

En la Villa de Madrid, a veinte de julio de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, el recurso de casación que con el núm. 1612/2009 ante la misma pende de resolución, interpuesto por la representación procesal de D^a M^a del Carmen, aquí representada por la procuradora D^a Macarena Rodríguez Ruiz, contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2008, dictada en grado de apelación, rollo núm. 32/2008, por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.^a, dimanante de procedimiento de juicio ordinario núm. 367/2005, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ayamonte. Habiendo comparecido en calidad de parte recurrida la procuradora D^a Josefa-Paz Landete García, en nombre y representación de D^a M^a del Rosario. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Ayamonte dictó sentencia de 12 de enero de 2007 en el juicio ordinario núm. 367/2005, cuyo fallo dice:

“Fallo: Que desestimando íntegramente la demanda formulada por D^a M^a del Rosario contra D^a M^a del Carmen, debo absolver y absuelvo a esta de los pedimentos formulados en su contra, imponiendo las costas procesales a la parte actora.”

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

“Primero.- En el presente caso, la acción ejercitada se centra en la defensa del derecho al honor, consagrado como derecho fundamental en el artículo 18 de la Constitución y regulado mediante la LO 1/82, de 5 de mayo.

“Resumidamente se alega en la demanda que la demandada se dedica, el infundio de que el hijo de la demandante -de dos años de edad-, no es producto de la relación marital de esta con el hijo de la demandada, que es suegra de la actora, sino producto de una inventada, maliciosa e infundada relación extramatrimonial, entendiéndose que la única razón de ese comportamiento de la demandada es la de dañar el honor, la intimidad y la propia imagen de la demandante en la ciudad, Ayamonte, en la que habita y ejerce su actividad profesional de administradora de fincas. Aclara asimismo la demandante que contrajo matrimonio con el hijo de la actora en el año 2001, después de que en el año 1997 su entonces novio e hijo de la demandada tuviera un gravísimo accidente, consecuencia del cual le ha sido declarada una incapacidad absoluta y permanente en octubre de 2000.

“Segundo.- El artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, regula la carga probatoria en los siguientes términos:

“1) Cuando al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarás las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido,

según corresponda a unos o a otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten sus pretensiones.

“2) Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición.

“3) Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

“Tercero.- Interesantes en relación al tema planteado en la presente demanda son las consideraciones que se hacen en la STS de 26 de julio de 2006, según la cual:

““1.^a Es preciso tener en cuenta que el concepto al honor es de naturaleza cambiante según los valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC números 185/1989; 223/1992; 170/1994; 76/1995; 139/1995; 176/1995; 180/1999; 112/2000; y 49/2001).

“2.^a Consiguientemente, la valoración de cualquier intromisión debe verificarse al margen de cualquier subjetivismo del afectado, porque toda esta materia “nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo” (STC número 76/1995).

“3.^a Precisamente, por la necesidad de valorar las intromisiones al honor de una persona desde esas objetivas perspectivas, es por lo que los órganos judiciales deben disponer de un cierto margen de apreciación a la hora de concretar en cada caso qué deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege (SSTC números 180/1999; 112/2000; 49/2001).

“4.^a Del mismo modo, ha de valorarse que, en caso de colisión con otros derechos fundamentales, ninguno de los derechos en conflicto es absoluto; en el conflicto entre las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución, de expresión e información, por un lado, y otros derechos y bienes jurídicamente protegidos, por otro, no cabe considerar que sean absolutos los derechos y libertades contenidos en el Texto fundamental, pero tampoco puede atribuirse ese carácter absoluto a las limitaciones a que han de someterse esos derechos y libertades; es evidente que estos dos derechos o libertades no tienen carácter absoluto, aunque ofrezcan una cierta vocación expansiva; un primer límite inmanente es su coexistencia con otros derechos fundamentales, tal y como se configuren constitucionalmente y en las leyes que los desarrollen, entre ellos, muy especial mente, a título enunciativo y nunca “numerus clausus”, los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (SSTC números 179/1986, 231/1988, 197/1991, 214/1991, 223/1992, 336/1993, 170/1994, 78/1995, 173/1995, 176/1995 y 204/1997).

“5.ª El análisis para sopesar los derechos en conflicto se hará en consideración de la clase de las libertades ejercitadas, ya que las reconocidas en el artículo 20 de la Constitución (libertad de expresión y libertad de información) son diferentes, y les corresponde distinto tratamiento jurídico (SSTC números 6/1981, 104/1986, 165/1987, 107/1988, 105/1990, 223/1992, 42/1995, 76/1995, 78/1995, 176/1995, 204/1997, 144/1998, 192/1999 y 297/2000, y STS de 11 de febrero de 2004).

“No cabe duda de que la emisión de apelativos formalmente injuriosos en cualquier contexto, innecesarios para la labor informativa o 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 (SSTC números 165/1997; 20/1990; 105/1990; 172/1990; 214/1991; 85/1992; 20/1993; 336/1993; 42/1995; 76/1995; 78/1995; 173/1995; 176/1995; 204/1997; 180/1999; 192/1999; 112/2000; 297/2000; y 42/2001).

“No obstante, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

“1.º) Una cosa es el insulto y otra la utilización de expresiones “zafias, groseras y desprovistas del más mínimo atisbo de elegancia, que denotan un indudable mal gusto que dicen más en disfavor de su autor que en demérito de la persona a que se refieren” (STS de 6 de febrero de 2004).

“2.º) En la valoración de la intención “injuriante” es determinante el ánimo de autor, no solo el “criticandi”, “narrando”, “joquendi”, sino también el “retorquendi”, en el cual las palabras utilizadas están en conexión con una previa ofensa recibida o, como afirma la STS de 2 julio de 2001, “responden, en muchas ocasiones, a piques o rivalidades entre autores”.

“3.º) La proyección pública de los sujetos del litigio, mitiga seriamente el rigor de los calificativos utilizados hasta tal punto que la doctrina del Tribunal Constitucional ha manifestado que “la personalidad pública debe optar por un cierto riesgo en la lesión de sus derechos de la personalidad” (STC número 165/1987).

“4.º) Para la valoración, es determinante el contexto en que se produjeron las expresiones, hasta tal punto que “no puede llegarse a una conclusión partiendo solo de las expresiones, pues debe tenerse en cuenta el contexto en el que las palabras fueron pronunciadas, y valorarse el conjunto, examinando en todo caso el elemento intencional de la noticia, tal y como lo declaran la STS de 5 de junio de 1996 y la STC de 21 de noviembre de 1995” (STS de 6 de febrero de 2004).

“En el caso que nos ocupa, la demandada ha manifestado no recordar haber dicho públicamente que el hijo de la demandante no era de su marido, hijo de la demandada, si bien ha manifestado que con ocasión del grave accidente de su hijo y marido de la demandante, cayó en una depresión y estuvo una época muy mal, sin saber lo que decía y pudo decir que dudaba que el hijo de la

actora fuese de su hijo, negando en todo caso haber atribuido la paternidad del mismo a el Sr. Ángel. En todo caso ha manifestado que ella nunca ha querido hacerle daño a la demandante con la cual se cortó la relación desde que la actora, como administradora de fincas, la despidió de su trabajo de limpiadora en la Comunidad Alcaudón, de manera que cuando nació el niño ya no tenía relación con la actora. El hijo menor de la actora, Raúl y el esposo de la misma, Manuel, en una declaración de apariencia bastante sincera han ratificado que la demandada se encuentra en tratamiento psiquiátrico, razón por la cual a veces no sabe lo que dice, si bien ambos han negado que la demandada les haya dicho alguna vez que el hijo de la actora no es de su marido.

“En cuanto a los testigos presentados por la actora, una de ellos, la Sra. F.G., además de empleada de la demandante, es testigo de referencia puesto que ha manifestado que nunca ha oído de boca de la demandada que el hijo de la demandante sea fruto de una relación extramatrimonial, y si bien ha dicho que el rumor le ha llegado a través de varias personas, no ha sabido concretar nombres y apellidos de las mismas y circunstancias. En cuanto al Sr. Sebastián, respecto al mismo la demandada ha manifestado que antes eran amigos pero tuvieron un problema por una cuestión de la Comunidad, según se deduce de la declaración del testigo por motivo del pago de la instalación de un portero automático, motivo por el cual según la demandada no se hablan. Pues bien dicho testigo ha manifestado que con ocasión de montarle el portero automático, en su propia oficina y sin que hubiera otro testigo delante, la demandada le dijo que a ver si el hijo de la demandante era o no de su hijo.

“En cuanto al tercer testigo, Sr. Ángel, que trabajó para la actora los años 2002-2003 y persona a la que la demandante supuestamente le atribuye la paternidad del hijo de la actora, ha declarado que un día se encontraba hablando con un vecino y llegó la demandada y le dijo que él era el padre de su nieto.

“Del examen de lo actuado se desprende que en el fondo subyacen las desavenencias de ambas partes desde el despido de la demandada por la demandante y la situación vivida a raíz del grave accidente del marido e hijo de demandante y demandada respectivamente, pero de lo que se trata en definitiva es de determinar si efectivamente ha existido en el caso que nos ocupa una intromisión ilegítima que haga prosperable la demanda.

“En este punto, teniendo en cuenta el material probatorio, así como las alegaciones vertidas en la demanda y en el acto del juicio por las partes y los testigos, entiende la que suscribe que no ha quedado acreditada dicha intromisión y ello porque incluso en el caso de que se considere acreditado que la demandada ha afirmado que el hijo de la demandante es de una relación extramatrimonial -comentario que no deja de ser reprochable y que, por otra parte, la demandada niega- los testigos de la actora coinciden en que tal afirmación se ha hecho si bien no puede afirmarse que les haya afectado el comentario puesto que ninguno ha manifestado expresamente haber puesto en duda la paternidad del hijo de la demandante, faltando el elemento objetivo o externo que supone el desmerecimiento ante los demás por parte de quien es lesionado en su honor. Tampoco se ha acreditado la concurrencia del elemento

de la divulgación o publicidad del hecho atentatorio al honor, debiendo tenerse en cuenta que los testigos directos presentados por la actora pertenecen al ámbito de conocidos, e incluso amigos, de las partes, conocedores de la tensa situación entre ellas y las manifestaciones que esos testigos atribuyen a la demandada no han trascendido a terceros distintos de su interlocutor.

“En definitiva, entiende esta juzgadora que la parte actora no ha acreditado los presupuestos para la prosperabilidad de la acción por ella planteada que por ello debe ser desestimada.

“Sexto.- En materia de costas, procediendo la desestimación de la demanda, en virtud de lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley Enjuiciamiento Civil, procede su imposición a la parte actora.”

TERCERO.- La Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Huelva dictó sentencia de 31 de marzo de 2008, en el rollo de apelación núm. 32/2008, cuyo fallo dice:

“Fallamos. “Que, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales D^a María-Dolores Quilón Contreras, en nombre y representación procesal de M^a del Rosario, representada ante este tribunal por el procurador de los tribunales D. Enrique Hinojosa Guzmán, contra la sentencia dictada, con fecha doce de enero del dos mil siete, en juicio ordinario número 367 del 2005, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Ayamonte, debemos revocar, y, en consecuencia, revocamos, dicha sentencia, condenando a M^a del Carmen.

“a) A que ponga fin a la intromisión ilegítima en el honor de la actora absteniéndose de comunicar a cualquier persona su convencimiento o creencia de que el padre del hijo que aquella ha dado a luz no es Manuel, marido de la demandante, e incluso de manifestar dudas sobre dicha paternidad.

“b) Al pago de nueve mil euros a la demandante, como indemnización por los daños morales sufridos; y

“c) Al pago de las costas de la primera instancia.

“No se hace imposición de las costas que hubieran podido devengarse en este recurso.”

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

“Primero.- La recurrente pretendió, en su demanda, que se condenase a M^a del Carmen,

“a) A que pusiera fin a la intromisión ilegítima en el honor de la actora, y se le aperciba para que se abstenga en el futuro;

“b) Al pago de nueve mil euros a la demandante, como indemnización por los daños morales sufridos; y

“c) Al pago de las costas del juicio.

“Segundo.- El desarrollo del Derecho español de daños, a partir del fundamental artículo 1902 del Código Civil, se ha visto condicionado, hasta mediados del pasado siglo, por la aplicación del principio de culpabilidad, fundamental, sin duda, en el ámbito del Derecho Penal, olvidando que los requisitos exigibles para la imposición de una pena no son los mismos que para la condena al resarcimiento de un daño injustamente causado.

“En el primer caso, en efecto, no basta con verificar la perpetración de un comportamiento objetivamente tipificado como delito o falta (y que, además, no esté justificado por la concurrencia de una causa legitimadora), sino que ha de ser posible imputarlo a (ponerlo a cuenta de) una persona que esté en condiciones de comprender el alcance de sus actos (y su ilicitud) y de controlar su conducta, y a la que, dadas las circunstancias del caso, quepa exigir haberse comportado de una manera distinta.

“Por el contrario, el régimen común del sistema español de responsabilidad civil extracontractual se funda en la defectuosidad objetiva de la conducta causante del resultado dañoso. Basta, por ello, que el autor haya infringido el deber objetivo de cuidado exigible al desarrollar su actividad y que, precisamente por ese descuido, se haya generado el riesgo de producción del daño que se ha hecho realidad. Entonces se podrá afirmar que las consecuencias lesivas o dañosas se han originado “interviniendo culpa o negligencia” y nacerá la obligación de indemnizarlas.

“El Derecho Civil de daños no exige más para que el sujeto negligente sea responsable del daño causado injustificadamente a otro.

“No cabe, por ello, requerir la exigibilidad subjetiva de otra conducta, cumplidora del deber objetivo de cuidado, que, se insiste, únicamente es necesaria para que pueda imponerse una pena si el comportamiento imprudente está tipificado legalmente como delito o falta.

“Inicialmente, como queda advertido, el dogma culpabilista permeó la interpretación y aplicación de las reglas de la responsabilidad civil extracontractual. A mediados del siglo XX, y muy especialmente a partir de la sentencia de 10 de julio del 1943, se inició un cambio de criterio jurisprudencial que, en su primera versión, utilizó la técnica de la inversión de la carga probatoria. Probada la infracción del deber objetivo de cuidado, pesaba sobre el causante del daño la de acreditar que no le había sido subjetivamente posible, dadas las concretas circunstancias del caso, comportarse adecuadamente. La inversión se justificaba porque, según la interpretación dominante del artículo 1214 del Código Civil, correspondía al deudor probar los hechos constitutivos de causas legales impeditivas o extintivas de su obligación; y porque, en el caso de la responsabilidad extracontractual, aquellos hechos solía ser de naturaleza personal, de modo que solo el causante del daño los conocía y disponía de los medios de prueba acreditativos.

“Posteriormente, el componente culpabilístico de origen penal terminó por desaparecer y la exigencia de responsabilidad giró sobre los elementos estructurales antes enunciados. Esta objetivación, sin embargo, ni transformaba el criterio de la responsabilidad “por culpa” en una responsabilidad “por riesgo” ni dispensaba al demandante de probar el nexo causal entre el daño producido y, por una parte, el hecho de una o más personas y, por otra, su inobservancia del deber objetivo de cuidado.

“Estas consideraciones permiten comprender el verdadero alcance de la evolución de la doctrina jurisprudencial construida en torno a estos problemas.

“No faltan resoluciones en las que se contienen advertencias similares.

“Así, en la sentencia 102/2007, de 9 de febrero, se reproducen las siguientes ilustrativas palabras de la de 10 de octubre de 2002 en la que se lee que “... el art. 1902 del Código Civil ha sufrido una evolución jurisprudencial acorde con la realidad siempre cambiante (art. 3.1 del Código Civil) que, manteniendo un fondo de reproche culpabilístico, desplaza cada vez más la prueba de la culpa a la prueba del nexo causal ya se subsume en la causa del daño la prueba de la culpa...”.

“La Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido que precisar, no obstante, el verdadero alcance de esta inversión de la carga probatoria.

“Insiste, por ello, en que “... corresponde la carga de la prueba de la base fáctica (del nexo causal) y por ende las consecuencias desfavorables de su falta al demandante...” y que “... en todo caso es preciso que se pruebe la existencia de nexo causal, correspondiendo la prueba al perjudicado que ejercita la acción (sentencia de 6 de noviembre de 2001, citada en la de 23 de diciembre de 2003)...”.

“Siempre “... será requisito ineludible la existencia de una relación de causalidad entre la conducta activa y pasiva del demandado y el resultado dañoso producido, de tal modo que la responsabilidad se desvanece si el expresado nexo causal no ha podido constatarse (sentencia de 3 de mayo de 1995, citada en la de 3 de octubre de 2002...)”.

“La sentencia 341/2006, de 30 de marzo, “... trayendo a colación las sentencias de 30 de junio de 2000 y de 22 de julio de 2003, (recuerda que)... en ellas se dice “Constituye doctrina de esta Sala que para la imputación de la responsabilidad, cualquiera que sea el criterio que se utilice (subjetivo u objetivo), es requisito indispensable la determinación del nexo causal entre la conducta del agente y la producción del daño (S. 11 febrero 1998), el cual ha de basarse en una certeza probatoria que no puede quedar desvirtuada por una posible aplicación de la teoría del riesgo, la objetivación de la responsabilidad o la inversión de la carga de la prueba (sentencias 17 diciembre 1988, 2 abril 1998...)”.

“El mismo Código Penal proporciona el mejor argumento a favor de esta diferencia entre el tratamiento de la responsabilidad penal, que demanda la prueba de la culpabilidad del imputado, y de la civil, que se conforma con la causación del daño por quebrantamiento del deber objetivo de cuidado exigible.

“En efecto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 20 del vigente Código Penal, están exentos de responsabilidad criminal:

“... 1º) El que al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

“El trastorno mental transitorio no eximirá de pena cuando hubiese sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión.

“2º) El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión, o se halle bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, a causa de su dependencia de tales sustancias, que le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

“3º) El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

“4º) El que obre en defensa de la persona o derechos propios o ajenos, siempre que concurren los requisitos siguientes:

“Primero.- Agresión ilegítima. En caso de defensa de los bienes se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito o falta y los ponga en grave peligro de deterioro o pérdida inminentes. En caso de defensa de la morada o sus dependencias, se reputará agresión ilegítima la entrada indebida en aquella o estas.

“Segundo.- Necesidad racional del medio empleado para impedir la o repelerla.

“Tercero.- Falta de provocación suficiente por parte del defensor.

“5º) El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:

“Primero.- Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar.

“Segundo.- Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.

“Tercero.- Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

“6º) El que obre impulsado por miedo insuperable.

“7º) El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo.

“En los supuestos de los tres primeros números se aplicarán, en su caso, las medidas de seguridad previstas en este Código....”.

“Se entremezclan, en este precepto, según interpretación pacífica en la bibliografía especializada y en la aplicación judicial, causas de legitimación o justificación, causas de inimputabilidad o incapacidad de culpabilidad y causas de exculpación en sentido estricto.

“Partiendo de él, el artículo 118 dispone:

“... 1. La exención de la responsabilidad criminal declarada en los núms. 1, 2, 3, 5 y 6 art. 20 no comprende la de la responsabilidad civil, que se hará efectiva conforme a las reglas siguientes:

“1ª) En los casos de los núms. 1 y 3, son también responsables por los hechos que ejecuten los declarados exentos de responsabilidad penal quienes los tengan bajo su potestad o guarda legal o de hecho, siempre que haya mediado culpa o negligencia por su parte y sin perjuicio de la responsabilidad civil directa que pudiera corresponder a los imputables.

“Los Jueces o Tribunales graduarán de forma equitativa la medida en que deba responder con sus bienes cada uno de dichos sujetos.

“2ª) Son igualmente responsables el ebrio y el intoxicado en el supuesto del núm. 2.

“3ª) En el caso del núm. 5 serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio.

“Cuando las cuotas de que deba responder el interesado no sean equitativamente asignables por el Juez o Tribunal, ni siquiera por aproximación, o cuando la responsabilidad se extienda a las Administraciones Públicas o a la mayor parte de una población y, en todo caso, siempre que el daño se haya causado con asentimiento de la autoridad o de sus agentes, se acordará, en su caso, la indemnización en la forma que establezcan las leyes y reglamentos especiales.

“4ª) En el caso del núm. 6, responderán principalmente los que hayan causado el miedo, y en defecto de ellos, los que hayan ejecutado el hecho.

“2. En el caso del art. 14, serán responsables civiles los autores del hecho....”.

“Por tanto, si una persona causa injustificadamente daño a otra, su absolución por concurrencia de una causa de inimputabilidad o de exculpación, no la exime de su obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados, aunque, en el caso de miedo insuperable esa responsabilidad sea solo subsidiaria de la insolvencia -total o parcial- del causante del miedo.

“La sentencia 212/2006, de 7 de marzo, de la Sala Primera del Tribunal Supremo avala esta interpretación, precisamente a propósito de las intromisiones en el derecho al honor.

“En ella, en efecto, se advierte que “... no se precisa en la persona que ataca (la que comete la intromisión ilegítima) el derecho al honor, la intención -dolo o culpa- de dañar tal derecho; se trata de una responsabilidad objetiva: cuando se da la intromisión ilegítima, se presume iuris et de iure (artículo 9.3 de la Ley Orgánica, de 5 de mayo de 1982) el perjuicio, al que corresponde la indemnización por el daño moral. La jurisprudencia ha mantenido que si se produce un ataque al honor, no es preciso dolo o culpa en el atacante, desde las sentencias de 30 de marzo de 1988 y 16 de diciembre de 1988 hasta la más reciente de 4 de febrero de 1993 que dice, literalmente:...el hecho de que el informador careciese de propósito difamatorio, al no ser precisa la existencia de una específica intención de dañar o menospreciar....”.

“Tercero.- El apartado 1 del artículo 18 de la vigente Constitución Española “... garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen....”.

“El 1.a) de su artículo 20 reconoce y protege el derecho a “... expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción....”.

“En el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar y a la Propia Imagen, se leen estas reflexiones:

“... Conforme al art. 18,1 de la Constitución, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen tienen el rango de fundamentales, y hasta tal punto aparecen realzados en el texto constitucional que el art. 20.4 dispone que el respeto de tales derechos constituya un límite al ejercicio de las libertades de expresión que el propio precepto reconoce y protege con el mismo carácter de fundamentales....”

““... Los derechos garantizados por la ley han sido encuadrados por la doctrina jurídica más autorizada entre los derechos de la personalidad, calificación de la que obviamente se desprende el carácter de irrenunciable, irrenunciabilidad referida con carácter genérico a la protección civil que la ley establece....”

“Pese a todo, los derechos protegidos en la ley “... no pueden considerarse absolutamente ilimitados. En primer lugar, los imperativos del interés público

pueden hacer que por ley se autoricen expresamente determinadas entradas en el ámbito de la intimidad, que no podrán ser reputadas ilegítimas. De otro lado, tampoco tendrán este carácter las consentidas por el propio interesado, posibilidad esta que no se opone a la irrenunciabilidad abstracta de dichos derechos, pues ese consentimiento no implica la absoluta abdicación de los mismos, sino tan solo el parcial desprendimiento de alguna de las facultades que los integran. Ahora bien, la ley exige que el consentimiento sea expreso, y dada la índole particular de estos derechos, permite que pueda ser revocado en cualquier momento, aunque con indemnización de los perjuicios que de la revocación se siguieren al destinatario del mismo. El otorgamiento del consentimiento cuando se trate de menores o incapacitados es objeto de las prescripciones contenidas en el art. 3...”.

“Y continúa, poco más adelante:

“... La definición de las intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito protegido se lleva a cabo en los arts. 7 y 8 de la ley. El primero de ellos recoge en términos de razonable amplitud diversos supuestos de intromisión o injerencia que pueden darse en la vida real y coinciden con los previstos en las legislaciones protectoras existentes en otros países de desarrollo social y tecnológico igual o superior al nuestro. No obstante, existen casos en que tales injerencias o intromisiones no pueden considerarse ilegítimas en virtud de razones de interés público que imponen una limitación de los derechos individuales, como son los indicados en el art. 8 de la ley...”.

“Como anticipa esta introducción, el artículo 1.1 de la Ley especial proclama, con carácter general:

““... El derecho fundamental al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, garantizado en el art. 18 CE, será protegido civilmente frente a todo género de intromisiones ilegítimas, de acuerdo con lo establecido en la presente ley orgánica....”.

“A tenor de su artículo 2:

““... 1. La protección civil del honor, de la intimidad y de la propia imagen quedará delimitada por las leyes y por los usos sociales atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí misma o su familia.

“2. No se apreciará la existencia de intromisión ilegítima en el ámbito protegido cuando estuviere expresamente autorizada por ley o cuando el titular del derecho hubiere otorgado al efecto su consentimiento expreso.

“3. El consentimiento a que se refiere el párrafo anterior será revocable en cualquier momento, pero habrán de indemnizarse, en su caso, los daños y perjuicios causados, incluyendo en ellos las expectativas justificadas...”.

“Lo completa el artículo 7, que establece:

“... Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el art. 2 de esta ley:

“1. El emplazamiento en cualquier lugar de aparatos de escucha, de filmación, de dispositivos ópticos o de cualquier otro medio apto para grabar o reproducir la vida íntima de las personas.

“2. La utilización de aparatos de escucha, dispositivos ópticos, o de cualquier otro medio para el conocimiento de la vida íntima de las personas o de manifestaciones o cartas privadas no destinadas a quien haga uso de tales medios, así como su grabación, registro o reproducción.

“3. La divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre, así como la revelación o publicación del contenido de cartas, memorias u otros escritos personales de carácter íntimo.

“4. La revelación de datos privados de una persona o familia conocidos a través de la actividad profesional u oficial de quien los revela.

“5. La captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento, de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el art. 8.2.

“6. La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga.

“7. 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...” Este último apartado fue redactado por la Disposición Final 4.^a del la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

“Según el artículo 8.1 de la Ley especial, “... (no) se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante...”.

“Ni en la Constitución, ni en la Ley Orgánica 1/1982 se define la palabra “honor”.

“En el Preámbulo de esta última se justifica este silencio, argumentando que “... la esfera del honor, de la intimidad personal o familiar y del uso de la imagen está determinada de manera decisiva por las ideas que prevalezcan en cada momento en la sociedad y por el propio concepto que cada persona según sus actos propios mantenga al respecto y determine sus pautas de comportamiento. De esta forma la cuestión se resuelve en la Ley en términos que permiten al juzgador la prudente determinación de la esfera de protección en función de datos variables según los tiempos y personas...”.

“Repasando la bibliografía especializada, la omisión goza de crítica favorable.

“Se admite pacíficamente la dificultad de fijar un significado al margen de las cambiantes circunstancias del tiempo, el espacio y la cultura. Nos encontramos -se ha escrito- “...ante un concepto prejurídico muy influido tanto por las circunstancias concretas (personales y ambientales) en que se desenvuelve, como por tratarse de un valor que, lejos de permanecer inmutable, sufre especialmente las consecuencias del paso del tiempo y de las ideas vigentes en cada momento en la sociedad...”.

“En un trabajo cuya cita es lugar común, se lee que esa falta de definición “auténtica” no debe extrañar -e incluso es aconsejable- porque “... esta materia es demasiado contingente y fluctuante y no interesa que la realidad tenga que adaptarse a una detallada ley, sino que esta y su interpretación vaya adaptándose a la realidad social...”.

“La sentencia 185/1989, de 13 de noviembre, de la Sala 2ª del Tribunal Constitucional no duda al entender que el contenido del derecho al honor, “... que la Constitución garantiza como derecho fundamental en su art. 18 ap. 1º, es, sin duda, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento. Tal dependencia se manifiesta tanto con relación a su contenido más estricto, protegidos por regla general con normas penales, como a su ámbito más extenso, cuya protección es de naturaleza meramente civil. Por otra parte, es un derecho respecto al cual las circunstancias concretas en que se producen los hechos y las ideas dominantes que la sociedad tiene sobre la valoración de aquél son especialmente significativas para determinar si se ha producido o no lesión....”.

“Suscribe estas palabras -que transcribe parcialmente- la sentencia 223/1992, de 14 de diciembre, de la Sala 1ª del mismo Tribunal Constitucional.

“Es frecuente incorporar su tutela al contenido del concepto de “dignidad” de la persona.

“En la sentencia 172/2000, de 24 de febrero, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se explica que “... el concepto del honor, procedente de la dogmática y partiendo del texto legal (art. 7.7 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo,...) deriva del propio concepto de la dignidad del ser humano: es la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona; cuyo concepto comprende un aspecto interno, subjetivo o dimensión individual, por uno mismo, y un aspecto externo, objetivo o dimensión y valoración social, por los demás; -siendo tan relativo el concepto del honor, debe compaginarse la inevitable subjetivación con las circunstancias objetivas, al objeto de evitar que una exagerada sensibilidad de una persona transforme en su interés conceptos jurídicos como el honor (lo cual ha mantenido esta Sala desde las sentencias de 24 de octubre de 1988 y especialmente las de 16 de marzo de 1990 y 17 de mayo de 1990); -la calificación de ser atentatorio al honor una determinada noticia o expresión, debe hacerse en relación con el contexto y las circunstancias de cada caso

(desde las sentencias de 7 de septiembre de 1990 y 12 de diciembre de 1991)...”.

“La sentencia 212/2006, de 7 de marzo, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, entiende que “... el derecho al honor es un concepto esencialmente relativo que deriva directamente o más bien es expresión del concepto de dignidad de la persona, ambos protegidos constitucionalmente (artículos 18.1 y 10.1, respectivamente, de la Constitución Española); se ha definido así, como la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona; de lo que se desprende el doble aspecto externo e interno o trascendencia e inmanencia...”.

“El artículo 10.1 de la vigente Constitución Española reconoce la dignidad de la persona como uno de los fundamentos del orden político y de la paz social. Los especialistas lo entroncan con la mejor tradición del iusnaturalismo cristiano y con el humanismo racionalista ilustrado; relacionado el precepto con el artículo 1.1 de la Constitución Alemana que la reconoce “intangible”, “inviolable” (“unantatsbar”).

“El contenido de la dignidad se intuye más fácilmente que se describe. Remite al valor esencial de la persona, de toda persona, poniéndose en relación con la proscripción de cualquier trato degradante, lesivo de la integridad moral, asociando los artículos 10 y 15 de la Constitución.

“Cuando el artículo 208 del Código Penal tipifica la injuria como una de las dos modalidades de los delitos “contra el honor”, remite, de fijar su alcance semántico, a dos conceptos, que son la fama y la propia estimación.

“Son ambos jurídicamente imprecisos o “difusos”, cuya denotación habrá que buscar, por ello, indagando ante todo en el uso vulgar del lenguaje.

“Un análisis de las cuatro primeras acepciones que se asignan a la palabra en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua permite concluir que, desde el punto de vista subjetivo, el honor es una “... (cualidad) moral que lleva al cumplimiento de los propios deberes respecto del prójimo y de uno mismo...”; y produce un sentimiento de estimación propia (amor propio) en cuanto afán de superación, “... de mejorar la propia actuación...”.

“A esta calidad personal, se une otra acepción sociológica, que lo equipara a “gloria o buena reputación”, a “buena opinión” ajena, que provoca el “obsequio, aplauso o agasajo” de los demás.

“La fama evoca lo que se ha dado en llamar el honor objetivo, esto es, la consideración (se presupone positiva) en que una persona es tenida socialmente, mientras que la propia estimación reenvía a una conciencia de la propia valía que solo puede coincidir (si no se quiere tutelar la pura subjetividad) con la conciencia (y el sentimiento) de la propia dignidad como persona y del concepto social alcanzado.

“Como el de honor es un concepto jurídicamente indeterminado, razona la sentencia 223/1992, de 14 de diciembre, del Tribunal Constitucional, su definición hay que buscarla “... en el lenguaje de todos, en el cual suele el pueblo hablar a su vecino y el Diccionario de la Real Academia (edición 1992) (que) nos lleva del honor a la buena reputación (concepto utilizado por el Convenio de Roma), la cual -como la fama y aun la honra- consisten en la opinión que las gentes tienen de una persona, buena o positiva si no van acompañadas de adjetivo alguno. Así como este anverso de la noción se da por sabido en las normas, estas, en cambio, intentan aprehender el reverso, el deshonor, la deshonra o la difamación, lo infamante. El denominador común de todos los ataques o intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección de este derecho es el desmerecimiento en la consideración ajena (art. 7.7 LO 1/1982) como consecuencia de expresiones proferidas en descrédito o menosprecio de alguien o que fueren tenidas en el concepto público por afrentosas.

“Todo ello nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo. El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, como hemos dicho en alguna ocasión, “dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento” (STC 185/1989). En tal aspecto parece evidente que el honor del hidalgo no tenía los mismos puntos de referencia que interesan al hombre de nuestros días. Si otrora la honestidad y recato de las mujeres (según perdura todavía en una de las acepciones del Diccionario) era un componente importante, al igual que el valor o coraje del varón, hoy como ayer son la honradez e integridad el mejor ingrediente del crédito personal en todos los sectores. Desde entonces hasta ahora el trabajo ha ido ganando terreno, desde una concepción servil a una consideración máxima en el orden de los valores sociales...”; consideración final que sirve para enlazar con lo que constituía uno de los problemas del caso: si el prestigio profesional forma parte del contenido del honor.

“En la sentencia 785/2006, de 26 de julio, de la Sala Primera del Tribunal Supremo, se recoge una síntesis de los criterios jurisprudenciales en esta materia:

“...1.^a Es preciso tener en cuenta que el concepto al honor es de naturaleza cambiante según los valores e ideas sociales vigentes en cada momento (SSTC números 185/1989; 223/1992; 170/1994; 76/1995; 139/1995; 176/1995; 180/1999; 112/2000; y 49/2001).

“2.^a Consiguientemente, la valoración de cualquier intromisión debe verificarse al margen de cualquier subjetivismo del afectado, porque toda esta materia “nos sitúa en el terreno de los demás, que no son sino la gente, cuya opinión colectiva marca en cualquier lugar y tiempo el nivel de tolerancia o de rechazo” (STC número 76/1995).

“3.^a Precisamente, por la necesidad de valorar las intromisiones al honor de una persona desde esas objetivas perspectivas, es por lo que los órganos judiciales deben disponer de un cierto margen de apreciación a la hora de

concretar en cada caso que deba tenerse por lesivo del derecho fundamental que lo protege (SSTC números 180/1999; 112/2000; 49/2001).

“No obstante, es preciso tener en cuenta lo siguiente:

“1º.- Una cosa es el insulto y otra la utilización de expresiones “zafias, groseras y desprovistas del más mínimo atisbo de elegancia, que denotan un indudable mal gusto que dicen más en disfavor de su autor que en demérito de la persona a que se refieren” (STS de 6 de febrero de 2004).

“2º.- En la valoración de la intención “injuriante” es determinante el ánimo de autor, no solo el “criticandi”, “narrandi”, “joquendi”, sino también el “retorquendi”, en el cual las palabras utilizadas están en conexión con una previa ofensa recibida o, como afirma la STS de 2 julio de 2001, “responden, en muchas ocasiones, a piques o rivalidades entre autores”.

“3º.- La proyección pública de los sujetos del litigio, mitiga seriamente el rigor de los calificativos utilizados hasta tal punto que la doctrina del Tribunal Constitucional ha manifestado que “la personalidad pública debe optar por un cierto riesgo en la lesión de sus derechos de la personalidad” (STC número 165/1987).

“4º.- Para la valoración, es determinante el contexto en que se produjeron las expresiones, hasta tal punto que “no puede llegarse a una conclusión partiendo solo de las expresiones, pues debe tenerse en cuenta el contexto en el que las palabras fueron pronunciadas, y valorarse el conjunto, examinando en todo caso el elemento intencional de la noticia, tal y como lo declaran la STS de 5 de junio de 1996 y la STC de 21 de noviembre de 1995” (STS de 6 de febrero de 2004)....”.

“Cuarto.- Procede ahora analizar el resultado de la prueba practicada en juicio en el caso revisado.

“En el curso de su interrogatorio, la demandada M^a del Carmen desarrolló una estrategia defensiva compleja.

“Sistemáticamente se refugió en el padecimiento de lagunas de memoria sobre lo ocurrido en una etapa de su vida en que se encontró psíquicamente desestabilizada como consecuencia del terrible accidente sufrido por su hijo y de ser despedida por su nuera. Entró -dijo- en una etapa de depresión, de ansiedad, que cursó en un “hablar, hablar y hablar”. Debió tener reacciones frecuentes de cólera porque explica que “se pegaba con todo el mundo”. Su esposo y su hijo lo confirmaron en sus respectivos testimonios.

“La amnesia resultó, sin embargo, sospechosamente selectiva y la interrogada incurrió en contradicciones muy significativas.

“Así, cuando se le preguntó si había abordado a Ángel, para decirle que él era el padre del niño que la actora había dado a luz, negó enérgicamente que hubiera dicho eso, añadiendo que le había recriminado: “¿cómo eres capaz de

decir cosa que no es?”. No explicó qué podía ser era “cosa”, pero, a continuación, apostilló que, en aquella época, como estaba tan mal, había dicho que “el niño dudaba que fuera de (su)... hijo... dudaba...”, pero, en cualquier caso, nunca había afirmado que el padre fuera su interlocutor.

“Añadió algo más. Resultó que, a raíz del “enfado” (palabra utilizada por su abogado) entre ella y su nuera fue a casa de esta a pedirle perdón, pero ella no le admitió sus disculpas.

“Este episodio, confirmado por el testigo Manuel (esposo de la demandada), resulta muy revelador. También él manifestó que había ido, con su esposa a casa de la actora a pedirle perdón “... por lo que la había denunciado, por lo que había dicho en un momento de depresión... y ella no lo aceptó...”.

“Cualquier persona con una mínima capacidad de raciocinio y cierta perspicacia no podrá menos de sorprenderse del comportamiento de esta mujer que pide explicaciones a un individuo por lo que va diciendo por ahí, y disculpas a su nuera por lo que ella no ha dicho. No se puede conceder el menor crédito a unas declaraciones carentes de la menor verosimilitud y patentemente incoherentes.

“La actora, M^a del Rosario manifestó, por su parte, que había llegado a su conocimiento, por muchas vías, lo que su suegra decía de ella, y negó que esta hubiera ido a su casa a pedirle perdón, sino a pedirle “que le quitara la demanda”, lo que es compatible con el testimonio de su suegro.

“Se dolió de estar “en boca de todo el mundo”; y de que, cuando iba por la calle con el niño, la gente se acercaba a ella, comentando si se parecía o no se parecía al padre. Habían sido ya muchas personas, a lo largo de los tres años que tiene su hijo; y ha terminado por poner la demanda porque todo esto estaba afectándolo también al niño.

“Presentó a su suegra como una deslenguada, que habla mal de ella y de su propio hijo, por lo que sus relaciones ya eran malas desde antes de quedar embarazada. Según ella, no despidió a María del Carmen, sino que esta -tras un problema con la presidenta de la comunidad- dejó de asistir al trabajo.

“De lo referido por la demandante parece desprenderse que su actividad profesional no se vio perjudicada por estos hechos, enfatizando que se siente ofendida ella y se duele del daño que pueda sufrir su hijo.

“El relato de la actora cuadra con lo que pudiera haber sucedido en un pueblo pequeño a una profesional conocida en caso de propalarse un rumor semejante, sesgado por la influencia de sentimientos autorreferenciales y de hostilidad que serían comprensibles en una víctima de la maledicencia ajena.

“El testigo Ángel fue el empleado de la demandante que entregó el finiquito a la demandada, en el domicilio de esta.

“En el mes de marzo -dijo- se acercó al testigo, cuando estaba a la puerta de su casa, hablando con un vecino, y no solo le dijo que el hijo de la actora no era del marido de esta sino que el padre era el propio testigo; concretamente: “tú eres el padre de mi nieto”. Estaba presente otra persona. Añadió que no le pareció que estuviera especialmente nerviosa y que él se retiró porque María del Carmen tenía una fijación con ese tema.

“Trabajaba también para la actora, aunque no bajo su dependencia, sino en encargos ocasionales, ya que es trabajador autónomo, el testigo Sebastián; y precisamente con ocasión de realizar uno de ellos, estando presente María del Carmen, esta le comentó:

“A ver si el hijo... (de la actora) era de su hijo (de la demandada)” o “de un trabajador de allí”. Esto ocurrió dos años atrás; ya había nacido el niño, y el testigo desdramatizó el incidente, atribuyéndolo a algún enfado de la demandada; aunque reconoció luego que alguna vez había escuchado algún rumor en el pueblo en ese sentido.

“La testigo M^a Fernanda fue más explícita. Manifestó que varias personas de Ayamonte le contaron que la demandada les dijo que el hijo dado a luz por la actora no era de su hijo. Se dirigían a ella en busca de confirmación del rumor. Una de ellas, varias veces. Recordaba que una de estas curiosas se llama Isabel; otra, María del Carmen. No pudo dar más datos identificativos.

“Remató su intervención poniendo de relieve que no es agradable que se difame a una persona “tan sin motivo”.

“Revisando la grabación de su testimonio no es difícil detectar una corriente de empatía con la demandante, de la que es empleada. En la sentencia apelada, estos hechos (unidos a que no haya podido identificar plenamente a sus supuestas interlocutoras) conducen al descrédito total de sus manifestaciones.

“Ciertamente, pudiera sospecharse que las manifestaciones de la demandante (por interés evidente en el resultado del proceso) y los testigos por ella propuestos (por trabajar para aquella) estuvieran sesgadas a favor de la primera; sin embargo, resultan verosímiles y coherentes, tanto analizadas separadamente como comparadas entre sí.

“Su valor persuasivo aumenta, por lo demás, al ponerlas en relación con las declaraciones de la demandada y del esposo de esta, por lo que ya queda argumentado con anterioridad.

“Parece, pues, que ha quedado suficientemente probado que M^a del Carmen transmitió a varias personas sus “dudas” sobre la paternidad del hijo que su nuera había dado a luz. En ocasiones, la duda no es más que un recurso retórico para hacer una afirmación; y, por lo visto, tampoco dudó en imputar esa paternidad a un empleado de la demandante.

“Quinto.- Sembrar, en un “auditorio” relevante de personas, la duda sobre la paternidad del hijo que una mujer casada ha dado a luz y más aún afirmar que

el padre es persona distinta del marido constituyen, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982, casos claros de intromisión ilegítima en el ámbito de protección delimitado por su artículo 2.

“La propalación infundada de esa duda y mayormente de la afirmación de un hecho que implica una infidelidad conyugal es un caso típico de imputación verbal de un hecho que menoscaba la fama de la mujer y lesiona su propia estimación o, si se prefiere una palabra más en boga, su “autoestima”.

“Ciertamente, las infidelidades matrimoniales ya no suscitan el rechazo visceral que producían hace solo medio siglo (e incluso pueden despertar cierta malsana curiosidad cuando está comprometida alguna persona renombrada), pero es innegable que todavía son objeto de reprobación por capas importantes de la sociedad, especialmente en pequeñas comunidades en las que un rumor denigratorio de esa clase puede causar efectos devastadores en la vida personal, familiar y social de la víctima, tengan o no consecuencias en su situación económica.

“Por tanto, aun teniendo en cuenta -como quiere el artículo 2.1 de la Ley especial -la evolución de los usos sociales, el hecho caería dentro del caso de intromisión ilegítima en el honor individual, descrito por el artículo 7.7 de aquella.

“Más aún, en la hipótesis de trabajo de que la afirmación fuera cierta, se trataría de un atentado igualmente ilegítimo a la intimidad de la mujer aludida.

“En efecto, a tenor del artículo 7.3 de la Ley repetidamente citada, considera tal la divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona o familia que afecten a su reputación y buen nombre. Una infidelidad conyugal como la abiertamente afirmada, en unos casos, o arteramente sugerida, en otros, por la demandada pertenece al ámbito de la vida privada de la pareja formada por su hijo y la esposa de este, y poca duda cabe de que afecta a la reputación y buen nombre de la mujer, con efectos reflejos en la consideración colectiva de su esposo y de su hijo.

“El hecho revelado, en fin, carecía del menor interés social atendible, más allá de alimentar la maledicencia del entorno, que obviamente no fundamenta la apreciación de la causa de justificación enunciada por el artículo 8.1 de la Ley especial, a cuyo tenor “... (no) se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones autorizadas o acordadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante....”.

“Sexto.- Procede hacer algunas reflexiones complementarias.

“Del estudio del artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1982, se infiere que la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que aquella se refiere no está condicionado a que la divulgación o la imputación de hechos se propaguen a través de algún medio de comunicación social, o en soportes

escritos o de otra clase multiplicados mecánicamente, ni que se hagan ante una reunión numerosa de personas o produzcan un perjuicio económico.

“La tutela se extiende a las hipótesis de difusión piramidal, en que la primera noticia parte de una sola persona o de un círculo reducido de ellas y, desde esa cúspide, se extiende, transformada en rumor, al resto de la comunidad o a parte de ella, donde unas veces se acepta como verdad y otros al menos no se descarta, menoscabando, en todo caso, la imagen pública de la persona denigrada.

“Por eso, sin duda, el artículo 9.3 antes invocado presume la producción del perjuicio siempre que se acredite, como ocurrió en este caso, la intromisión ilegítima.

“Los párrafos segundo y tercero de este apartado están redactados de forma que genera confusión. “... 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.

“También se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma...”.

“En el primero de ellos, parece que se utiliza un concepto de “daño moral” que lo equipara al trastorno subjetivo que sufre la víctima como consecuencia del “sentimiento” de dolor y humillación que causa la intromisión ilegítima en el derecho tutelado.

“Si, en cambio, el contenido de ese daño se extiende a la lesión objetiva de tal derecho y a las repercusiones subjetivas que puedan derivar de ella, el precepto permite una interpretación racional e internamente coherente: la primera se presume por el hecho solo de la intromisión; la segunda, en cambio, se admite pero ha de probarse.

“Esta comprensión de la norma estudiada coincidiría con el método seguido en el Derecho angloamericano para compensar e indemnizar los daños y perjuicios de toda clase resultantes de las “personal injuries”.

“Se distingue, en efecto, entre daños generales y especiales. Los primeros (“general damages”) son aquellos que legalmente se presuponen producidos cuando ocurre un hecho lesivo de una determinada naturaleza. Se tiene en cuenta, para ello, las enseñanzas de la experiencia común (el “id quod plerumque accidit”) y por ello no carga sobre el demandante la prueba de su existencia.

“En cambio, los daños especiales (“special damages”) no son tópicos del concreto hecho lesivo, por lo que su producción ha de probarse cumplidamente.

“Así, en caso de difamación, se consideran daños generales los que la experiencia común enseña que, de acuerdo con el curso natural de las cosas, se producen habitualmente en la fama o el prestigio de la persona vilipendiada, esto es, en la dimensión trascendente del honor. En cambio, si se pretende la reparación de la lesión de los sentimientos (“mental anguish” o “mental distress”), que constituyen su aspecto inmanente, el demandante deberá probar la realidad y el alcance de ese daño.

“El Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Gertz v. Robert Welch, Inc.* (1974) explica que, en casos de difamación, el daño efectivo no se limita al patrimonial. En efecto, apostilla,... los tipos más habituales del daño efectivo infligido por la falsedad difamatoria incluye el menoscabo de la reputación y de la posición en la comunidad, la humillación personal y la angustia y el sufrimiento mentales...”.

“El daño moral se valorará y su compensación económica se cuantificará 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.

“En este caso, la imputación ha de considerarse, en sí misma, grave, y capaz de perturbar la tranquilidad de la familia nuclear afectada y su vida social.

“Se propaló, ciertamente, por difusión del rumor, sin intervención de medio alguno de comunicación o de reproducción que pudiera amplificarla, incrementando el daño.

“De acuerdo con el párrafo final del apartado 2 del artículo 9, “... (también) se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma....”.

“Contra lo que parece haber interpretado la defensa de la demandada, esta norma no condiciona la tutela judicial del derecho lesionado a la obtención, por la persona autora de la intromisión ilegítima, de un beneficio económico, sino de que este hecho se tendrá en cuenta para cuantificar la indemnización.

“No se trata de una traslación, al derecho común español de daños de los “exemplary damages” o “punitive damages” del angloamericano, porque no se añade, a la suma dineraria que se estime compensatoria de los daños y perjuicios causados, otra entendida como “pena civil”. Más bien, se intenta expropiar al difamador de los beneficios ilícitamente obtenidos (en términos asimilables al enriquecimiento injusto) para desplazarlos al patrimonio de la persona perjudicada.

“Séptimo.- A tenor del artículo 9.2 de la Ley Orgánica 1/1982, la tutela judicial frente a las intromisiones ilegítimas en los derechos a que ella se refiere “...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....”, así como, de acuerdo con su apartado 4, la indemnización de los daños y perjuicios causados.

“La demostración de la razonabilidad de la estimación de la pretensión de cesación de la comunicación de la imputación denigratoria por parte de la demandada no parece precisar de gran despliegue argumentativo.

“En cuanto a la indemnización interesada -cuantificada en nueve mil euros- se tropieza, una vez más, con la ausencia de criterios legales concretos que permitan una cuantificación objetiva de la compensación equitativa; porque aquí se demanda específicamente la del daño moral sufrido.

“Una vez más, puede ser útil volver la mirada al sistema indemnizatorio de daños personales causados en hechos de la circulación de vehículos a motor.

“En la Tabla VI del Anejo incluido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, al trastorno depresivo reactivo se asignan entre 5 y 10 puntos.

“Se ha elegido esta categoría psiquiátrica por corresponderse muy bien a los efectos que puede causar en la persona afectada la difusión de una negación o mera duda sobre la paternidad matrimonial del hijo que aquella ha dado a luz.

“De acuerdo con la Tabla III, el valor del punto, dependiendo de la edad de la víctima, se fija -entre esos márgenes mínimo y máximo de puntuación- como sigue:

“(Se incorpora la Tabla III resaltando el valor del punto 7 en atención a la edad de la víctima)

“Cuando el daño es causado intencionadamente, es práctica judicial extendida incrementar estas cantidades en un porcentaje de entre un veinticinco y un cincuenta por ciento.

“La indemnización básica calculada con arreglo al sistema resarcitorio de referencia, para una víctima de edad entre veintiuno y cincuenta y cinco años y una puntuación media (7 puntos) oscilaría entre 4.912,39 y 5407,57 euros. Incrementada en un veinticinco por ciento, la indemnización se movería entre los 6.140,49 y los 7.368,59 euros. Teniendo en cuenta las variaciones posibles atendidas las circunstancias del caso (especialmente, la inevitabilidad de la permanencia de los efectos de la divulgación durante un tiempo indeterminable), la cuantía reclamada no resulta desproporcionadamente elevada, sobre todo si se recuerda que compensaría el daño moral inmanente, esto es, el impacto psicológico sobre la víctima, al que hay que sumar la reparación de la exposición de esta a la maledicencia pública.

“El recurso, por lo expuesto, merece prosperar.

“Cuarto.- I artículo 398 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil establece:

“1. Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación,... se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394...”.

“En este precepto de reenvío se dispone:

“... 1. En los procesos declarativos, las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho.

“Para apreciar, a efectos de condena en costas, que el caso era jurídicamente dudoso se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares...”.

“... En caso de estimación total o parcial del recurso de apelación -se lee en el apartado 2 del artículo 398- no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes...”.

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D^a M^a del Carmen, se formula el siguiente motivo de casación: “Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio, al amparo del artículo 477.1 de la LEC. La norma que consideramos infringida es el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982”.

El motivo se funda, en resumen, en lo siguiente: La parte recurrente considera que la acción realizada no reúne los requisitos para la prosperidad de la acción para entender sobrepasado el límite entre la libertad de expresión, el insulto y la intromisión en el derecho al honor. Señala como uno de esos requisitos la divulgación, requisito que la sentencia de primera instancia afirma no concurre, considerando la parte acreditado que el hecho no fue ni publicado, ni editado, ni propagado por medio externo alguno, mientras que la sentencia recurrida ha dado importancia a unas testimoniales que carecen de objetividad y veracidad. Señala la parte recurrente que el comentario no afectó a quién lo oyó y que la Audiencia Provincial en su interpretación de las pruebas al decir “sembrar, en un “auditorio” relevante de personas...” ha realizado una cuantificación dispar del término auditorio pues fueron sólo dos personas las que oyeron el comentario. Otro de los elementos que señala la parte recurrente que no se ha tenido en cuenta es el elemento de la veracidad, por falta de prueba de la paternidad, al que la Audiencia Provincial señala no le ha otorgado importancia cuando otras sentencias de Audiencias Provinciales sí tienen en cuenta si el hecho es verdad o no (Sentencia AP Madrid, sección 21 de 5 de junio de 2007, rec. 418/2005). La recurrente señala que falta también el perjuicio para quién es difamado y el beneficio de quién difama. En un apartado cuarto del recurso, la parte recurrente alega no aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias del Tribunal Supremo y jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en relación a la veracidad, divulgación y la cuantía de la indemnización.

Termina solicitando de la Sala "... se admita a trámite el recurso y en su momento dicte sentencia anulando la sentencia objeto del recurso de casación -y estime el motivo detallado y fundamentado en el presente escrito, conforme al art. 487, casando, en todo, la sentencia recurrida, resolviendo sobre el caso, declarando lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial y la contradicción o divergencia de jurisprudencia y confirmando en definitiva la sentencia del Juzgado de 1.^a Instancia, con imposición de las costas de las instancias a la parte recurrida, conforme a las reglas generales, y en cuanto a las del recurso, conforme a los arts. 398 y 481."

SEXTO.- Por auto de 27 de abril de 2010 se acordó admitir el recurso de casación.

SÉPTIMO.- En el escrito de oposición al recurso de casación presentado, la representación procesal de D^a M^a del Rosario, se formulan en síntesis, las siguientes alegaciones:

La parte recurrida en oposición a la alegación de falta de concurrencia del requisito de divulgación, señala que este requisito se ceñiría a la conducta descrita en el artículo 7.3 de la LO 1/1982 por divulgación de hechos relativos a la vida privada de una persona pero no a la del apartado 7º del mismo artículo, que no exige tal requisito. Señala que la sentencia recurrida no sólo reconoce la existencia de intromisión ilegítima en su honor que no precisa de divulgación, sino que además ha declarado probada la existencia de divulgación del hecho entre la gente del pueblo, conclusión a la que se llega tras la valoración de la prueba. En cuanto a la veracidad de los hechos, la parte recurrida señala que la veracidad o no de los hechos no tiene virtualidad exoneratoria, sin que la actitud de la demandada tenga amparo en la libertad de expresión ni en la de información constituyendo una intromisión ilegítima, cuyo daño se presume. Por último, la parte recurrida en cuanto al perjuicio señala que se presume por el sólo hecho de la intromisión mientras que el beneficio es uno de los elementos que ha de tenerse en cuenta para cuantificar la indemnización, cuantificación que la Audiencia justifica sobradamente.

Termina solicitando de la Sala "... tener por formalizada en tiempo y forma oposición al recurso de casación interpuesto por la representación de D^a M^a del Carmen, contra la sentencia de 31/03/08 dictada por la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Huelva en el recurso de apelación civil 21/08 y, en su día, no estimando esta parte necesaria la celebración de vista, dictar sentencia no dando lugar al mismo y confirmando la sentencia impugnada en todos sus extremos, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrente."

OCTAVO.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación del recurso de casación. Impugna el motivo único de casación con los siguientes argumentos:

i) La sentencia razona adecuadamente la existencia de intromisión ilegítima pretendiendo la recurrente modificar los hechos valorados por el tribunal, lo que no puede ser objeto de casación

ii) La revisión de la cantidad objeto de indemnización tampoco puede ser objeto de casación.

NOVENO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 12 de julio de 2011, en que tuvo lugar.

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

CE, Constitución Española.

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.

SSTC, sentencias del Tribunal Constitucional.

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

STC, sentencia del Tribunal Constitucional.

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

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^a M^a del Rosario interpuso demanda de protección de honor e intimidad frente a su suegra, D^a M^a del Carmen, por las manifestaciones realizadas por esta relativas a que el hijo de la demandante no era de su marido sino que era fruto de una relación extramarital.
2. La sentencia de primera Instancia desestimó la demanda al entender que no resultaba acreditada la intromisión al faltar el elemento objetivo o externo que supone el desmerecimiento ante los demás por parte de quien es lesionado en su honor, ni se había acreditado la publicidad o divulgación del hecho.
3. La Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación de la demandante y revocó la decisión de primera instancia. Se consideró probado que la demandada había transmitido a varias personas sus dudas sobre la paternidad del hijo que su nuera había dado a luz. Este hecho fue considerado una

intromisión ilegítima en el honor de la demandante, que aún en el supuesto, como hipótesis de trabajo, fuera cierto, sería también un atentado a la intimidad de esta.

4. La demandada, D^a M^a del Carmen ha interpuesto recurso de casación al amparo del ordinal 1º y 3º del artículo 477.2 de la LEC.

SEGUNDO.- Enunciación del motivo de casación.

El motivo primero y único del recurso se introduce de la siguiente manera: “Por infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto de litigio, al amparo del artículo 477.1 de la LEC. La norma que consideramos infringida es el artículo 7 de la Ley Orgánica 1/1982”.

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

La parte recurrente considera que la acción realizada no reúne los requisitos para el éxito de la acción, para entender sobrepasado el límite entre la libertad de expresión, el insulto y la intromisión en el derecho al honor.

Señala como uno de esos requisitos la divulgación, requisito que la sentencia de primera instancia afirma no concurre, considerando la parte acreditado que el hecho no fue ni publicado, ni editado, ni propagado por medio externo alguno, mientras que la sentencia recurrida ha dado importancia a unas testificales que carecen de objetividad y veracidad.

Señala la parte recurrente que el comentario no afectó a quién lo oyó y que la Audiencia Provincial en su interpretación de las pruebas al decir “sembrar, en un “auditorio” relevante de personas,...” ha realizado una cuantificación dispar del término auditorio pues fueron sólo dos personas las que oyeron el comentario.

Otro de los elementos que señala la parte recurrente que no se ha tenido en cuenta es el elemento de la veracidad, por falta de prueba de la paternidad, al que la Audiencia Provincial señala no le ha otorgado importancia cuando otras sentencias de Audiencias Provinciales sí tienen en cuenta si el hecho es verdad o no (Sentencia AP Madrid, sección 21 de 5 de junio de 2007, rec. 418/2005).

La recurrente señala que falta también el perjuicio para quién es difamado y el beneficio de quién difama. En un apartado cuarto del recurso, la parte recurrente alega no aplicación de la doctrina jurisprudencial contenida en sentencias del Tribunal Supremo y jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales en relación a la veracidad, divulgación y la cuantía de la indemnización.

Este motivo ha de ser desestimado, debiendo precisarse que tratándose de un proceso de protección del derecho al honor, la vía de casación procedente es la del artículo 477.2.1 LEC, y no la del artículo 477.2.3 LEC. No obstante, en aras de la efectividad del derecho a la tutela judicial, esta circunstancia no

impedirá a esta Sala el examen de la jurisprudencia alegada como complemento del motivo.

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

El Ministerio Fiscal, en su escrito de impugnación, interesa la desestimación del recurso por pretender una modificación de los hechos valorados por la Audiencia Provincial, cuyo examen no corresponde al recurso de casación.

Es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurre en el caso examinado, 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 (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 18 de julio de 2007, RC núm. 5623/2000, 25 de febrero de 2008, RC núm. 395/2001, 2 de junio de 2009, RC núm. 2622/2005).

Este criterio se admite, entre otras resoluciones, por la STC 100/2009, de 27 de abril de 2009, la cual, anulando el ATS de 24 de mayo de 2005, RC núm. 2766/2001, declara (FJ 6), entre otros extremos, que “la falta de veracidad de la información (en el sentido que corresponde a este término, cuando se enjuicia la constitucionalidad del ejercicio del derecho de información) y el carácter vejatorio o no de las opiniones emitidas por el autor de los artículos periodísticos son cuestiones de estricto carácter jurídico, vinculadas a la ponderación sustantiva de los derechos fundamentales en conflicto”.

Sin embargo, este principio no puede llevar a desvirtuar la naturaleza del recurso de casación, solicitando del Tribunal Supremo que corrija la concreta fijación de los hechos efectuada en la sentencia recurrida o que realice una nueva valoración de la prueba en su conjunto, o proponiendo una calificación que hace supuesto de dicha revisión, pues:

- a) El objeto del recurso de casación se limita al examen de concretas infracciones del ordenamiento jurídico en virtud del llamado principio de especialidad;
- b) En el recurso de casación no pueden combatirse de modo abierto las conclusiones obtenidas por la sentencia recurrida, solicitando una valoración conjunta de los medios de prueba o un examen exhaustivo de la valoración de los hechos efectuada por el tribunal de instancia, pues esto convertiría el recurso en una tercera instancia, lo que ha sido rechazado con reiteración por esta Sala (SSTS 5 de abril de 1999, 15 de abril de 1999, 11 de mayo de 2005, 12 de mayo de 2005, 30 de junio de 2005, 30 de abril de 2008 RC núm. 349/2001, 1 de abril de 2009, RC núm. 1056/2004, 1 de abril de 2009, RC núm. 1056/2004, 4 de febrero de 2009, RC núm. 1188/2006);
- c) El error en la valoración de la prueba únicamente puede plantearse ante el Tribunal Supremo con arreglo al régimen procesal vigente por los estrechos

cauces que permite la vía del recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1.4 LEC, cuando la valoración efectuada por el tribunal de instancia haya sido arbitraria, ilógica o irrazonable, pues esto comporta una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 CE.

En consecuencia, al examinar el recurso de casación interpuesto debemos verificar las valoraciones realizadas por la sentencia recurrida para la apreciación de la posible existencia de la vulneración alegada por la parte recurrente, pero no podemos prescindir de los hechos concretos de carácter objetivo que aquella considera probados.

La aplicación de esta doctrina al caso enjuiciado supone la aceptación de los hechos probados de la sentencia recurrida que ha declarado probado que D^a M^a del Carmen “transmitió a varias personas sus “dudas” sobre la paternidad del hijo que su nuera había dado a luz (...) tampoco dudó en imputar esa paternidad a un empleado de la demandante”, sin que proceda, por tanto, entrar a valorar, como pretende la parte recurrente en su recurso, ni la prueba testifical ni el “auditorio” en el que se produjo la divulgación.

CUARTO.- La colisión entre el derecho al honor y la intimidad y la libertad de expresión e información.

A) El artículo 18.1 CE garantiza el derecho al honor como una de las manifestaciones de la dignidad de la persona, proclamada en el artículo 10 CE.

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

La libertad de expresión, reconocida en el art. 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 la narración 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. No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad de expresión de la simple narración de unos hechos garantizada por el derecho a la libertad de información, toda vez que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa (SSTC 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, 77/2009, de 23 de marzo, FJ 3).

El reconocimiento del derecho a la intimidad personal tiene por objeto garantizar al individuo un ámbito reservado de su vida, vinculado con el respeto de su dignidad como persona (artículo 10.1 CE), frente a la acción y el conocimiento de los demás, sean éstos poderes públicos o simples particulares, de suerte que atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado, no solo personal sino también familiar (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, y 197/1991, de 17 de octubre), frente a la divulgación del mismo

por terceros y a la publicidad no querida (SSTC 231/1988, de 2 de diciembre, 197/1991, de 17 de octubre, y 115/2000, de 10 de mayo), evitando así las intromisiones arbitrarias en la vida privada, censuradas por el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

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).

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, teniendo en cuenta las circunstancias del caso (SSTS de 13 de enero de 1999, 29 de julio de 2005 y 22 de julio de 2008 y respecto del derecho a la intimidad personal y familiar, SSTS 22 de noviembre de 2010, RC núm. 1016/2008, 16 de noviembre de 2009, RC núm. 2041/2006, 16 de enero de 2009, Pleno, RC núm. 1171/2002, 15 de enero de 2009, RC núm. 773/2003, 6 de noviembre de 2003, RC núm. 157/1998).

B) 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,

i) La ponderación debe respetar la posición prevalente que ostenta el derecho a la libertad de información y expresión 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).

ii) También se debe tener en cuenta que la libertad de expresión, según su propia naturaleza, comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige (SSTC 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 49/2001, de 26 de febrero, F. 4; y 204/2001, de 15 de octubre, F. 4), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe "sociedad democrática" (SSTEDH de 23 de abril de 1992, Castells c. España, § 42, y de 29 de febrero de 2000, Fuentes Bobo c. España, § 43).

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

Desde el punto de vista de la información,

i) La ponderación debe tener en cuenta si la información tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública (STC 68/2008; SSTS 25 de octubre de 2000, 14 de marzo de 2003, RC 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.

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 y no se presta a una demostración de exactitud (STC 50/2010 de 4 de octubre). Por veracidad debe entenderse el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5);

iii) La prevalencia del derecho a la información sobre el derecho a la imagen es mayor que sobre el derecho a la intimidad, por cuanto en relación con la vida privada de las personas debe tenerse en cuenta el principio de proporcionalidad con el interés público en los aspectos de ésta que se difunden y la forma en que tiene lugar la difusión (STS 19 de marzo de 1990);

iv) La transmisión de la noticia o reportaje no puede sobrepasar el fin informativo que se pretende dándole un matiz 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; SSTC 18 de febrero de 2009, RC núm. 1803/04, 17 de junio de 2009, RC núm. 2185/06). El requisito de la proporcionalidad no obliga a prescindir de la concisión propia de los titulares o de las demás particularidades propias del lenguaje informativo oral o escrito, salvo cuando, más allá de las necesidades de concisión del titular, en éste se contengan expresiones que, sin conexión directa con el resto de la narración, sean susceptibles de crear dudas específicas sobre la honorabilidad de las personas (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 5).

Desde la perspectiva del derecho a la libertad de expresión,

i) La ponderación debe tener en cuenta si la crítica se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública, pues entonces el peso de la libertad de expresión 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;

ii) La libertad de expresión es más amplia que la libertad de información al no operar en el ejercicio de aquélla el límite interno de veracidad que es aplicable

a ésta” (STC 107/1988, de 8 de junio, FJ 2), lo que se justifica en que “tiene por objeto presentar ideas, opiniones o juicios de valor subjetivos que no se prestan a una demostración de su exactitud” (STC 51/1989, de 22 de febrero, FJ 2)

iii) La protección del derecho al honor debe prevalecer frente a la libertad de expresión cuando se emplean frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el art. 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental (SSTC 204/1997, de 25 de noviembre, F. 2; 134/1999, de 15 de julio, F. 3; 6/2000, de 17 de enero, F. 5; 11/2000, de 17 de enero, F. 7; 110/2000, de 5 de mayo, F. 8; 297/2000, de 11 de diciembre, F. 7; 49/2001, de 26 de febrero, F. 5; y 148/2001, de 15 de octubre, F. 4, SSTC 127/2004, de 19 de julio, 198/2004, de 15 de noviembre, y 39/2005, de 28 de febrero).

QUINTO.-Aplicación de la anterior doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de los criterios enunciados al caso examinado conduce a las siguientes conclusiones:

A) En primer lugar, conviene deslindar los derechos fundamentales en colisión. La parte recurrente alega vulneración del artículo 7 de la LPDH al entender que no se ha producido intromisión en el honor de la demandante. La vulneración de un derecho fundamental como el honor supone el examen de las circunstancias concretas del caso para determinar si en dicha vulneración se produce colisión con otro derecho fundamental que pudiera hacer que el tribunal, en atención al ejercicio legítimo o no de este derecho fundamental, tuviera que ponderar la prevalencia de los derechos fundamentales en colisión. En este caso, existe una colisión entre dos derechos fundamentales, el honor y la intimidad de la demandante y la libertad de opinión de la demandada, que ha transmitido una opinión, un pensamiento de carácter personal y subjetivo, sobre su duda sobre la paternidad de su nieto, comunicando al mismo tiempo un hecho, que el hijo de la demandante no pertenecía a su marido, sino a una relación extramatrimonial. Estamos ante uno de esos supuestos en los que el deslinde entre la libertad de información y la libertad de opinión, en la medida en que se apoya en hechos, es difícil. Por eso, la valoración de los derechos fundamentales atenderá a la colisión entre el honor y la intimidad de la demandante y la libertad de opinión e información de la demandada.

B) Delimitados los derechos, desde un punto de vista abstracto, debe considerarse como punto de partida la posición prevalente que, como se ha expresado, ostenta el derecho a la información y el derecho a la libre expresión, aunque no en su máxima expresión por no ejercitarse por un medio de comunicación, sino por un particular, 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.

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

i) Interés público.

Desde esta perspectiva, la información y la opinión no pueden mantener su prevalencia sobre el honor del ofendido pues ningún interés tiene para el público en general ni para nadie en particular, el conocer la filiación de una persona, salvo para el propio hijo, derecho que podría tener amparo en el artículo 39 CE y que es reconocido en el artículo 7 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989 y en el artículo 12 de la Ley de Adopción Internacional 54/2007 de 28 de diciembre. Cuando además el hecho se dice de una persona casada, no solo se está comprometiendo el honor de la ofendida sino podría estar comprometiéndose el de su marido, que goza de una presunción legal (117 CC) de paternidad, al atribuir a su mujer una relación extramatrimonial del que habría nacido un hijo.

Esta Sala ha considerado en diversas sentencias que la propagación de rumores sobre las relaciones extramatrimoniales de una persona con proyección pública es un supuesto de intromisión ilegítima del artículo 7.7 LPDH (SSTS de 9 de mayo de 2003, RC núm. 2882/97; 22 de octubre de 2008 RC. núm. 2216/2002; 26 de febrero de 2009, RC núm. 958/2006; 17 de junio de 2009 RC. núm. 558/2005 y RC núm. 2185/2006; 21 de marzo de 2011, RC 1539/2008). Si el interés público de este tipo de noticias en la medida que no contribuye a la formación de la opinión pública, no puede amparar el atentado al honor de personajes con notoriedad, menos aún puede justificar esta intromisión en los casos en los que el ofendido es un particular.

Sobre hechos como el aquí enjuiciado se ha pronunciado esta Sala en una reciente sentencia de 5 de mayo de 2011 (RC núm. 1165/2008) en un supuesto en el que un medio informativo informó sobre una infidelidad matrimonial de una persona de la nobleza y del nacimiento de un hijo de esa relación sentimental.

ii) Veracidad

La parte recurrente señala que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta el elemento de veracidad. Conviene precisar que la veracidad solo es objeto de examen en los supuestos en los que la libertad de información está afectada, pues no es elemento que deba ser valorado en la libertad de opinión y en el derecho a la intimidad, pues en estos casos se protege la emisión de opiniones, que no se prestan a una demostración de exactitud, y la vida íntima de las personas, con independencia de que los hechos transmitidos sean verdad. Conviene también recordar que según la doctrina constitucional antes apuntada “veracidad” no es sinónimo de “verdad”, sino de “diligencia” en la transmisión de los datos. En ocasiones se transmiten informaciones que después son desmentidas, pero que estaban basadas en datos que permitían afirmar lo que se transmitió.

Desde la perspectiva de la información, no existe en el procedimiento ningún dato que permita afirmar que la demandada actuó diligentemente al transmitir que su nieto no era de su hijo. La difusión de este tipo de informaciones implica una especial diligencia puesto que la prueba de la “verdad” sólo puede obtenerse con el consentimiento de los afectados o por orden de la autoridad judicial, con las implicaciones legales en caso de negativa. Aun así, como señala la sentencia recurrida, aunque se hubiera transmitido una “verdad”, lo que solo se ha considerado como hipótesis de trabajo, resultaría afectado otro derecho fundamental, que es el derecho a la intimidad, ya que estos datos pertenecen al ámbito íntimo de la pareja y en su caso, del hijo, y aunque sean verdad no pueden ser divulgados.

iii) Expresiones injuriosas o insultantes

La afirmación de haber tenido una relación extramatrimonial de la que ha nacido un hijo se considera objetivamente injuriosa para la mujer a la que se imputa, pudiendo llegar a afectar, como se ha dicho con anterioridad, al marido, pero también al hijo, que en este caso además es menor de edad, lo que agrava la intromisión pues en nuestro ordenamiento jurídico el “interés superior del menor” debe orientar la labor legislativa y la interpretación de los Tribunales.

iv) Divulgación

La parte recurrente afirma que no concurre el elemento de la divulgación para la existencia de intromisión ilegítima. El elemento de la “divulgación” en el supuesto de intromisión ilegítima del artículo 7.7 LPDH, no es necesario tras la reforma operada por la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre. Y así ha sido mantenido por esta Sala en SSTS de 30 de diciembre de 2008 (RC núm. 1037/2004); 24 de enero de 2008 (RC núm. 640/2001); 10 de julio de 2008 (RC núm. 2735/2001), 3 de junio de 2009 (RC núm. 1389/2006); 1 de febrero de 2011 (RC núm. 2186/2008).

La sentencia recurrida ha considerado que la conducta declarada probada constituye intromisión ilegítima al amparo del artículo 7.7 LPDH, precepto que conforme se ha señalado no exige divulgación. En todo caso, la sentencia recurrida también ha declarado probada, en atención a las pruebas testificales, la existencia de divulgación, debiendo mantenerse por esta Sala los hechos declarados probados por la sentencia recurrida, como se señaló al inicio de esta resolución.

v) Por último, la parte recurrente señala que el perjuicio no ha existido ni tampoco el beneficio para la parte demandada.

En primer lugar, debe precisarse que el artículo 9.3 LPDH establece la presunción de la existencia del daño moral. Así, se afirma que “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”.

En cuanto al beneficio que la parte alega no haber tenido, es uno de los elementos que ha de valorarse para la cuantificación de la indemnización, según la redacción del artículo 9.3 vigente en el momento de producirse los hechos. Esta alegación de la parte recurrente queda vacía de contenido al no haberse alegado vulneración del artículo 9.3 de la LPDH en cuanto a la cuantía de la indemnización concedida, sino vulneración del artículo 7 de la LPDH. En todo caso, constituye jurisprudencia reiterada de esta Sala que la fijación de la cuantía de la indemnización es función soberana de los tribunales de instancia, siendo excepcional y solo para casos tasados su revisión por este Tribunal.

En conclusión, de conformidad con el Ministerio Fiscal, esta Sala considera que la resolución recurrida no incurre en la infracción denunciada. 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, prevalencia que no puede mantenerse en el caso al:

- i) No existir ningún interés en el asunto;
- ii) Al no haber actuado la recurrente de manera diligente difundiendo un rumor que, en todo caso, supone un atentado contra la intimidad personal de la demandante
- iii) Siendo objetivamente atentatorio al honor y a la intimidad la atribución de un hijo extramatrimonial a una mujer casada. Por todo ello, debe confirmarse la resolución recurrida.

SEXTO.- Costas

La desestimación del recurso de casación comporta la procedencia de confirmar la sentencia impugnada de acuerdo con el art. 487 LEC y de imponer las costas a la parte que interpuso el recurso, en virtud de lo dispuesto en el art. 394 LEC, en relación con el 398 LEC.

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

FALLAMOS

1. Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por D^a M^a del Carmen, contra la sentencia de fecha 31 de marzo de 2008, dictada en grado de apelación, rollo número 32/2008, por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1.^a, cuyo fallo dice:

“Fallamos. Que, estimamos el recurso de apelación interpuesto por la procuradora de los tribunales D^a María-Dolores Quilón Contreras, en nombre y representación procesal de M^a del Rosario, representada ante este tribunal por el procurador de los tribunales D. Enrique Hinojosa Guzmán, contra la

sentencia dictada, con fecha doce de enero del dos mil siete, en juicio ordinario número 367 del 2005, del Juzgado de Primera Instancia número 2 de los de Ayamonte, debemos revocar, y, en consecuencia, revocamos, dicha sentencia, condenando a M^a del Carmen,

“a) A que ponga fin a la intromisión ilegítima en el honor de la actora absteniéndose de comunicar a cualquier persona su convencimiento o creencia de que el padre del hijo que aquella ha dado a luz no es Manuel, marido de la demandante, e incluso de manifestar dudas sobre dicha paternidad;

“b) Al pago de nueve mil euros a la demandante, como indemnización por los daños morales sufridos; y

“c) Al pago de las costas de la primera instancia.

“No se hace imposición de las costas que hubieran podido devengarse en este recurso.”

2. No ha lugar a casar por los motivos formulados la sentencia recurrida, que resulta confirmada con este alcance.

3. Se imponen las costas del recurso de casación a la parte que lo ha interpuesto.

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.

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.