1 CE)”.

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

El procedimiento ha versado únicamente sobre la vulneración del derecho fundamental al honor de D. Ernesto y no sobre los derechos a la intimidad y a la propia imagen. Pese a ello, el fallo de la sentencia considera que ha existido intromisión ilegítima en los tres derechos y la sentencia de la Audiencia Provincial, confirma dicho fallo.

En cuanto al derecho al honor, la sentencia de instancia que se ha confirmado en su integridad, indica que el Sr. José, en el relato se limitó a informar a los destinatarios en algunos pasajes, pero en otros emite opiniones, creencias y juicios de valor.

Según la sentencia de instancia las manifestaciones del Sr. José se refieren al tiempo en que el demandante era Cargo000 de Obras públicas de la Ciudad

Autónoma de Melilla y Cargo001 de Envismesa (cargos públicos); tienen trascendencia pública al afectar a los vecinos de la urbanización Las Palmeras y un diario local, el periódico Melillense, se ha hecho eco de la noticia para concluir que el asunto reviste interés público. Respecto a la veracidad según el Juzgador era imposible valorar la legalidad de la actuación administrativa al carecer del expediente administrativo completo y, por otro lado, lo consideraba innecesario a efectos del procedimiento.

La sentencia de instancia entiende que la mayoría de las manifestaciones del Sr. José no constituyen ninguna intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante, pues se informaba del trámite del expediente administrativo dentro de los límites de los derechos del artículo 20.1 CE; no obstante, otras manifestaciones del Sr. José han sobrepasado los límites de dichos derechos y atentan al honor, a la fama y a la reputación del Sr. Ernesto, en concreto las siguientes:

- Llamarlo “estafador” y acusarlo de obligar a inferiores a “emitir informes falsos”.
- Indicar que “en teoría al menos pueden ir a prisión”.
- Referir que está “imputado en una querella”.

El Juzgador de instancia estimó la demanda parcialmente aunque no indicó porqué dichas manifestaciones excedían de los límites constitucionalmente exigidos y no motivó porqué atentaban al honor y tampoco refirió si estas expresiones debían considerarse una manifestación del derecho a la libertad de información o de expresión.

Los hechos son susceptibles de prueba (libertad de información) mientras que las opiniones o juicios de valor (libertad de expresión) no se prestan a una demostración de exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación que sí condiciona, en cambio, el derecho a la información (SSTC 204/01, 160/03, 76/02, entre otras).

La sentencia recurrida considera que dichas expresiones atentan al honor del demandante y añade que no era necesario actuar como lo hizo el Sr. José, pues era gratuito e innecesario y su finalidad era exclusivamente el descrédito y el desmerecimiento público del demandante teniendo a su disposición la vía penal y es de suponer que la contencioso-administrativa (FJ 3.º, in fine).

De la documental aportada con la contestación a la demanda resulta que la vía penal fue utilizada, pero su resultado dejaba mucho que desear, pues se archivaron las actuaciones penales tras varios años de instrucción (aunque no se practicara ninguna diligencia de investigación), pero se revocó el sobreseimiento decretándose la continuación del procedimiento. No obstante, cuando se solicitaron nuevos actos de instrucción se volvió a denegar su práctica; así, la aportación del expediente de reparcelación completo ha vuelto

a ser denegado como consta en el auto de 27/02/08, DP núm. 1236/02, del Juzgado de Instrucción núm. 3 de Melilla.

¿Cómo es posible que la AP considere que está abierta la vía penal y que la queja pública por lo que está ocurriendo es innecesaria? El recurrente ha demostrado que la vía penal no ha sido realmente efectiva, pues constantemente se impide investigar lo ocurrido y, sí la diligencia esencial no se practica (el expediente administrativo de reparcelación completo), no existe efectividad judicial.

Esta parte tampoco está facultada para comparecer ante la jurisdicción contencioso-administrativa como refiere erróneamente la AP, de hecho, el proyecto de reparcelación no ha sido aprobado definitivamente. No existe un acto administrativo que pueda ser recurrido.

La cuestión es compleja, pero sirve para justificar la veracidad y la relevancia pública de la información.

El expediente de reparcelación puede ser aprobado de forma voluntaria o forzosa como dispone el Reglamento de gestión urbanística. Como el recurrente no ha alcanzado un acuerdo con la empresa municipal Envismesa (el otro propietario de la UE-11), el trámite a seguir es el forzoso, pero sigue sin concluirse al día de hoy, pues quien debe concluir el expediente es la Consejería de Fomento y se construyó la urbanización "Las Palmeras" con viviendas de protección oficial (otorgando licencias manifiestamente ilegales mientras estaba abierto el proceso de reparcelación). Por tanto, la Ciudad Autónoma no tiene premura por concluir el expediente y le es indiferente si dicho trámite concluye o no.

Si el recurrente quiere la parte que le corresponde de su terreno debe firmar un acuerdo que le es perjudicial, ya que en caso contrario no se va a concluir el expediente administrativo de forma forzosa.

Y siendo cierto que pudiera accederse a la jurisdicción contencioso-administrativa o incluso la vía penal fuera efectiva, ¿conllevaría ello que el recurrente debe abstenerse de ejercitar sus derechos fundamentales a la libertad de expresión e información? La interpretación de la AP es contraria al espíritu constitucional, pues la información es veraz y de interés público tanto por el contenido como por las personas implicadas.

La libertad de expresión permite la emisión de juicios de valor, de opiniones, la crítica (STC 160/2003), aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige (SSTC 278/2005, 39/2005, 160/2003, 232/2002, 204/2001 y 6/2000).

Las manifestaciones no van dirigidas contra un simple particular sino contra una persona con notoriedad pública que está obligada a soportar un grado mayor de crítica (STC 112/2000, de 5 de mayo).



Las manifestaciones del recurrente siempre se han referido a cuestiones cuya divulgación era necesaria para la información y la crítica relacionada con el desempeño de la actividad pública por el Sr. Ernesto. Nunca se ha atacado su vida privada, ni personal ni familiar y nunca se ha sobrepasado el límite de la imagen social que creaba su actividad como cargo público (STC 173/1995).

Tampoco se puede desatender el contexto en el que se vierten las expresiones (SSTS de 06/04/1995 y 31/01/1995).

Llamar “estafador” al demandante devenía del descontento del recurrente por su actuación en la tramitación del expediente administrativo.

El Sr. Ernesto engañó al Sr. José y consiguió que una empresa municipal en iguales condiciones que el recurrente, edificara en un terreno en el que era imposible hacerlo desde el punto de vista de la legislación urbanística según la contestación a la demanda a la que se remite. La empresa que edifica es una empresa con capital municipal y el cargo de Cargo001 del Consejo de Administración de dicha empresa era alternado por el demandante con el Cargo000 de Obras Públicas.

Añade que sus subordinados como D. Fernando, Cargo002 de urbanismo de la Consejería de Fomento de la Ciudad Autónoma de Melilla informaron favorablemente la concesión de licencias de urbanización y edificación de la urbanización “Las Palmeras” cuando estaba pendiente la reparcelación. El recurrente tildó de “falsos” dichos informes, pues el hecho de informar favorablemente proyectos de edificación o la concesión de licencias contrarias a las normas urbanísticas vigentes constituye un delito tipificado en el artículo 320 CP.

Debe matizarse si se trata de hechos u opiniones o juicios de valor, pues ello denotaría aplicar la doctrina sobre la libertad de información o sobre la libertad de expresión. Sin embargo, dado el deslinde poco nítido de ambos derechos (SSTC 6/1998, 107/1998, 143/1991, 190/1992), no es fácil calificar en presencia de cuál estamos atendiendo a estas expresiones de forma que serán de aplicación las SSTC 6/1998, 105/1990, 172/1990, 123/1993, 76/1995 o 78/1995, así, en los supuestos en que se mezclan elementos de una y otra significación debe atenderse al que aparezca como preponderante o predominante para subsumirlos en el correspondiente apartado del artículo 20. 1 CE.

Se trata de exposición de hechos y deberá ponderarse si son noticiables y su veracidad y concluye que ambos elementos confluyen, las manifestaciones no vulneran el derecho al honor del demandante (STC 6/1988, de 21 de enero, FJ 5.º).

La alusión a informes falsos emitidos por subordinados del Sr. Ernesto sería la exposición de un hecho; no obstante, la palabra “estafador” podría considerarse un hecho o una opinión. En cualquier caso, comprobada la veracidad de dicha afirmación por los documentos aportados debe valorarse si dicha expresión es injuriosa o innecesaria ya que no basta la utilización de un

calificativo concreto para considerar que existe una intromisión en el derecho al honor del demandante, pues no puede obviarse:

- El contexto en el que se realiza dicha calificación.
- Que el calificativo tiene una base real, una justificación y no es gratuito por los graves perjuicios sufridos por el Sr. José frente al beneficio obtenido por Envismesa al construir en contra de las normas urbanísticas.
- Que la expresión utilizada es habitual en sentido coloquial para definir cuando una persona ha sido engañada y perjudicada.

También afirmó el recurrente que “en teoría al menos pueden ir a prisión” y que está “imputado en una querrela”.

Según el Juzgador de instancia: “La información, aunque no es del todo incorrecta, está expresada de forma que induce o puede inducir a error”.

Estamos en presencia del derecho a la información, al exponerse hechos y la afirmación cumple los dos requisitos de trascendencia o relevancia pública y veracidad, pues el derecho fundamental a la información no impide errores. Pero lo cierto es que dicha expresión no es un error. El recurrente expone que “en teoría pueden ir a prisión”, es decir, si se dan los elementos del tipo y se acreditan los hechos denunciados, las penas pueden ser de prisión. Y ello es veraz. No se afirma categóricamente que el demandante vaya a ir a prisión sino que dados los hechos concurrentes cabe dicha posibilidad.

Según el Juzgador una querrela no conlleva necesariamente la imputación del querrelado. Eso es cierto, pero no por eso deja de ser verdad la expresión de que están imputados en una querrela. En la querrela se acusa, culpa, imputa, responsabiliza, incrimina, denuncia, entre otros, al demandante y, por tanto, es del todo cierto que la querrela imputa al Sr. Ernesto.

Los derechos a la libertad de información y expresión en el presente supuesto deben primar sobre el derecho al honor por comunicar hechos con relevancia pública y veraces a lo que se une el carácter público del demandante.

Motivo segundo.- “Vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información del art. 20.1 CE, frente al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)”.

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Tanto la sentencia de instancia como la de apelación (ésta última por confirmación de la primera) declaran que se ha vulnerado la intimidad del demandante, pero no justifican dicha declaración.

El Sr. José está indignado con el demandante por su labor como cargo público, pero no menciona ningún acto relativo a su vida íntima o familiar. Se critica la labor desarrollada en la reparcelación de la UE-11.

El derecho a la intimidad personal y familiar es el derecho de toda persona a evitar injerencias en su vida privada. Por ello, debe ser revocada la declaración de vulneración del derecho a la intimidad del Sr. Ernesto porque no se cumplen los requisitos fácticos para considerar siquiera un ataque a dicho derecho, pues la crítica al demandante fue sobre su actividad pública, pero nunca sobre su vida privada.

Motivo tercero.- “Vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información del art. 20.1 CE, frente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE)”.

Dicho motivo se funda, en resumen, en lo siguiente:

Al igual que ocurría con el derecho a la intimidad, la sentencia de instancia no motiva porqué se ha vulnerado el derecho a la propia imagen y la sentencia de apelación tampoco le dedica una sola línea a esta cuestión, pero confirma el fallo de la sentencia recurrida en apelación confirmando de esta forma que ha existido vulneración del derecho a la imagen del demandante.

Únicamente se hace referencia a la fotografía del demandante en el último párrafo del FJ 7.º de la sentencia de instancia como una agravación para determinar la indemnización más que como una justificación de la declaración de intromisión en el derecho a la imagen.

Ante esta falta de motivación no sería necesario añadir nada más para justificar la revocación de la sentencia en relación con el derecho a la propia imagen del demandante; no obstante, la jurisprudencia ampara al recurrente y la divulgación de la fotografía no vulnera derecho alguno del Sr. Ernesto.

Cita la STS de 14 de marzo de 2003, RC núm. 2313/1997.

Quedo reconocido tanto en la sentencia de instancia como por el demandante en el juicio que la imagen divulgada es de las denominadas comúnmente de archivo (FJ 4.º, párrafo 8.º), estando por ello destinadas a ser difundidas libremente. En cualquier caso, al ser un personaje público y captada su imagen en un lugar público (una rueda de prensa), el derecho a la imagen está desprovisto de protección.

Debe ser revocado el fallo de la sentencia de instancia confirmado por la sentencia de la Audiencia Provincial y no puede ser condenado el recurrente por haber vulnerado el derecho fundamental a la imagen del demandante porque la divulgación de la imagen de un personaje público captada en un lugar público carece de protección constitucional según la jurisprudencia.

Termina solicitando de la Sala “que habiendo por presentado este escrito y copias, lo admita y, en su virtud, tenga por interpuesto, en plazo y forma, recurso de casación contra la sentencia núm. 55/08, de fecha 17/10/08, dictada en el rollo apelación civil núm. 49/08, por los motivos invocados en el cuerpo de este escrito, elevando los autos al Tribunal competente para su resolución, y

tras los trámites legales pertinentes, se dicte sentencia por la que, estimando el recurso de casación, case y anule la resolución impugnada, y resolviendo sobre el fondo, desestime la demanda del Sr. Ernesto, y declaren todos o algunos de los siguientes pronunciamientos:

“- Que no ha existido intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante.

“- Que no ha existido intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad personal del demandante.

“- Que no ha existido intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen del demandante.

“- Se condene al demandante de forma expresa al abono a esta parte de las costas de la primera instancia”.

SEXTO.- Por ATS de 12 de enero de 2010 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de impugnación del recurso presentado por la representación procesal de D. Ernesto, se formulan, en síntesis, las siguientes alegaciones:

El recurrente insiste en confundir lo que es el insulto con intención de descrédito público con el derecho a la información.

El derecho a la información está limitado y el recurrente ha provocado daños injustificados en el honor del recurrido con la remisión de panfletos a entidades, instituciones y particulares.

Termina solicitando de la Sala que “se confirme la sentencia recurrida y se condene en costas al recurrente Sr. José al tener por formulada oposición al recurso de casación”.

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal informa, en resumen, lo siguiente:

El Fiscal apoya el recurso interpuesto en base a las siguientes razones:

Motivo primero.- Vulneración del derecho a la libertad de expresión e información del artículo 20.1 CE frente al derecho al honor.

Únicamente da contestación al primero de los motivos, pues en el segundo y tercero se refiere al derecho a la intimidad y a la propia imagen y de la lectura de la sentencia recurrida se deduce con claridad que solo ha sido condenado por vulneración al derecho al honor aun cuando se haya utilizado la denominación genérica de “intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y a la propia imagen”.

El recurrente en el desarrollo argumental del motivo cuestiona el juicio ponderativo efectuado por la Audiencia Provincial, pues considera que los hechos publicados son veraces y no son injuriosos.

Reiterada jurisprudencia del TS (entre otras muchas, SSTS de 23 de marzo de 1987, 14 de febrero de 1992 y 18 de mayo de 1994), en relación con el problema de la colisión entre los derechos fundamentales al honor y la intimidad personal y a la propia imagen, de un lado, y los de libertad de expresión e información, por otro, recoge las declaraciones del TC que se resumen en las directrices siguientes:

a) La delimitación de la colisión entre los mencionados derechos ha de hacerse caso por caso y sin fijar apriorísticamente los límites entre ellos;

b) La tarea de ponderación ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica o absoluta, que sobre los denominados derechos de la personalidad del artículo 18 CE ostenta el derecho a la libertad de información del artículo 20.1.d) CE, en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático, siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen;

c) Cuando la libertad de información se quiere ejercer sobre ámbitos que pueden afectar a otros bienes constitucionales, como son el honor, la intimidad y la propia imagen, es preciso para que su proyección sea legítima, que lo informado resulte de interés público, pues solo entonces puede exigirse de aquéllos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesen a la comunidad;

d) Tal relevancia comunitaria, y no la simple satisfacción de la curiosidad ajena, con frecuencia mal orientada e indebidamente fomentada, es lo único que puede justificar la exigencia de que se asuman aquellas perturbaciones o molestias ocasionadas por la difusión de determinada noticia, residiendo en tal criterio, por consiguiente, el elemento final de valoración para dirimir, en estos supuestos, el conflicto entre el honor, la intimidad y la propia imagen, de una parte, y la libertad de información, de la otra;

e) La libertad de expresión no puede justificar la atribución a una persona, identificada con su nombre y apellidos, o de alguna forma cuya identificación no deje lugar a dudas, de hechos que la hagan desmerecer del público aprecio y respeto, y reprobables a todas luces, sean cuales fueran los usos sociales del momento.

La jurisprudencia de esa Sala, consolidando una doctrina coincidente con la del Tribunal Constitucional, ha mantenido reiteradamente que la libertad de expresión que alcanza a la manifestación de opiniones, es libre y sin censuras ni cortapisas (artículo 20.1.a CE) y la libertad de información se refiere a

hechos y exige los presupuestos de interés general y veracidad (artículo 20.1.d)

El honor de las personas viene determinado por la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la persona, distinguiéndose el aspecto objetivo o consideración externa o social y el aspecto subjetivo o consideración interna o individual; en definitiva, la buena reputación frente a los demás y la pretensión individual de autoestima. El aspecto objetivo es la trascendencia o exteriorización, representado por la estima que los demás hacen de nuestra dignidad.

En el presente caso se ha condenado al recurrente por vulneración del derecho al honor del recurrido en base fundamentalmente a los siguientes hechos recogidos en el fundamento de derecho quinto de la sentencia de primera instancia, por llamarle en una nota “estafador”, decir que ha obligado “a inferiores incluidos técnicos a emitir informes falsos”. Por decir en otra nota que el recurrido en “teoría al menos puede ir a prisión”. En otra que siendo “imputado” no ha declarado. Estas notas no se difundieron a través de la prensa sino que se entregaron por el recurrente a distintos organismos públicos.

Consideramos que en el presente caso llamar a una persona estafador objetivamente puede ser un ataque al honor, pero hay que efectuar un juicio ponderado de las circunstancias concurrentes en el caso en relación con el contexto social en que sucedieron los hechos, pues esta calificación está en estrecha relación con los hechos denunciados en la causa penal, que todavía estaba abierta en el momento en que le calificó de estafador, y en la que se conoce entre otros delitos el de estafa así como el de prevaricación, todo ello en relación con la actuación del demandante como Cargo000 de Obras públicas y Cargo001 de una empresa pública, en la expropiación y actuaciones posteriores de un terreno referentes a la UE-11, reparcelación del terreno y concesión de las licencias de 32 viviendas, actuaciones con las que el demandado se siente claramente perjudicado y que además son de indudable interés público, como afirma por otra parte la sentencia de primera instancia en su fundamento de derecho quinto por el posible reproche a los poderes públicos en numerosos lugares de España y que han dado lugar a numerosos escándalos públicos. Asimismo la trascendencia pública de los hechos objeto de la crítica del recurrente es patente como lo demuestra la publicación en un diario de Melilla del estado del procedimiento iniciado por el recurrente Sr. José.

Además la persona afectada por la crítica llevada a cabo por el demandado recurrente es un personaje político, consejero de obras públicas y que por lo tanto está obligado a soportar un plus de crítica según reiterada jurisprudencia de esa Sala.

En conclusión en el presente caso el juicio de ponderación de los derechos afectados, nos lleva a considerar la crítica realizada en las notas enviadas a los organismos públicos previamente expuesta y por la que ha sido condenado en primera instancia y por la Audiencia Provincial, adecuada a las circunstancias

en que se han desenvuelto los polémicos hechos, que están siendo investigados en un procedimiento penal, que han perjudicado al recurrente que preciso es recordar es lego en derecho y que ostentan un interés público indudable por afectar a un tema desgraciadamente tan importante y de tanta actualidad en nuestro país como el urbanístico, por lo que a nuestro juicio debe primar el derecho a la libertad de expresión sobre el derecho al honor.

En consecuencia y por todas las razones expuestas interesamos se estime el presente motivo.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 8 de junio de 2011, en que tuvo lugar.

DÉCIMO.- En los fundamentos de esta resolución se han utilizado las siguientes siglas jurídicas:

AP, Audiencia Provincial.

ATS, auto del Tribunal Supremo.

CE, Constitución Española.

DP, diligencias previas.

FJ, fundamento jurídico.

LEC, Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

LPDH, Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen.

RC, recurso de casación.

SAP, sentencia de la Audiencia Provincial.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

SSTEDH, sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

SSTS, sentencias del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

STEDH, sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

STS, sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera, si no se indica otra cosa).

TC, Tribunal Constitucional.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, que expresa el parecer de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de antecedentes.

1. D. Ernesto interpuso demanda de protección de los derechos fundamentales contra D. José, pues, según afirma, sus actuaciones constituyeron una intromisión ilegítima en el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen del demandante y solicitó se condenase a D. José a indemnizar al demandante por los daños y perjuicios causados en la cantidad de 50 000 €.

2. Según la demanda tres actuaciones distintas del demandado constituyeron las intromisiones ilegítimas en su derecho al honor:

a) La presentación de una querrela por los delitos de estafa, prevaricación, extorsión y maquinación para alterar el precio de las cosas, pues dicha querrela fue archivada en tres ocasiones la última en marzo de 2006.

b) Las manifestaciones a través de las notas o partes de relato enviadas periódicamente a diversos organismos oficiales.

c) Llamadas telefónicas a organismos oficiales como la Consejería de Obras Públicas, Audiencia Provincial, Juzgado de lo Social, etc., reiterando la imputación de delitos al demandante.

3. El Juzgado estimó parcialmente la demanda fundándose, en síntesis, en que:

a) La presentación de una denuncia o querrela en la que se imputan ciertos hechos punibles que pueden ser constitutivos de delitos no constituye per se intromisión ilegítima en el derecho al honor salvo que se acredite que la imputación es falsa y, además:

i) Aunque existen varios autos de archivo, lo cierto es que el instructor incoa DP por estimar que los hechos pudieran ser constitutivos de infracción penal y no archiva automáticamente;

ii) Por auto de 21 de marzo de 2006 se acordó el sobreseimiento provisional y no libre, aspecto de vital relevancia, pues el instructor entiende que existen dudas acerca de la existencia del hecho punible;

iii) El archivo de las DP núm. 1236/2002 fue revocado por auto de 13 de julio de 2007 de la Sección 8.ª de la Audiencia Provincial de Málaga que estimó el recurso de apelación del demandado contra el auto de archivo para recabar informes de los organismos públicos en relación a la UE-11 en el que se construyeron 32 viviendas, fecha de concesión de la licencia, organismo que la dio, fecha de parcelación del terreno etc., pues este es el motivo más serio de la denuncia por la imputación de un posible delito del artículo 320 CP;



iv) De lo anterior se desprende que la acción penal ejercitada no respondió al mero propósito insidioso de desprestigiar el crédito y la reputación del querellado por la posible existencia de irregularidades en relación con la UE-11 al ser el demandante el máximo responsable como Cargo000 de Obras públicas y Cargo001 de Envismesa;

v) el Juzgado de Instrucción tras cerca de ocho años de investigación no ha acotado la investigación de las posibles irregularidades denunciadas sin perjuicio de lo que posteriormente resuelva la jurisdicción contencioso administrativa.

b) En relación a las manifestaciones del demandado a través de las notas o partes de relato enviadas periódicamente a diversos organismos oficiales en las que imputa delitos al demandante:

i) Las manifestaciones del demandante gozan de relevancia pública, pues se refieren a un personaje público, D. Ernesto que era Cargo000 de Obras públicas y Cargo001 del Consejo de administración de Envismesa (empresa municipal de vivienda y suelo) tienen trascendencia pública al resultar también afectados los vecinos de la urbanización “Las Palmeras” y tienen interés público en cuanto al posible reproche a los poderes públicos por supuestas irregularidades en el proceso de reparcelación y construcción de viviendas y si el asunto no revistiese interés público no se hubiera referido al mismo un periódico local El Melillense que en agosto de 2007 le dedica una página entera;

ii) La mayoría de las manifestaciones del demandado no se consideran intromisión ilegítima en el derecho al honor, pues informa del expediente administrativo y emite juicios de valor sobre la actuación de la administración, pero existen ciertas expresiones o manifestaciones del demandado que lesionan directamente el derecho al honor del Sr. Ernesto y son los siguientes:

- Documento núm. 2, sin numeración, artículo de opinión, periódico El Telegrama de Melilla de 21 de febrero de 2003. En la parte inferior del citado documento y debajo de una foto de archivo del Sr. Ernesto, el demandado dice: “El uno, estafador, no es el más listo de los componentes de los tres complots unidos, obviamente un solo complot. El otro estafador (refiriéndose al Sr. Ernesto), ha obligado a inferiores, incluidos técnicos a emitir informes falsos. Tuvo que recurrir a técnicos de Málaga, porque ya se negaron en Melilla ¡¿usted ahora es Secretario de un Juzgado?!”. El demandado utiliza una expresión objetivamente injuriosa, vejatoria, innecesaria y lesiva al derecho al honor del demandante al llamarle “estafador” y según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, estafador es la persona que comete un delito consistente en provocar un perjuicio patrimonial a alguien mediante engaño y con ánimo de lucro y, además, lo acusa abiertamente de obligar a inferiores a emitir informes falsos, acusación de gran importancia que carece de justificación.

- Documento núm. 2, sin numeración expresa: “El arquitecto melillense D. Rafael y D. Ernesto en teoría al menos pueden ir a prisión” y aunque la información no es del todo incorrecta la expresión utilizada es errónea porque la imputación penal en mucho más de la mitad de las ocasiones termina con auto de archivo o sentencia absolutoria porque aunque la querrela actualmente sigue abierta se desconoce si al demandante se le tomó declaración en calidad de imputado.

- Documento núm. 2, sin numeración expresa: “a este señor todo le da lo mismo, como a su exjefe D. Ernesto todavía siendo ambos imputados en una querrela del año 2002 no han declarado que yo sepa”. Vuelve a inducir a error, pues el demandado no acreditó que el demandante haya sido imputado no derivándose necesariamente de la admisión de la querrela la imputación penal.

- Documento núm. 2, página 145 del relato: “Sr. Ernesto salga de la ciudad y aligere el peso que gravita sobre ella”.

- Documento núm. 2, sin enumerar, diario Melilla Hoy, se dice: “sería aconsejable buscar un empleo en la península a D. Ernesto, del que debe apartarse cualquier político que necesite ayuda y gente”. Estas manifestaciones tienen cabida dentro de la crítica a la que están sometidos los cargos políticos y los funcionarios públicos y no tiene un contenido objetivamente injurioso o difamatorio.

c) Realización de llamadas a terceros:

i) Aunque el demandado reconoció haber realizado diversas llamadas a organismos no recuerda su contenido y

ii) Incumbía al demandante la justificación de la intromisión ilegítima al honor (artículo 217.1 y 6 LEC).

d) El demandante solicita una indemnización de 50 000 € por los daños y perjuicios, pero de lo expuesto resulta que:

i) Solo ciertas expresiones del “relato” del demandado constituyen intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante;

ii) La mayor parte de las manifestaciones y expresiones del demandado se consideran incluidas en el ámbito de la libertad de expresión e información;

iii) Teniendo en cuenta la gravedad y difusión de las manifestaciones a unos doscientos cincuenta organismos;

iv) Estima proporcionada una indemnización por importe de 5 000 €.

4. Contra la sentencia del Juzgado de 1.ª Instancia núm. 5 de Melilla interpuso recurso de apelación el demandado.

5. La Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación del demandado, fundándose, en síntesis, en que:

- a) Según la demanda tres hechos supusieron la intromisión ilegítima en el honor del demandante: la querrela; las notas difundidas por el demandado en organismos oficiales y las llamadas telefónicas a estos;
- b) La sentencia apelada solo considera como constitutivo del ataque al honor el segundo hecho por lo que el recurso de apelación queda reducido a este;
- c) El demandado reconoció en el juicio que dirigió varios escritos a Juzgados, Audiencias y Comisarías, entre otros, organismos públicos en los que llamó hasta nueve veces al demandante “estafador” y justificó su actuación en que era el único mecanismo que tenía para defenderse y, además, lo envió también a los medios de comunicación;
- d) Partiendo de la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida con base en la documental aportada (documento núm. 2), debe determinarse si las expresiones utilizadas por el demandado estaban amparadas por los derechos de libertad de expresión y de información o si suponen una intromisión ilegítima en el derecho al honor;
- e) El asunto tiene interés por incidir en el desarrollo urbanístico de la Ciudad Autónoma y era una actuación del demandante en el ejercicio de su función pública en el campo político; y
- f) No es cierto que el modo de actuar del demandado fuese necesario para ver satisfecho su derecho para el que tiene abierta la vía penal y es de suponer que la contencioso administrativa y, por tanto, se considera un desahogo innecesario, gratuito y con una finalidad exclusiva de descrédito y desmerecimiento público del afectado.

6. Contra esta sentencia interpone recurso de casación el demandado que ha sido admitido al amparo del artículo 477.2.1 LEC, por referirse el procedimiento a derechos fundamentales.

7: El Ministerio Fiscal ha interesado la estimación del motivo primero del recurso.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo primero.

El motivo primero de casación se introduce con la siguiente fórmula:  
“Vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información del art. 20.1 CE, frente al derecho al honor (art. 18.1 CE)”.

Según el recurrente el procedimiento versó únicamente sobre la vulneración del derecho fundamental al honor de D. Ernesto por sus manifestaciones cuando el demandante era Cargo000 de Obras públicas de la Ciudad Autónoma de Melilla y Cargo001 de Envismesa y dicho motivo se funda, en síntesis, en que:

a) Según la sentencia recurrida la actuación del Sr. José fue innecesaria y gratuita y su finalidad fue exclusivamente el descrédito y el desmerecimiento público del demandante, pues tenía a su disposición la vía penal y es de suponer que la contencioso-administrativa (FJ 3.º);

b) Las manifestaciones del recurrente que atentaron al honor, a la fama y a la reputación del demandante según la sentencia recurrida son las siguientes:

i) Llamarlo “estafador”, pero el calificativo estaba justificado y no era gratuito dado los graves perjuicios sufridos por el Sr. José y es una expresión habitual en sentido coloquial para definir cuando una persona ha sido engañada y perjudicada;

ii) Acusar al demandante de obligar a inferiores a “emitir informes falsos”, pues D. Fernando, Cargo002 de urbanismo de la Consejería de Fomento informó favorablemente las licencias de urbanización y edificación de la urbanización “Las Palmeras” cuando estaba pendiente la reparcelación, por tanto, dichas licencias contravienen la legislación urbanística, por ello es un hecho noticiable y veraz;

iii) Decir que “en teoría al menos pueden ir a prisión” no es un error, pues sí se dan los elementos del tipo y se acreditan los hechos denunciados, las penas pueden ser de prisión y es veraz, pues no afirma categóricamente que el demandante vaya a ir a prisión sino que dados los hechos concurrentes cabe dicha posibilidad;

iv) Referir que está “imputado en una querrela” aunque una querrela no conlleve necesariamente la imputación del querrellado no por eso deja de ser verdad la expresión de que está imputado en una querrela; y

d) Los derechos a la libertad de información y expresión deben primar sobre el derecho al honor, pues son hechos con relevancia pública y veraces a lo que se une el carácter público del demandante aunque la crítica sea molesta, pero no por ello era injuriosa.

El motivo debe ser estimado.

TERCERO.- Facultades del Tribunal de casación para valorar los hechos.

Cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado con el derecho al honor y la libertad de información y expresión, esta Sala no puede partir de una incondicional aceptación de las conclusiones probatorias obtenidas por las sentencias de instancia, sino que debe realizar, asumiendo una tarea de calificación jurídica, una valoración de los hechos en todos aquellos extremos relevantes para apreciar la posible infracción de los derechos fundamentales alegados, sin limitarse a considerar, como ocurre cuando el recurso de casación se desenvuelve en el plano de la legalidad ordinaria, si las conclusiones de facto (sobre los hechos) obtenidas por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba,

simplemente soportan la aplicación de un test de razonabilidad (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 25 de febrero de 2008, RC núm. 395/2001, 30 de septiembre de 2009, RC núm. 503/2006, 26 de noviembre de 2009, RC núm. 2620/2003, 16 de noviembre de 2010, RC núm. 204/2008, y 25 de enero de 2011, RC núm. 859/2008).

CUARTO.- La ponderación entre la libertad de información, libertad de expresión y derecho al honor.

A) El artículo 20.1.a) y d) CE, 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 a comunicar y 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.

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. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

Cuando concurren en un mismo texto elementos informativos y valorativos es necesario separarlos, y sólo cuando sea imposible hacerlo habrá de atenderse al elemento preponderante (STC 107/1988, de 8 de junio, 105/1990 y 172/1990).

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 derecho al honor, según reiterada jurisprudencia, se encuentra limitado por las libertades de expresión e información.

La limitación del derecho al honor por la libertad de expresión e información tiene lugar cuando se produce un conflicto entre ambos derechos, el cual debe ser resuelto mediante técnicas de ponderación constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005, 21 de julio de 2008, RC núm. 3633/2001, 2 de septiembre de 2004, RC núm. 3875/2000, 22 de julio de 2008, 12 de noviembre de 2008, RC núm. 841/2005, 19 de septiembre de 2008, RC núm. 2582/2002, 5 de febrero de 2009, RC núm. 129/2005, 19 de febrero de 2009, RC núm. 2625/2003, 6 de julio de 2009, RC núm. 906/2006, 4 de junio de 2009, RC núm. 2145/2005).

B) Cuando se trata de la libertad de información, 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 debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información sobre el derecho al honor por resultar esencial 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 núm. 1457/2006).

La protección constitucional de las libertades de información y de expresión alcanza un nivel máximo cuando la libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción (SSTC 105/1990, de 6 de junio, FJ 4, 29/2009, de 26 de enero, FJ 4).

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, 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 núm. 2313/1997, 19 de julio de 2004, RC núm. 5106/2000, 6 de julio de 2009, RC núm. 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 libertad de información, dado su objeto de puesta en conocimiento de hechos, cuando comporta la transmisión de noticias que redundan en descrédito de la persona, para que pueda prevalecer sobre el derecho al honor exige que la información cumpla el requisito de la veracidad, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de expresión, que protege la emisión de opiniones. Para valorar la veracidad de la información debe ponderarse el respeto a la presunción de inocencia (SSTC 139/2007 y 29/2009, de 26 de enero, FJ 5.º), a la que no se opone la difusión de una información relativa a la apertura de una investigación policial y judicial contra el autor de un presunto delito que puede afectar al interés público (STC 129/2009, de 1 de junio, FJ 2.º, y SSTS 16 de

marzo de 2002, RC núm. 1230/1996, 12 de noviembre de 2008 y 14 de febrero de 2011, RC núm. 1439/2008).

La protección de la libertad de información no resulta condicionada por el resultado del proceso penal, de modo que no es obstáculo que el hecho denunciado no se haya declarado probado en un proceso de esta naturaleza (STC 297/2000 y STS 24 de octubre de 2008, RC núm. 651/2003).

iii) La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un carácter injurioso, denigrante o desproporcionado, porque, como viene reiterando el TC, la CE no reconoce un hipotético derecho al insulto (SSTC 112/2000, 99/2002, 181/2006, 9/2007, 39/2007, 56/2008 de 14 de abril; SSTS 18 de febrero de 2009, RC núm. 1803/04, 17 de junio de 2009, RC núm. 2185/06).

En relación con ese último punto, de acuerdo con una concepción pragmática del lenguaje adaptada a las concepciones sociales, la jurisprudencia mantiene la prevalencia de la libertad de expresión cuando se emplean expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva y sugieren un aumento del grado de tolerancia exigible, aunque puedan no ser plenamente justificables (el artículo 2.1 LPDH se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor).

La jurisprudencia, en efecto, admite que se refuerza la prevalencia de la libertad de expresión respecto del derecho de honor en contextos de contienda política, y así lo viene reconociendo esta Sala, entre otras, en las SSTS de 19 de febrero de 1992, 26 de febrero de 1992 y 29 de diciembre de 1995 (campana electoral); 20 de octubre de 1999 (clímax propio de campana política entre rivales); 12 de febrero de 2003 (mitin electoral; se consideró la expresión "extorsión" como mero exceso verbal); 27 de febrero de 2003, 6 de junio de 2003, 8 de julio de 2004 (las tres sobre polémica política).

Sin embargo, estas consideraciones no deben limitarse al ámbito estricto del ágora política, sino que la jurisprudencia viene aplicando idénticos principios a supuestos de tensión o conflicto laboral, sindical, deportivo, procesal, y otros. Así, las SSTS de 9 de septiembre de 1997 (que se refiere a expresiones de cierta agresividad permisibles en el contexto de la estrategia o dialéctica sindical); 13 de noviembre de 2002 (situaciones de tensión y conflicto laboral); 19 de julio de 2006 (sobre falsa imputación a otro sindicato de haber solicitado el voto para un partido político, entonces legal, que suscita un fuerte rechazo social por atribuírsele sintonía con una banda terrorista), 7 de julio de 2004 (a propósito de una rivalidad entre peñas deportivas), 23 de febrero de 2006, RC núm. 3718/2001 (a propósito de un comunicado en que se imputaba a un medio de comunicación haber exigido un canon periódico por mejorar la información de un Ayuntamiento, 2 de junio de 2009, RC núm. 1532/2005, sobre un caso similar).

QUINTO.- Prevalencia de la libertad de información y de expresión sobre el derecho al honor en el caso enjuiciado.

La aplicación de la doctrina constitucional que se ha expuesto en el anterior FD al caso examinado conduce a la conclusión de que debe prevalecer la libertad de información y expresión frente al derecho al honor del recurrente. Esta conclusión es conforme con el dictamen del Ministerio Fiscal.

A) En el caso examinado en atención a los antecedentes recogidos en el FJ 1.º de esta resolución predomina el ejercicio de la libertad de expresión frente a la libertad de información, pues consiste esencialmente en una crítica severa formulada contra el recurrente.

Las expresiones que pueden considerarse críticas respecto de la actuación del recurrente en su condición de Cargo000 de Obras públicas y Cargo001 de Envismesa en la tramitación del expediente administrativo de reparcelación van precedidas, en el terreno lógico, de la comunicación de unos hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y, por ende, debe considerarse que las notas del recurrente dirigidas periódicamente a los organismos públicos suponen en su parte preponderante un ejercicio de la libertad de expresión y, en consecuencia, deben sujetarse en cuanto a ella a los límites propios del ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Las manifestaciones controvertidas afectan a la reputación profesional del recurrente y redundan su descrédito, pues este es el efecto propio de la imputación de hechos que dieron lugar a la presentación de una querrela por la posible comisión de los delitos de estafa, prevaricación, extorsión y maquinación para alterar el precio de las cosas por presuntas irregularidades en la reparcelación de la UE-11.

Se advierte, en suma, la existencia de un conflicto entre el derecho a la libertad de información y la libertad de expresión del recurrente y el derecho al honor del recurrente.

B) En el terreno abstracto, existiendo una colisión entre la libertad de información y 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 libre información y 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.

C) El examen del peso relativo de ambos derechos en colisión depara las siguientes conclusiones:

i) Las partes reconocen que la información objeto de controversia tiene relevancia pública e interés general y este extremo no resulta discutido. No puede negarse el interés público de las manifestaciones del recurrente de las que se hizo eco en su momento un determinado periódico local que afectaban a la urbanización "Las Palmeras" de la Ciudad Autónoma de Melilla,



urbanización de promoción pública. Es una cuestión de gran relevancia política, social y económica, el respeto por las administraciones y las empresas públicas de la legalidad urbanística y su actuación con arreglo a los principios de buen gobierno (entre ellos especialmente el de transparencia).

De los términos de las manifestaciones del recurrente resulta que se realiza una crítica política y tal actuación no solo es lícita, sino necesaria para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a conocer cómo se gobiernan los asuntos públicos.

La relevancia pública deviene también de la actividad profesional desarrollada por el demandante vinculada directamente con el gobierno de la Ciudad Autónoma de Melilla, al que se le imputan conductas irregulares e incompatibles con sus funciones y por ello el interés público en el objeto de las informaciones deriva, no solo, de la naturaleza de las funciones políticas que corresponden al afectado, sino también del interés de la sociedad en controlar la observancia por sus mandatarios de los deberes de integridad que informan la vida pública (STS 14 de febrero de 2011, RC núm. 1439/2008).

Desde este punto de vista, por consiguiente, el peso de la libertad de información y de expresión frente al derecho al honor es en el caso examinado de una importancia muy elevada.

ii) Veracidad.

Como pone de manifiesto el recurso de casación la sentencia recurrida no distingue a efectos de la veracidad entre el derecho a la información y el derecho a la libertad de expresión, pues este requisito no es exigible cuando se enjuicia el ejercicio del derecho a la libertad de expresión.

Como ha quedado expuesto se trata fundamentalmente del ejercicio de la libertad de expresión en su modalidad de crítica de la actuación de una persona pública con funciones políticas. El elemento preponderante no es la información, sino la opinión sobre la actuación del demandante en la tramitación del expediente reparcelación de la UE-11, pues el recurrente no puede disponer del terreno de su propiedad aunque la administración ya haya edificado, pues el expediente de reparcelación no ha sido aprobado definitivamente.

iii) Tampoco desde el ángulo del posible carácter injurioso, insultante o desproporcionado de las expresiones utilizadas puede ser revertido el juicio de ponderación que realizamos.

Esta Sala considera que llamarlo “estafador”, en un contexto de comunicaciones de queja dirigidas a organismos públicos, no es suficiente para apreciar una manifiesta desproporción en la crítica a unos hechos. La ponderación jurídica aconseja en estos casos alejarse de una concepción abstracta del lenguaje (estrictamente sintáctica o semántica) en beneficio de una concepción pragmática, según la cual el lenguaje, como actividad humana de orden práctico, debe considerarse en relación con su contexto. La

jurisprudencia estima, por ello, amparadas en la libertad de expresión aquellas expresiones que, aun aisladamente ofensivas, al ser puestas en relación con la información que se pretende comunicar o con la situación política o social en que tiene lugar la crítica experimentan una disminución de su significación ofensiva, aunque pueden no ser plenamente justificables, pues así lo impone no solo el interés público implicado en cada situación determinada, sino también los usos sociales a los que se remite el artículo 2.1 de la Ley Orgánica 1/1982 como delimitadores de la protección civil del honor, en cuanto pueden conllevar en unos u otros ámbitos un distinto grado de tolerancia.

La palabra estafador se relacionaba con los hechos denunciados en la querrela que sigue abierta, pues la AP en atención a la gravedad de los hechos (artículo 320 CP) revocó el sobreseimiento provisional para que continuara la investigación. De este modo el 10 de enero de 2008 el demandante prestó declaración como imputado según resulta de los autos.

La crítica de las posibles irregularidades habidas en la aprobación del expediente de reparcelación, teniendo en cuenta que se formulaba en escritos dirigidos a organismos públicos, resulta amparada en alto grado por el derecho a la libertad de expresión, el cual, a juicio de esta Sala, resultaría restringido en términos incompatibles con el núcleo del derecho fundamental si se antepusiera el derecho al honor del recurrente como obstáculo para el ejercicio del derecho a la crítica, pues la carga de asumir la crítica severa, dura e incluso inconveniente, se impone en una sociedad democrática a quienes se desempeñan cargos públicos que debe hacerlo en todos los casos al servicio de los ciudadanos.

En suma, las circunstancias del caso examinado, una vez valorados los hechos por parte de esta Sala permiten llegar a la conclusión de que las notas que dirigió el recurrente a los organismos oficiales no sobrepasaron el ámbito de la libertad de información y de expresión, por lo tanto, no se ha producido la intromisión ilegítima en el honor que se denuncia en la demanda. En el análisis de los derechos fundamentales en colisión, hay que partir de la prevalencia del derecho a la libertad de información y expresión en un Estado democrático de Derecho, información que debe gozar de sus máximas garantías cuando está dirigida a informar a la ciudadanía sobre asuntos de interés público en relación con los políticos que son designados por ellos, sobre todo en materias de tanta trascendencia económica y social como son las urbanísticas. Todo ello hace que deba primar la libertad de información y opinión sobre el honor del demandante al ser aquellas ejercidas dentro de los límites constitucionales.

SEXTO.- Enunciación de los motivos segundo y tercero.

El motivo segundo de casación se introduce con la siguiente fórmula: "Vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información del art. 20.1 CE, frente al derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE)".

El motivo tercero de casación se introduce con la siguiente fórmula:

“Vulneración de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información del art. 20.1 CE, frente al derecho a la propia imagen (art. 18.1 CE)”.

Como pone de manifiesto el recurrente y el Ministerio Fiscal de la lectura de la sentencia recurrida se deduce con claridad que el recurrente fue condenado por vulneración al derecho al honor aun cuando se haya utilizado la denominación genérica de “intromisión ilegítima en el derecho al honor, intimidad y a la propia imagen” y, por tanto, es innecesario entrar en el examen de lo planteado en los motivos segundo y tercero.

SÉPTIMO.- Estimación del recurso y costas.

Según el artículo 487.2 LEC, si se tratare de los recursos de casación previstos en los números 1 y 2 del apartado 2 del artículo 477, la sentencia que ponga fin al recurso de casación confirmará o casará, en todo o en parte, la sentencia recurrida.

Estimándose fundado el recurso de casación, procede, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y, de conformidad con lo razonado, estimar el recurso de apelación sin imposición de costas a la parte apelante y revocar la sentencia de primera instancia.

De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no ha lugar a imponer las costas del recurso de casación.

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

FALLAMOS

1. Se estima el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. José, contra la sentencia de 17 de octubre de 2008, dictada por la Sección 7.ª de la Audiencia Provincial de Málaga, en el rollo de apelación número 49/2008, cuyo fallo dice:

“Fallo.

“Que, desestimamos el recurso de apelación interpuesto por el procurador D. José Luis Ybancos Torres en nombre y representación de D. José, debemos confirmar y confirmarnos la sentencia dictada el día veinticinco de febrero de dos mil ocho por el Juzgado de Primera Instancia núm. Cinco de Melilla en el juicio ordinario núm. 290 de 2007, e imponemos al apelante las costas del recurso”.

2. Casamos la sentencia recurrida, que declaramos sin valor ni efecto alguno.

3. En su lugar, con estimación del recurso de apelación interpuesto, revocamos la sentencia de 25 de febrero de 2008 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Melilla, en el juicio ordinario núm. 290/2007 y

desestimamos la demanda presentada por D. Ernesto contra D. José e imponemos al demandante las costas de la primera instancia.

4. No ha lugar a la imposición de las costas de la apelación ni de las de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la Colección Legislativa pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Antonio Xiol Ríos.- Xavier O'Callaghan Muñoz.- Francisco Marín Castán.- José Antonio Seijas Quintana.- Román García Varela.

Publicación.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D. Juan Antonio Xiol Ríos, ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como secretario de la misma, certifico.