

En la Villa de Madrid, a diecisiete de noviembre de dos mil once.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los magistrados al margen indicados, los recursos de casación que con el núm. 1651/2009 ante la misma penden de resolución, interpuestos por las representaciones procesales de Radio Popular, Cadena de Ondas Populares Españolas, S.A. y de D. Faustino, aquí representados en esta sede por el procurador D. Manuel Lanchares Perlado, contra la sentencia de fecha 11 de junio de 2009, dictada en grado de apelación, rollo núm. 680/2008, por la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 4.ª, dimanante de procedimiento de juicio ordinario núm. 73/2007, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Barcelona. Habiendo comparecido en calidad de partes recurridas el procurador D. José Luis Ferrer Recuero, en nombre y representación de la entidad La Esfera de los Libros, S.L., y el procurador D. Alfonso Blanco Fernández, en nombre y representación de D. Eduardo F.. Es parte el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia núm. 30 de Barcelona dictó sentencia de 4 de julio de 2008 en el juicio ordinario núm. 73/2007, cuyo fallo dice:

“Fallo.

Estimando parcialmente la demanda interpuesta por el procurador Sr. Sans Bascú, en representación de D. Carmelo F., en cuya posición ha sucedido conforme al artículo 16 de la Ley de Enjuiciamiento Civil D. Eduardo F., debo condenar y condeno a D. Faustino, a la entidad “La Esfera de los Libros, S.L.” y a la entidad “Radio Popular Sociedad Anónima, Cadena de Ondas Populares Españolas” a que conjunta y solidariamente indemnicen a la parte actora en la cantidad de tres mil euros (3.000,00 €), más los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Todo ello debiendo abonar cada una de las partes las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.”

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

“Primero.- Por la representación procesal de D. Carmelo F., fallecido durante el curso de estos autos, y en cuya posición procesal ha sucedido como sucesor su hijo D. Eduardo F., se ha presentado demanda contra D. Faustino, contra la entidad “La Esfera de los Libros, S.L.” y contra la entidad “Radio Popular, S.A., Cadena de Ondas Populares Españolas (Cope)” en la que se ejercitan dos acciones acumuladas.

“Por un lado, se ejercita la acción de jactancia, o acción dirigida “al perpetuo silencio”, derivada de la ley 46, del Título II, de la Tercera de las Partidas de Alfonso X. Por otro lado, se ejercita una acción para la protección del derecho al honor de la persona, dentro de los términos previstos en el artículo 18.1 de la Constitución y en la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y a la Propia Imagen.

“La cuestión controvertida en este proceso se centra en las manifestaciones vertidas por D. Faustino, durante las emisiones radiofónicas del programa “La Mañana”, del que es director, en la cadena Cope, así como por las contenidas en el libro De la noche a la mañana, el cual es autor el propio Sr. Faustino, y que fue publicado por la editorial “La Esfera de los Libros.”

“Por la parte actora se afirma que las afirmaciones realizadas por el demandado consisten en imputaciones falsas y suponen un atentado contra el derecho al honor y a la estimación personal del Sr. F. Se ha indicado que las manifestaciones del Sr. Faustino han consistido en datos que no se ajustan a la verdad, de contenido claramente infamante e injurioso, y que han causado un daño moral relevante.

“Es por ello que se solicita de este juzgado que en estimación de la acción de jactancia los demandados resulten condenados “al perpetuo silencio”, es decir, a no volver a referirse nunca más al demandante utilizando términos como “terrorista”, y a no enunciar o insinuar que el demandante deseó ni solicitó auxilio alguno para que nada ni nadie matara al codemandado Sr. Faustino. En consecuencia, se interesa que se proceda a la eliminación en sucesivas ediciones, en el libro escrito por el demandado, de las alusiones relativas a que el actor es un "terrorista". Por otro lado, en estimación de la acción de protección contra el derecho al honor, se solicita que los demandados sean condenados solidariamente a indemnizar con una cantidad adecuada para resarcirle del daño moral causado, y que se fija en veinticuatro mil euros.

“Segundo.- En cuanto a la acción de jactancia, deberá desestimarse la pretensión ejercitada por la parte actora. El demandante pretende que se aprecie por este juzgado que no son ciertas las afirmaciones vertidas por el Sr. Faustino hacia su persona, en concreto en lo que se refiere a las alusiones que hubiese podido realizar sobre él calificándole de “terrorista”, o definiéndolo como tal.

“Como ya se ha dicho, la base normativa de llamada “acción de jactancia” viene integrada por la Ley 46, Título II, Partida Tercera de la Ley de Partidas, cuya literalidades la siguiente:

“Constreñido no deue ser ningun ome, que faga demanda a otro, mas el de su voluntad la deue fazer si quisiere; fueras ende en cosas señaladas, quel puedan los Judgadores apremiar según derecho, para fazerla. E la una dellas es, quando alguno se va alabando, e diziendo contra otro, que es su sieruo (a), a lo enfamado, diziendo del otro mal ante los omes. Ca en tales cosas como estas, o en otras semejantes dellas, aquel contra quien son dichas, puede ir al Juez del Logar, e pedir que constriña a quel que las dixo, quid le faga demanda sobrellas en juyzio, e que las prueue, o que se desdiga dellas, o quel faga ofra enmienda, qual el Judgador enfendiere que sea guisada. E si por auenfura fuesse rebelde, que non quisiere fazer su demanda, después que el judgador gelo mandase, dezimos, que deue dar por quito al ofro para siempre”.

“Durante mucho tiempo vino aceptándose pacíficamente la vigencia de esta acción en nuestro Derecho, con base en la disposición derogatoria contenida en el artículo 1976 del Código Civil, respecto a las normas civiles anteriores. Se entendía que esta acción no quedaría afectada por la entrada en vigor del Código Civil, por considerar que la misma estaba basada en una norma procesal y no sustantiva (sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 1969, 11 de febrero de 1972, etc.) Se trataría de una pretensión cuyo objeto sería obligar a quien, por actos, palabras o mero silencio, pone en duda la existencia del derecho ajeno, a ejercitar en plazo determinado aquellas acciones de que se crea asistido o, de no hacerlo, mantener perpetuo silencio en cuanto a aquel. Se trataría, por tanto, de una acción dirigida contra quien se jacta de ostentar un derecho frente al actor, y pone en controversia el derecho de este.

Así, como señalaba la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 1944, la acción de jactancia está integrada por dos elementos:

a.- El supuesto de hecho constituido por la jactancia o difamación;

b.- El mecanismo o finalidad procesal basados en el principio de la provocación a accionar. El presupuesto de la acción consiste, por tanto, en alabarse una persona de tener un derecho contra otra, de manera que el perjudicado pueda obligar al jactancioso a que presente la demanda de su pretendido derecho en el término que se le fije y que, de no hacerlo, se le imponga perpetuo silencio. De ese modo, el derecho del cual se debe jactar el demandado es un derecho sobre el actor o, al menos, que le afecte tan directamente que pueda verse afectado en su honra o fama.

“No obstante, en los últimos años la vigencia de esta acción ha sido objeto de controversia. De hecho, se han dictado pronunciamientos de sentido diverso dentro de la propia Sala Primera del Tribunal Supremo. Mientras algunas resoluciones se han pronunciado a favor de su vigencia en la actualidad (sentencias de 16 de febrero y 20 de mayo de 1988), otras la han puesto en duda de manera abierta (sentencia de 11 de mayo de 1995). En cualquier caso, la acción presenta un matiz obsoleto y arcaico, que no se aviene con las características comunes de las vías procesales de defensa de los derechos imperantes hoy en día. Además, se trata de una acción que puede considerarse prescindible en la medida en que su finalidad puede ser obtenida a través de otras modalidades de acciones declarativas, incluidas las derivadas de la protección del derecho fundamental al honor, fama y propia imagen. En ocasiones se ha calificado a la acción de jactancia de pertinaz reliquia histórica, procedente de los juicios “provocatorios” de la Edad Media, y que hoy puede considerarse superada por las acciones declarativas comunes, y en especial por aquellas que derivan de la Ley Orgánica 1/1982, para la protección del honor, intimidad personal y familiar y propia imagen.

“Y, concretamente, cabe considerar improcedente la estimación de esta acción para supuestos como el que se plantea en este proceso. Cabe invocar, en este sentido, la sentencia de la Sección 14.ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 2 de septiembre de 2002, que a su vez se remite a la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de mayo de 1988. La acción de jactancia va dirigida a “que el que se jacta de un derecho lo ejercite en el término que se le fije, y de no hacerlo se le impone un perpetuo silencio”.

“Pues bien, en este caso, el Sr. Faustino no se jactó de derecho alguno, sin perjuicio de que las expresiones vertidas puedan dar lugar a la estimación de otro tipo de acciones. Al no jactarse de un derecho que el actor considere suyo, no puede provocar que se le compela a su ejercicio o a callar para siempre, que es en definitiva el objeto de la meritada acción. En la medida en que meramente se atribuye al demandado la realización de una imputación falsa o la manifestación de expresiones de contenido injurioso o vejatorio, la pretensión consistente en una condena, -al perpetuo silencio- carece de rigor y choca frontalmente con el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de nuestra Constitución.

“Además, no tiene sentido ni virtualidad condenar al demandado de manera perpetua a no referirse en determinados términos respecto de la persona del actor, obviando la posible alteración de circunstancias que podría darse en el futuro. Eso es lo que provoca que en este tipo de supuestos la acción de jactancia no pueda ser estimada. Aunque las expresiones realizadas por el demandado fuesen de carácter marcadamente calumnioso (como se afirma en este caso en la demanda en relación a la expresión “terrorista”), no cabe aceptar una pretensión como la que se solicita, consistente en prohibir indefinidamente al demandado hacer manifestaciones futuras sobre la parte contraria. Aunque resulte una hipótesis aventurada, debería contemplarse la posibilidad extrema de que el demandante de la acción de jactancia pudiese en el futuro ser autor de alguna de las conductas imputadas y, por tanto,

acreedor de las expresiones que hoy se consideran falsas. Este razonamiento se antoja especialmente relevante en los casos en que el demandado ejerce una actividad profesional de periodista, toda vez que efectivamente la estimación de la acción, en la forma solicitada por la parte actora, conllevaría en la práctica una suerte de “censura previa” e impediría al demandado denunciar conductas delictivas que pudiesen ser realizadas por el actor en el futuro. Evidentemente, no se trata de presumir o prever que el actor (o sus sucesores) pudiese ser “terrorista” en el futuro, pero sí parece improcedente negar al demandado el derecho a denunciar esa hipotética posibilidad futura, por remota o estrambótica que pueda resultar. La única vigencia que a día de hoy puede tener la acción de jactancia es con relación a la atribución de derechos, aunque ello tenga incidencia en el marco del honor o la estimación personal, pero no con la mera manifestación de afirmaciones injuriosas o calumniosas. En este último caso, no tiene sentido la “provocación a accionar”. La “provocación” que la acción de jactancia conlleva solo puede ser admisible en el Derecho actual, a lo sumo, en el marco de la atribución de derechos que puedan ser objeto de discusión entre las partes, pero no en el de manifestaciones meramente difamatorias.

“Debe, por tanto, desestimarse la acción de jactancia ejercitada, y en consecuencia no procederá ni la condena a los demandados al “perpetuo silencio”, ni la obligación de retirar las afirmaciones (que en realidad no existen en cuanto tales de manera directa y explícita, como se analizará a continuación), contenidas en la obra De la noche a la mañana, relativas a que el Sr. F. sea un “terrorista”.

“Tercero.- En cuanto a la pretensión fundamentada en la supuesta infracción del derecho al honor, es obvio que para la resolución de este pleito habrá que estar a la doctrina jurisprudencial dimanada del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, relativa a la colisión que puede existir entre el derecho al honor consagrado en el artículo 18.1 de la Constitución, y el derecho a la libertad de expresión y a la libre información regulados en el artículo 20.1 de la Carta Magna. En síntesis, resulta conveniente recordar lo indicado recientemente por el Tribunal Supremo, en sus sentencias de 30 de enero de 2001 o 1 de octubre de 2002, por citar solo algunos ejemplos.

En orden a este tipo de conflictos, podemos enunciar como principios básicos extraídos de la jurisprudencia los siguientes:

a) Tanto la libertad de información o expresión, como el derecho al honor; poseen rango constitucional, pero a ninguno de dichos derechos puede concederse carácter absoluto o prevalencia, haciéndose preciso en cada supuesto de colisión los mismos la fijación de los respectivos límites de cada uno, para determinar si el ejercicio de la primera a través de la manifestación de noticias u opiniones afecta o no a la dignidad personal del sujeto aludido;

b) A tal fin deben ser ponderadas las circunstancias concurrentes, incluida la posible calidad de persona de proyección pública del sujeto pasivo, pues en ese último supuesto experimenta disminución su derecho al honor;

c) La libertad de expresión nunca puede ser invocada para legitimar un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la dignidad de la persona que proclama el artículo 10.1 de la Constitución Española; y

d) Para que pueda concederse prevalencia a aquella, libertad sobre el derecho a la protección del honor han de concurrir dos ineludibles requisitos: que la información transmitida verse sobre hechos de interés general -ya sea político, social o económico-

y que la misma sea veraz o que al menos aparezca observado diligentemente el deber de comprobar o contrastar su veracidad a través de datos objetivos, si bien este segundo punto se exige con mayor rigor en la libertad de información que en la de expresión.

“Cuarto.- Y, en este caso, al examinar la conducta llevada a cabo por D. Faustino respecto de D. Carmelo F., la aludida colisión entre los derechos constitucionales al honor (artículo 18 de la Constitución) y a la libertad de expresión (artículo 20 del mismo texto legal) ha de resolverse de conformidad con las pretensiones de la parte actora, en el sentido de considerar probada la existencia de una intromisión ilegítima en los derechos del demandante. Cabe afirmar que las expresiones vertidas por el Sr. Faustino excedieron del marco propio de la libertad de expresión, hasta el punto de suponer un ataque al derecho al honor. Y ello ha de entenderse acreditado, sencillamente, por la injustificada incomparecencia, del codemandado al acto del juicio y la consiguiente imposibilidad de practicar la prueba de interrogatorio que había sido acordada en la audiencia previa. En ese sentido, el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone:

“Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la presente Ley. En la citación se apercibirá al interesado que, en caso de incomparecencia injustificada, se producirá el efecto señalado en el párrafo anterior”.

“En primer lugar, la mencionada incomparecencia ha venido a echar por tierra la alegación formulada por la representación procesal del propio Sr. Faustino, consistente en impugnar el contenido de las manifestaciones que según la actora habrían sido proferidas por el codemandado. En su escrito de contestación, esa parte codemandada había discutido que la transcripción aportada junto con la demanda (doc. núm. 4) recogiese de manera fiel el contenido del CD, también aportado (doc. núm. 3), correspondiente a la grabación del programa radiofónico “La Mañana”, del día 7 de junio de 2006. Es más, también se estaría discutiendo que dicho CD recogiese fielmente lo manifestado por el codemandado en aquel programa. Evidentemente, para poder enervar la eficacia de esa impugnación, habría sido necesario que la parte actora realizase un esfuerzo probatorio complementario, tendente a acreditar la autenticidad de esos soportes y la adecuación de su contenido a la realidad. Como insinuó el letrado del Sr. Faustino durante el trámite de informe y conclusiones, lo más lógico habría sido proponer como prueba la reproducción en juicio de esos soportes (artículos 382 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Y, sorprendentemente, esa prueba no se solicitó en su momento por la parte demandante durante la audiencia previa.

“No obstante, la incomparecencia del Sr. Faustino al acto del juicio ha de ser suficiente para que se le tenga por conforme con el hecho básico de la realidad de sus manifestaciones durante su programa en la cadena Cope, con el contenido indicado en la demanda, y ello en aplicación del artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

“Quinto.- Pero es más, la incomparecencia del Sr. Faustino al acto del juicio ha de servir también para que se tenga por acreditada la existencia de un verdadero ánimo de injuriar y menospreciar a la persona del actor, por encima del legítimo deseo de informar y expresar libremente ideas. Por la representación procesal de la entidad codemandada “La Esfera de los Libros, S.L.” y por la del propio Sr. Faustino se indicó durante el juicio que el ámbito de la prueba de interrogatorio debía quedar circunscrita a cuestiones estrictamente fácticas, sin incluir ningún tipo de opinión ni juicio de valor.

Evidentemente, ello supondría la imposibilidad de tener por conforme al Sr. Faustino respecto de algunas afirmaciones realizadas de contrario en cuanto a los motivos o intenciones que le impulsaron a manifestarse en la forma en que lo hizo. Sin embargo, no puede acogerse esa alegación de los codemandados, que dio lugar a tantas interrupciones durante la práctica de la prueba. Sí debe admitirse, la aplicación del artículo 304.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, hasta el punto de dictar un pronunciamiento condenatorio, en el sentido de poder considerar que el Sr. Faustino era consciente del significado de las palabras que dedicó al Sr. F., así como de la trascendencia pública de las mismas, y que realizó las mismas con la única intención de menoscabar su fama y estimación. Estas circunstancias, que son presupuestos básicos para la estimación de la acción de protección del derecho al honor, pueden ser objeto de prueba mediante muy diversas formas, pero en cualquier caso es legítimo pretender que la prueba de interrogatorio sirva a tal fin (con independencia del éxito final que de su resultado pueda derivarse). La parte actora diseñó su actividad probatoria sobre la base de la documentación (como elemento objetivo) y de tal interrogatorio (como fuente de prueba de elementos subjetivos). Y, ante tal planteamiento, no puede merecer ningún juicio favorable la parte que provoca la imposibilidad de practicar alguna de esas pruebas (declaradas pertinentes por el Juzgado) mediante una injustificada incomparecencia al acto del juicio.

“Lo que establece el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es una potestad que se atribuye al tribunal, de la que podrá hacer uso si lo considera oportuno, y siempre referida a hechos personales de la persona a declarar. Conforme a la doctrina fijada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 17 de mayo de 2002 y 22 de diciembre de 2005, y por el Tribunal Constitucional en sentencia núm. 138/1991, de 20 de junio, lo importante en orden a la valoración de la prueba efectuada por el Juez es que en su conjunto responda a un criterio de razonabilidad. En nuestro sistema probatorio no se exige una determinada dosis de prueba, sino que es el Juzgador, en su función soberana, el que determina el grado de convicción, operando las contrapruebas en la perspectiva de general duda racional respecto de la veracidad de las alegaciones de la parte contraria.

“A diferencia de lo que ocurría con la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, no se admite en nuestro Derecho una actitud procesal meramente pasiva en el demandado. Como se desprende de lo dispuesto en el artículo 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente, se impone al demandado la positiva obligación de negar o admitir los hechos aducidos por el actor. Por su parte, el artículo 217 del mismo texto legal, al determinar la carga de la prueba, recoge en su apartado 7 el principio de facilidad probatoria, en virtud del cual para la aplicación de lo dispuesto en sus apartados anteriores de tal artículo, el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad en el acceso a los medios de prueba que corresponde a cada una de las partes en litigio. De todo ello se deduce que la nueva Ley ha acabado con la absoluta pasividad que se permitía al demandado en el régimen de la legislación anterior. Cabe citar diversos ejemplos de ello; exigencia de colaboración con la administración de justicia conforme a las reglas de la buena fe (artículo 247); posibilidad de sanción en caso de impugnación temeraria de documentos (artículo 320); tacha temeraria o desleal (artículo 344); retraso en la práctica de una prueba admitida (artículo 288), etc. Por otro lado, y como señalaba la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su sentencia de 26 de mayo de 2004, la ausencia de un litigante no ha de favorecer a quien rehúye sin motivo la comparecencia a juicio. Es por ello que, en casos como el que se ha planteado en este proceso, en el que el demandado no ha comparecido al acto del juicio, sin acreditar causa que justifique su comportamiento, impidiendo la práctica de una prueba tan relevante para la resolución del litigio, y en la que legítimamente la parte actora pretendía basar buena parte de su pretensión, cabe aplicar la presunción judicial o “ficción” prevenida en el citado artículo 304 de la Ley de

Enjuiciamiento Civil y tener por conforme al codemandado D. Faustino respecto de los hechos alegados de contrario en los que hubiese tenido una intervención personal y cuya acreditación pudiera perjudicarlo.

“Esa presunción puede y debe extenderse a aspectos íntimos y subjetivos del propio demandado, cuando los mismos constituyen un presupuesto esencial a la hora de resolver las cuestiones objeto de litigio. Aunque no cabe aplicar el artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para considerar probado un determinado juicio de valor por parte del demandado no comparecido, sí cabe aplicar este precepto para poder considerar acreditada la existencia de una determinada intención, interés o convicción subjetiva del propio litigante a la hora de llevar a cabo una determinada actuación, máxime cuando ello tiene una evidente conexidad con el objeto del pleito, y cuando ello fue objeto de expresa advertencia en la audiencia previa de este juicio cuando las partes codemandadas mostraron su oposición a que acordase la pertinencia de esta prueba. De la misma manera que en un proceso sobre responsabilidad extracontractual la incomparecencia del demandado a la prueba de interrogatorio puede suponer que se tenga por acreditado el dolo o la culpa en su conducta, también deberá considerarse debidamente probado, por el mismo motivo la existencia de un animus concreto en los casos en los que se discuta la existencia de una vulneración en el derecho al honor, y la inexistencia de otras intenciones o convicciones que podrían justificar su comportamiento (en este caso, interés de informar, deseo de defenderse de una imputación vertida de contrario, ignorancia de excusas o matizaciones, etc.). En este sentido cabe citar, por su relevancia, la sentencia de la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Baleares de 5 de junio de 2006, sobre nulidad de matrimonio, que consideró acreditado, mediante la vía del artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que el demandado era consciente de su orientación sexual en la fecha en que se celebró un matrimonio, así como la ocultación intencionada que hizo de ello a la parte contraria.

“Sexto.- En consecuencia, y por los argumentos expuestos, cabe considerar acreditado, en primer lugar, que durante el transcurso el programa de radio “La Mañana”, de fecha 7 de junio de 2006, el demandado se refirió al actor utilizando las expresiones: “el juez F., ese que dijo que a mí me tenían que pegar un tiro en el corazón y no en la pierna”; “este tío dice que a mí me tenían que pegar un tiro al corazón”; “este despreciable sujeto hace burla de una víctima del terrorismo diciendo que en lugar de en la rodilla le tenían que disparar al corazón”.

“Asimismo, cabe considerar probado que en el libro De la noche a la mañana, publicado por la editorial “La Esfera de los Libros”, D. Faustino se refirió al actor en los siguientes términos:

“F., que tendría lo que hay que tener -al menos para ser terrorista-, pero a sus horas, temió una acción disciplinaria del CGPJ y publicó una notita asegurando que el corazón a perforar de un disparo, el mío, era metafórico” (pág. 529).

“Y, además, en aplicación del mencionado artículo 304 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cabe considerar probado que el Sr. Faustino realizó esas manifestaciones con consciencia de que el actor no se había pronunciado literalmente en tales términos y que, además, había publicado una nota de disculpa de la cual podía extraerse como conclusión que, con independencia de poder apreciarse una afectación más o menos relevante a su estimación personal, no había un deseo expreso de que se atentase contra su integridad corporal.

“Desde luego, resulta desproporcionada la interpretación del actor, cuando afirma que el Sr. Faustino se refirió a él calificándolo de “terrorista”. Tan exagerada es esa

apreciación como aquella que consiste en afirmar que el demandante deseó que el demandado recibiese un disparo en el corazón. No obstante; sí es cierto que las reiteradas alusiones realizadas por el Sr. Faustino; proclamando de manera reiterada que el actor deseaba que le disparasen en el corazón (el del codemandado), constituyen una intromisión ilegítima al derecho al honor y a la consideración y estimación general de la persona del Sr. F. Es cierto que ambas partes actúan con un cierto afán de victimización al interpretar de manera inadecuada las expresiones de la contraria: ni cabe interpretar que el Sr. F. dijese que deseaba que el Sr. Faustino recibiese un disparo en el corazón, ni el codemandado expresó nunca su convicción de que el actor fuese un terrorista. Sin embargo, sí cabe apreciar una continuidad y un afán recurrente por parte del codemandado, al imputar al actor la proliferación de esas expresiones, que propiamente no se realizaron.

“En ese sentido el comportamiento del codemandado fue totalmente desmesurado. Sin duda, esa continua manifestación pública, consistente en que el Sr. F. habría dicho que al Sr. Faustino debían dispararle en el corazón, emitida por un medio de gran difusión pública que podía dirigirse a muchas personas que no conociesen el contenido exacto del artículo escrito por el actor, supone un atentado injustificado contra la fama y dignidad de la persona del Sr. Carmelo F., máxime cuando la referida incomparecencia al acto del juicio debe dar lugar ineludiblemente a que se aprecie por este juzgado un ánimo e intención deliberada de difamar e injuriar al demandante.

“En suma, no cabe amparar la actuación del demandado bajo el marco de protección de un ánimo o intención de informar, ni tampoco en el de expresar de manera libre ideas o pensamientos, sino que existía un interés cierto y fundado en menoscabar y dañar la imagen del Sr. Carmelo F.

“Eso sí, no parece procedente conceder especial relevancia en este procedimiento a la expresión “exquisita deposición judicial”, contenida en la referida obra De la noche a la mañana, debiendo considerarse que la misma debe considerarse integrada dentro del derecho a la libertad de expresión del codemandado (aunque no esté exenta de mal gusto), y no un ataque directo al honor o a la dignidad del demandante.

“No merece tampoco especial consideración la grabación relativa al intervalo entre las 06:00 y 07:00 horas, correspondiente al programa “La Mañana” del día 14 de junio de 2006. En ella solo hay una alusión a la expresión vertida por el Sr. F. (concretamente, minuto 27 de la grabación), en términos similares a los ya manifestados durante el programa de 7 de junio anterior, y en el que la intención principal es ya, marcada y decididamente, criticar la decisión del Consejo General del Poder Judicial de archivar el expediente incoado respecto del actor, entendiendo con ello que su actuación no era susceptible de corrección disciplinaria.

“Séptimo.- Dicho ello, es preciso acoger siquiera parcialmente las alegaciones de las partes demandadas, en el sentido de que deberá tenerse en cuenta el contexto en que se han vertido estas expresiones, y en especial la propia actuación del demandante. Desde luego, tal y como se ha señalado en los escritos de contestación, no puede ser ignorado el hecho de que las versiones y alusiones públicas efectuadas recíprocamente entre el actor y el demandado tuvieron su origen en un artículo escrito por el propio Sr. F. Desde luego, en este juicio no protege entrar a valorar jurídicamente si las expresiones vertidas por el actor constituyen una vulneración del derecho fundamental al honor del Sr. Faustino; toda vez que no se ha presentado demanda en tal sentido y, por tanto, ello no constituye el objeto de este pleito. Sin embargo, sí cabe decir, y resulta evidente a la vista de la propia documentación aportada junto a la demanda, que ya desde el primer momento el Sr. F. había colocado el nivel intelectual del debate en un nivel muy bajo. Ante todo, de la mera

lectura del artículo suscrito por el demandante en fecha de 11 de noviembre de 2005 se desprende un evidente afán difamatorio y provocador, susceptible de contribuir a la creación de una opinión pública desfavorable respecto del codemandado.

“Como ya se ha indicado, es cierto que de las expresiones contenidas en el artículo escrito por el Sr. F. no existía motivo para interpretar un ánimo o deseo expreso por parte del actor de que el codemandado recibiese un disparo en el corazón. Si aún pudiera haber alguna duda sobre ello, el artículo posterior escrito por el actor, de fecha 16 de noviembre de 2005, debía servir para despejarla cumplidamente. Véase el doc. núm. 2 de los acompañados a demanda:

“Le pido disculpas. No era mi intención ofenderle. De todas formas, cuando me refería a su corazón, lo hacía de manera metafórica. Yo no deseo, ni su muerte ni la de nadie”. Sin duda, cabe valorar las expresiones vertidas por el actor en su artículo de 11 de noviembre de 2005 en la forma ya expuesta por la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, en su auto de 20 de septiembre de 2006. Es decir, el párrafo que inicialmente encendió la crítica del codemandado (“Los de Terra Lliure te tirotearon. Fueron crueles al herirte en la pierna. De haber apuntado en el corazón, nada te hubieran lesionado porque careces de él”) no puede ser valorado como un menosprecio de la víctima del terrorismo por esa condición misma, y la manifestación del Sr. F., relatando que caso de disparar al corazón nada le hubiera pasado al carecer de él, no podía interpretarse de otra manera que la metafórica, esto es, la de carecer el Sr. Faustino de sentimientos. La expresión vertida por el Sr. F. podría ser, a lo sumo, criticable desde un punto de vista ético o moral (y, por tanto, sometido al criterio subjetivo de quien lo valore). Pero, en cualquier caso, ello no merecía de ninguna manera una interpretación pseudo-literal como la que el Sr. Faustino realizó y proclamó de manera recurrente.

“De todos modos, las expresiones del Sr. F., dirigidas a la persona del Sr. Faustino en el mencionado artículo de 11 de noviembre de 2005, incluso más allá de la más o menos desafortunada y criticable alusión a los disparos a la pierna y al corazón, son dignas de causar ofensa y quebranto. Ante todo, es conocida la condición de víctima del terrorismo del codemandado, por lo que la mera alusión al atentado padecido ya supone un ataque nada desdeñable a su ámbito personal más íntimo. Tampoco pueden merecer juicios favorables las expresiones “mentiroso abyecto”, “tu lengua viperina y envenenada de odios acumulados”, “eres un mendaz ruin palafrenero”, “eres la escoria de un periodismo provocador y cainita”. Es más, la frase “ahora, si tienes lo que hay que tener, queréllate conmigo”, confiere un tono arrogante, introduce un elemento de provocación que no solo es difícilmente justificable desde el punto de vista de la libertad de expresión e información, sino que (y es lo que realmente importa a la hora de dictar esta resolución), marca el grado de mayor o menor corrección en el debate público de alusiones y contra-alusiones que él mismo estaba contribuyendo a crear, bajando el listón de la cordialidad formal hasta colocarlo a una altura muy baja. Es más, el tono del artículo posterior de disculpa, publicado el 16 de noviembre de 2005, es muy ilustrativo en este sentido. Por un lado, deja claro que no hubo ninguna intención por parte del actor de insinuar que el Sr. Faustino merecía recibir un disparo en el corazón; pero por otro; resulta evidente que, dejando a salvo tal matización, el Sr. F. se ratificaba en todas y cada una de las expresiones proferidas, sin expresar ningún tipo de arrepentimiento (“Hoy mismo la dirección de 20 minutos me ha comunicado que deje de escribir en este periódico. Solo quise defender a quien dije. Pero eso, a veces, tiene un coste. Lo asumo encantado”).

“No cabe valorar con minuciosidad el contenido del artículo suscrito por el actor en la publicación “el plural.com” (que es transcrito en su integridad en el escrito de contestación a la demanda presentado por la representación del Sr. Faustino), toda

vez que su publicación es posterior a las expresiones vertidas por el codemandado y que constituyen propiamente el objeto de este procedimiento, pero sí es una prueba evidente de que el debate suscitado entre las partes, y que había dado lugar a distintas intervenciones en medios públicos, había alcanzado niveles ciertamente bajos de corrección formal.

“Octavo.- No cabe, tampoco, otorgar mayor trascendencia a la conducta del Sr. Faustino, más allá de las expresiones que han quedado indicadas. No cabe hablar de una “campaña” orquestada y promovida por el demandado en contra del actor, ni atribuirle una responsabilidad personal en las supuestas amenazas que el Sr. F. o su familia pudiese haber recibido. No se ha acreditado que el codemandado haya sido condenado, ni siquiera imputado, por la comisión de unos hechos como los que fueron objeto de denuncia por parte del demandante, y que al parecer dieron lugar a las diligencias previas núm. 5628/2005, ante el Juzgado de Instrucción núm. 21 de Barcelona.

“Noveno.- Como ha señalado reiteradamente la Sala Primera del Tribunal Supremo, el concepto y alcance del posible o aparente insulto debe ser matizado en los casos de polémica, por razón del contexto, y debiendo considerarse también si el sujeto ofendido es un personaje de relevancia pública. Así, en supuestos en que existe una proyección pública del actor, y habiéndose colocado el mismo en el núcleo de la polémica, la protección del derecho al honor se ve disminuida, la intimidad se diluye y el derecho a la imagen puede incluso llegar a excluirse (sentencias de 31 de enero de 1997, 6 de junio de 2003 y 9 de julio de 2004, entre otras). En suma, aunque en ningún caso existe un derecho al insulto, ni puede este justificarse en la relevancia pública de la persona, ni existe un “derecho a la retorsión”, no pueden fijarse los límites de la libertad de expresión y la colisión del derecho al honor de manera general y apriorística, sino contemplando las circunstancias concretas de cada caso. En este proceso, si cabe apreciar una evidente proyección pública por parte del actor, tanto por su condición de periodista-columnista como por la de magistrado, aunque su importancia mediática no fuese tan significativa como la del codemandado, ni los medios de publicación empleados tuviesen la misma difusión.

“Décimo.- Es por todo ello que, a la hora de dictar sentencia, este juzgado deberá decantarse por la propuesta final realizada por el Ministerio Fiscal en trámite de conclusiones. Debe declararse la existencia de una vulneración del derecho al honor del demandante, toda vez que la actuación del Sr. Faustino no puede considerarse amparada por el derecho a la libertad de expresión e información, especialmente por el hecho de que la incomparecencia del codemandado al acto del juicio ha de constituir prueba suficiente de un ánimo o intención especialmente dirigido a menospreciar y menoscabar la dignidad y la estimación personal del Sr. F.

“No obstante, la trascendencia de esa intromisión debe moderarse. Por un lado, ha de tenerse en cuenta que de las expresiones objeto de análisis en este litigio (si hubo más manifestaciones del codemandado sobre el actor, no se han indicado) no se desprende una afirmación o calificación expresa tildando al actor de “terrorista”. Y, por otro lado, cabe valorar muy significativamente la propia actuación del actor, generando él mismo este debate mediático mediante manifestaciones en medios de comunicación públicos y alusiones directas a la persona del codemandado, con afectación a su dignidad y estimación.

“La Jurisprudencia ha señalado en diversas ocasiones cuál ha de ser el tratamiento que haya de darse a la reclamación de indemnización por daños morales, toda vez que esta figura no se encuentra expresamente regulada en el Código Civil. Ciertamente, se trata de un perjuicio susceptible de ser indemnizado en la misma

forma que el daño patrimonial. La particularidad ha de versar en la severidad con que se examinen los requisitos que afectan al nexo causal y a la prueba de tal daño. En cualquier caso, se concede a los órganos judiciales un amplio arbitrio para su apreciación, ya sea por la vía de la responsabilidad contractual (artículo 1101 del Código Civil), ya por la de la responsabilidad extracontractual (artículo 1902 del Código Civil). Ello no significa, obviamente, que el daño no deba ser afirmado por el órgano judicial que declare la obligación de indemnizar. Esto es, con independencia de la rigurosidad con que se apliquen las normas sobre carga de la prueba, el daño habrá de ser apreciado por el juez o tribunal. Es preciso, en cualquier caso, apreciar un impacto psíquico o espiritual que implique, de manera grave o leve, una agresión a bienes materiales o inmateriales de la persona (sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1962, 28 de febrero de 1964, 3 de junio de 1991, 27 de junio de 1994, etc.). Por regla general el Tribunal Supremo ha vinculado los daños morales a condenas relativas al honor, a los sufrimientos en el orden afectivo, a la desaparición súbita de personas íntimamente ligadas en el entorno diario de los sentimientos elementales y otros supuestos similares. En estos casos el daño moral debe ser valorado por el juzgador en cada caso concreto, y no podrá apoyarse exclusivamente en pruebas objetivas.

“Es por ello que la indemnización que deba ser abonada a favor de la parte demandante (en este caso, a su sucesor procesal) ha de ser reducida hasta una cuantía muy reducida (el propio representante del Ministerio Fiscal ha propuesto durante el juicio el establecimiento de una indemnización “simbólica”), y que con carácter prudencial cabe fijar en 3.000 euros. Es cierto que aquí no se ha desplegado por una especial actividad probatoria por la parte actora en aras de acreditar la concurrencia de los factores previstos en el artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, tendente a esclarecer cuál es la cuantía ajustada al perjuicio sufrido. No obstante, y teniendo en cuenta que en este caso la trascendencia pública de la persona del perjudicado y su propia conducta a la hora de fomentar la polémica han servido como factores relevantes de reducción de la trascendencia y gravedad de la intromisión ilegítima, no cabe exigir una mayor actividad probatoria para acreditar la procedencia de una cuantía que a todas luces debe considerarse escasa. Debe tenerse en cuenta que el mismo artículo 9.3 de la Ley Orgánica 1/1982, invocado con insistencia por los demandados, contempla en su mención inicial que la mera acreditación de la intromisión ilegítima será causa suficiente para que se considere acreditada la existencia de un perjuicio para el actor. Además, en este caso constituye un hecho notorio la importante difusión y audiencia del medio empleado por el codemandado para proferir las manifestaciones que han sido objeto de análisis en este procedimiento. Cabe considerar evidente el quebranto personal que puede suponer la existencia de una intromisión ilegítima desplegada en un medio de comunicación cuyo poder de divulgación es notorio. Eso sí, no cabe tener en cuenta, a los efectos de fijar esta indemnización, el quebranto o daño moral directamente derivado de la producción de las supuestas amenazas que al parecer fueron objeto de denuncia, y cuya responsabilidad no puede ser atribuida en esta resolución al Sr. Faustino. En conclusión, todas las circunstancias concurrentes conducen a aplicar un criterio de prudencia y establecer una cuantía indemnizatoria establecida en un tanto alzado, considerándose adecuada la mencionada cantidad de 3.000 euros.

“Undécimo.- Al pago de tal indemnización deberán ser condenados solidariamente todos los demandados, ya no solo en tanto en cuanto son autores de las manifestaciones vertidas, sino también en la medida en que son propietarios de los medios de comunicación a través de los cuales se difundieron las expresiones objeto de estudio, y todo ello en el ámbito de un vínculo de solidaridad que no ha sido cuestionado en este proceso.

“Conforme al artículo 65.2 de la Ley 14/1966, de 18 de marzo, cuya constitucionalidad fue declarada por el Tribunal Constitucional mediante sentencia de 7 de marzo de 1988, la responsabilidad civil por actos u omisiones ilícitos no punibles, será exigible a los autores, directores, editores, impresores e importadores o distribuidores de impresos extranjeros, con carácter solidario. Como destacaba la Sección 1.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona, en su sentencia de 5 de diciembre de 2001, la Ley Orgánica 1/1982 no contiene una regulación específica para el caso de que la demanda se dirija contra varios intervinientes, o para el supuesto en que se considere acreditado que la infracción del derecho al honor ha sido consecuencia de una sucesión de actos concadenados, o cuando se aprecia una actuación negligente en varias personas. Para estos casos, además, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido reiterada y constante al extender a los mismos la doctrina general de la responsabilidad solidaria que aplica para los daños derivados de la responsabilidad extracontractual (sentencias de 20 de febrero de 1989, 7 de mayo de 1993, 19 de julio de 1996, 23 de abril de 1999, etc.), por no haberse asegurado, con carácter previo a la edición de la obra, si las afirmaciones contenidas en la misma se correspondían con la verdad. Esta conducta, unida a la participación en los beneficios económicos derivados de la divulgación, haría procedente esta extensión de la responsabilidad, con carácter solidario, tanto a la entidad propietaria de la cadena radiofónica en donde se haya propagado la manifestación que constituya una intromisión ilegítima, como a la entidad propietaria de la editorial que haya publicado la obra escrita que contenga expresiones de tal naturaleza.

“Duodécimo.- A la cantidad objeto de condena les serán de aplicación los intereses previstos en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

“Decimotercero.- Conforme al artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la estimación parcial de la demanda supondrá que cada una de las partes deba abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.”

TERCERO.- La Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia de 11 de junio de 2009, en el rollo de apelación núm. 680/2008, cuyo fallo dice:

“Fallamos.

“Estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de La Esfera de los Libros S.L. y desestimando los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D. Faustino y de la compañía Radio Popular S.A. Cope, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona, en los autos de procedimiento ordinario de derecho al honor y derechos fundamentales número 73/2007, de fecha 20 de febrero de 2008, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia, en el sentido de desestimar la demanda formulada por D. Carmelo F., sucedido por D. Eduardo F., contra la editorial La Esfera de los Libros S.L., absolviendo a dicha mercantil de las pretensiones contenidas en la demanda inicial, manteniendo inalterables los restantes pronunciamientos contenidos en la sentencia apelada respecto de los codemandados D. Faustino y la compañía Radio Popular S.A. Cope.

“Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia relativas a la codemandada La Esfera de los Libros S.L. y sin hacer expresa imposición de las costas devengadas por el recurso de apelación formulado por la referida editorial.

“Se imponen a la compañía Radio Popular S.A. Cope y a D. Faustino las costas devengadas por sus respectivos recursos.”

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

“Primero.- D. Carmelo F., en cuya posición le ha sucedido, conforme al artículo 16 de la LEC, su hijo D. Eduardo F., presenta demanda de juicio ordinario contra D. Faustino, y de forma solidaria contra la editorial La Esfera de los Libros, así como contra la emisora radiofónica Cope, en solicitud tanto de tutela del derecho al honor del demandante como de acción de jactancia contra los demandados.

“D. Carmelo F. expone en su demanda que el día 7 de junio de 2006, en el programa “La Mañana” de la emisora radiofónica Cope, D. Faustino realizó unas declaraciones que el demandante considera atentatorias contra su honor, y en la tertulia de las seis y las siete de la mañana de la Cope del día 14 de junio de 2006, el demandado D. Faustino volvió a referirse al demandante en parecidos términos.

“Expone el actor en su demanda que, en octubre de 2006, D. Faustino publicó un libro titulado De la noche a la mañana en el que, en las páginas 527, 529 a 531 y 543, hacía referencia al demandante al que, entre otras cosas, llamaba “terrorista”, aparte de otras consideraciones, como calificar el artículo del demandante en el diario gratuito 20 minutos editado en Barcelona el día 11 de noviembre de 2005, como de “exquisita deposición judicial”, considerando el demandante que todo ello atenta directamente a la imagen y honor del demandante.

“En base a lo anterior, tras exponer los fundamentos de derecho que estima de aplicación, termina suplicando se dicte sentencia por la que, con imposición de costas a los demandados, se condene a los demandados a estar, pasar y cumplir los siguientes efectos:

“Se condene a D. Faustino, la cadena radiofónica Cope y la editorial la Esfera de los Libros a perpetuo silencio en el sentido de nunca jamás cualificar de “terrorista” al demandante, así como a nunca jamás enunciar o insinuar que el actor deseó ni solicitó auxilio alguno para que nada ni nadie matara al codemandado D. Faustino.

“A la eliminación en sucesivas ediciones del libro del señor Faustino en el sentido de que el demandante es un “terrorista”.

“Así como al abono solidario de la cantidad de 24.000 euros, en aplicación de la Ley de protección al honor, la propia imagen y la dignidad personal en concepto de daño moral ocasionado y probado en la persona del demandante, comprometiendo el actor en su honor a hacer entrega de dicha cantidad o aquella otra que estime oportuno el juzgador, a la Asociación de Víctimas del 11 de marzo de 2004, en la actualidad presidida por D^a Paloma. Todo ello con expresa condena al abono de las costas procesales, una vez realizada su tasación por el fedatario público.

“Los demandados D. Faustino, la compañía Radio Popular S.A. Cope y la editorial la Esfera de los Libros S.L. se oponen a la demanda presentada interesando su desestimación con imposición de costas al demandante.

“La sentencia de primera instancia estima parcialmente la demanda deducida por D. Carmelo F., en cuya posición le ha sucedido, D. Eduardo F., condena a D. Faustino, y a la entidad La Esfera de los Libros S.L. y a la entidad Radio Popular Sociedad Anónima, Cadena de Ondas Populares Españolas a que conjunta y solidariamente indemnicen a la parte actora en la cantidad de 3.000 euros, más los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC, sin hacer expresa imposición de las costas del procedimiento.

“Frente a dicha resolución, la representación procesal de la compañía Radio Popular S.A. Cope interpone recurso de apelación en el que alega, en síntesis: 1) incorrecta interpretación por el juzgador a quo del artículo 304 de la LEC y vulneración del artículo 316 de la LEC pues no cabe aplicar este artículo para considerar probado un determinado juicio de valor por parte del demandado no comparecido; no cabe inferir de la incomparecencia del demandado la existencia del ánimo de injuriar y menospreciar la persona del actor; que no existe un afán recurrente sino que D. Faustino se limitó a citar dos veces al Sr. F., una, en la edición del programa “La Mañana” del día 7 de junio de 2006 y posteriormente, en la edición del programa del día 14 de junio de 2006; en ambas ocasiones, la cita se enmarca en una crítica al Consejo General del Poder Judicial por haber archivado el expediente incoado frente al actor; no cabe hablar de afán recurrente cuando se ha citado al actor solo en dos ocasiones y ambas en el marco de una crítica al Consejo General del Poder Judicial que decidió archivar el expediente disciplinario, y la valoración del resto de las pruebas practicadas contradice hechos reconocidos como ciertos en virtud de la “ficta confessio” aplicada por el juzgador a quo y por tanto, no se cumple el requisito establecido en el artículo 316 de la LEC; 2) las manifestaciones de D. Faustino están amparadas por el derecho a la libertad de expresión consagrado en el artículo 20 de la Constitución, pues D. Faustino no ha descalificado personalmente al Sr. F. en la edición de 7 de junio de 2006 sino que se limita a reproducir en parte el contenido del artículo firmado por el juez en el diario 20 minutos y comentar el archivo por parte del Consejo General del Poder Judicial; no hubo el menor insulto, vejación o infamia en lo que el demandado declaró, nada de lo dicho trascendió a lo personal, ni fue insultante o vejatorio para el actor, sino que el demandado ejercitó su derecho a la libertad de expresión con sujeción a sus límites.

“En conclusión, expone que las manifestaciones efectuadas por D. Faustino se atienen a los límites que la jurisprudencia constitucional marca para el cabal ejercicio de la libertad de opinión y que en ningún caso suponen una intromisión en el derecho al honor de la parte actora, por lo que no cabe condenar a la codemandada al pago de indemnización alguna.

“En base a lo anterior, solicita se dicte sentencia estimatoria del recurso, dejando sin efecto la sentencia recurrida e imponiendo las costas a la parte adversa.

“Frente a la sentencia de primera instancia, D. Faustino interpone recurso de apelación en el que argumenta:

1) En cuanto a la acción de jactancia, se alega la infracción del artículo 16 de la LEC, por lo que debía haberse desestimado esta acción no solo por motivos de fondo sino también por motivos de forma, pues el hijo del demandante no ha acreditado en forma alguna su condición de sucesor o, por emplear la terminología de la LEC, no ha adquirido “mortis causa” lo que constituye el objeto del litigio, pues el hijo del actor fallecido no ha llegado a probar nunca haber aceptado la herencia que es el acto jurídico en virtud del cual el llamado a suceder adquiere el derecho a la herencia;

2) Infracción del artículo 304 de la LEC pues no cabe aplicar el artículo 304 de la LEC para considerar probado un determinado juicio de valor por parte del demandado no comparecido ni la intención del demandado de difamar mediante la “ficta confessio”;

3) Infracción del artículo 20 de la Constitución, pues el juzgado entiende que tanto el derecho a la libertad de información como la libertad de expresión tienen los mismos límites y los mismos parámetros de valoración constitucional, siendo que la libertad de expresión no ha de sujetarse al requisito de la veracidad, sino solo al límite de que las manifestaciones no resulten objetivamente consideradas como afrentosas; el Sr.

Faustino no estaba comunicando información veraz sino criticando unas graves imputaciones que previamente le había hecho el actor, interpretándolas de forma negativa; la sentencia aplica de forma indebida el artículo 20 de la Constitución y la LO 1/1982, puesto que la intención de difamar no es elemento esencial constitutivo de una intromisión ilegítima; el Tribunal Constitucional ha afirmado que la intención de quien ejerce los derechos del artículo 20 es irrelevante para determinar si hay o no intromisión ilegítima; lo relevante es el carácter objetivo de la afirmación que haya que enjuiciarse con independencia de la intención del autor; y

4) Valoración de la indemnización que no es simbólica sino una auténtica indemnización, por lo que, subsidiariamente con lo anterior, la sentencia recurrida ha de ser revocada porque adolece de incongruencia con las peticiones del Ministerio Fiscal que el propio juzgado dice estimar.

“Por lo expuesto, solicita se estime el recurso, anulando la sentencia recurrida, dictando otra por la que se acuerde la plena desestimación de la demanda, con condena en costas a la parte actora.

“Finalmente, presenta recurso de apelación la empresa editorial “La Esfera de los Libros S.L.” en el que expone que la sentencia de primera instancia es incongruente pues tras razonar que ninguna de las expresiones contenidas en el libro De la noche a la mañana son merecedoras de reproche legal alguno, de forma inexplicable e incongruente, estima la demanda contra la editorial La Esfera de los Libros, S.L. sin expresar el motivo legal que le lleva a consignar este pronunciamiento estimatorio.

“En base a lo anterior, solicita se dicte sentencia por la que revocando la recurrida, desestime íntegramente la demanda interpuesta contra La Esfera de los Libros S.L. con expresa condena en costas.

“La parte demandante impugna el recurso y solicita la confirmación íntegra de la resolución recurrida con imposición de costas a la parte apelante.

“El Ministerio Fiscal presenta escrito de oposición a los recursos de apelación interpuestos por Radio Popular S.A. Cope y por D. Faustino.

“Segundo.- El objeto del proceso versa sobre protección del derecho al honor y su limitación por el derecho a la libertad de expresión, y en concreto sobre la intromisión ilegítima en aquel derecho derivada de las manifestaciones vertidas por D. Faustino en dos emisiones de su programa “La Mañana” de los días 7 y 14 de junio de 2006 y en el libro De la noche a la mañana en el que se vierten expresiones que el demandante considera vejatorias para su persona, debatiéndose fundamentalmente la propia existencia de la intromisión ilegítima, el derecho a la libertad de expresión y la cuantía de la indemnización.

“Como primer motivo de recurso, la representación procesal de D. Faustino alega la infracción del artículo 16 de la LEC, en cuanto a la acción de jactancia, por cuanto se debía haber desestimado esta acción, no solo por motivos de fondo sino también por motivos de forma, pues el hijo del demandante D. Eduardo F. no ha acreditado en forma alguna su condición de sucesor o, por emplear la terminología de la LEC, no ha adquirido “mortis causa” lo que constituye el objeto del litigio, pues el hijo del actor fallecido no ha llegado a probar nunca haber aceptado la herencia que es el acto jurídico en virtud del cual el llamado a suceder adquiere el derecho a la herencia.

“La acción de jactancia fue desestimada por la sentencia de primera instancia.

“La parte demandante, al conferirle traslado de los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas, impugnó el pronunciamiento desestimatorio de la acción de jactancia.

“El Magistrado-Juez de Primera Instancia que inicialmente había admitido la impugnación de sentencia realizada por la representación procesal de D. Eduardo F., estimando el recurso presentado por la representación procesal de La Esfera de los Libros S.L., dictó auto de fecha 4 de julio de 2008 por el que no admitió la impugnación de sentencia formulada por la parte actora.

“Dicho auto devino firme, y por tanto, la sentencia de primera instancia es firme en cuanto desestima la acción de jactancia por motivos de fondo, por lo que no cabe entrar a conocer si también debió ser desestimada por motivos de forma.

“En consecuencia, debemos desestimar este primer motivo de recurso.

“Tercero.- Como segundo motivo de recurso, las tres partes codemandadas, en sus respectivos escritos de interposición de recurso de apelación, alegan que la sentencia de primera instancia infringe el artículo 304 de la LEC.

“La sentencia de primera instancia, tras desestimar la acción de jactancia, considera probada la existencia de una intromisión ilegítima en los derechos del demandante.

“Indica que las expresiones vertidas por D. Faustino excedieron del marco propio de la libertad de expresión, hasta el punto de suponer un ataque al derecho al honor.

“Y ello, expone, ha de entenderse acreditado, por la injustificada incomparecencia del codemandado al acto del juicio y la consiguiente imposibilidad de practicar la prueba de interrogatorio que había sido acordada en la audiencia previa, razonando que la incomparecencia de D. Faustino al acto del juicio, ha de ser suficiente para que se le tenga por conforme con el hecho básico de la realidad de sus manifestaciones durante su programa en la cadena Cope.

“Razona que la incomparecencia de D. Faustino al acto del juicio ha de servir también para que se tenga por acreditada la existencia de un verdadero ánimo de injuriar y menospreciar la persona del actor, por encima del legítimo deseo de informar y expresar libremente ideas, argumentando que sí cabe aplicar el artículo 304 de la LEC, para poder considerar acreditada una determinada intención, interés o convicción subjetiva del propio litigante a la hora de llevar a cabo una determinada actuación.

“El artículo 304 de la actual Ley dice:”...Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, además de imponerle la multa a que se refiere el apartado cuarto del artículo 292 de la presente Ley”.

“En lo que se refiere a la aplicación del artículo 304 de la LEC, el indicado precepto no es de aplicación imperativa respecto de la consecuencia que fija para el caso de incomparecencia a la prueba de interrogatorio de parte, pues de la lectura de la norma, se concluye que se trata de una facultad del juzgador y no una consecuencia de aplicación automática.

“Es por ello que, en el presente caso, bastaba con considerar acreditado, mediante la prueba documental aportada al procedimiento, en concreto, por las grabaciones de los dos programas “La Mañana” de los días 7 y 14 de junio de 2006, que las

manifestaciones contenidas en los mismos, correspondían a las manifestaciones efectuadas por el codemandado D. Faustino en los programas “La Mañana” de los días 7 y 14 de junio de 2006.

“La parte codemandada había impugnado en su escrito de contestación a la demanda que las grabaciones aportadas recogieran las manifestaciones vertidas por D. Faustino en sus respectivos programas.

“La incomparecencia de D. Faustino al interrogatorio para el que estaba citado sirvió, para tenerle por conforme con el hecho básico de la realidad de sus manifestaciones durante los dos programas “La Mañana” de los días 7 y 14 de junio de 2006.

“Y, a partir de aquí, en base a la prueba documental aportada y al artículo 304 de la LEC, al juzgador de primera instancia le bastaba declarar probada la existencia de las manifestaciones y valorar las expresiones contenidas en las mismas, y si estas constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor, o si por el contrario, dichas manifestaciones se hallaban amparadas por la libertad de expresión del artículo 20.1 a) de la CE, sin necesidad de considerar acreditado un ánimo específico de difamar, en base al artículo 304 de la LEC.

“Es decir, como se dice en el recurso presentado por el codemandado D. Faustino, lo relevante es el carácter objetivo de la afirmación que haya de enjuiciarse, con independencia de la voluntad del autor.

“Así, al margen de la intencionalidad, debe valorarse si las afirmaciones o manifestaciones son ofensivas, si de suyo suponen una ilegítima intromisión en su derecho al honor.

“El juzgador debe ponderar los derechos en juego, el derecho al honor de D. Carmelo F. y la libertad de expresión de D. Faustino, y, cuando objetivamente las afirmaciones o manifestaciones tienen entidad suficiente, objetivamente, para ser consideradas ofensivas, por sobrepasar la línea que ampara la libertad de expresión, a partir de aquí, y sin necesidad de dar por probada la intencionalidad del autor, debe considerarse que ha existido una intromisión ilegítima en el derecho al honor.

“Y en todo caso, era el demandado el que debía acreditar que su intención no era ofensiva y esto no lo ha probado.

“Por lo expuesto, toda la argumentación relativa a la imposibilidad de declarar probados juicios de valor mediante la “ficta confessio” del artículo 304 de la LEC deviene irrelevante y, por ello, consecuentemente, debemos desestimar este segundo motivo de recurso.

“Cuarto.- En tercer término, las tres partes apelantes sostienen que la sentencia de primera instancia ha infringido el artículo 20 de la Constitución.

“Debemos, pues, determinar si las manifestaciones de D. Faustino sobre D. Carmelo F. constituyeron o no una ilegítima intromisión en el derecho al honor de este garantizado por el artículo 18.1 de la Constitución.

“La cuestión controvertida en este proceso se centra en las manifestaciones vertidas por D. Faustino durante el programa “La Mañana” del que es director, en la cadena Cope, los días 7 y 14 de junio de 2006, así como en las expresiones contenidas en el libro De la noche a la mañana, del cual es autor el propio D. Faustino y que fue publicado por la editorial La Esfera de los Libros S.L.

“El Magistrado Juez de Primera Instancia razona que resulta desproporcionada la interpretación del actor cuando afirma que D. Faustino se refirió a él calificándolo de “terrorista”, pero que no obstante, sí es cierto que las reiteradas alusiones realizadas por D. Faustino proclamando de manera reiterada que el actor deseaba que le disparasen en el corazón (el del codemandado), constituyen una intromisión ilegítima al derecho al honor y a la consideración y estimación general de la persona del Sr. F. “El juzgador de primera instancia razona que esa continua manifestación pública consistente en que el Sr. F. habría dicho que a D. Faustino debían dispararle en el corazón, emitida en un medio de gran difusión pública, supone un atentado injustificado contra la fama y la dignidad de la persona del Sr. F., existiendo un interés cierto y fundado de menoscabar y dañar la imagen de D. Carmelo F.

“Por el contrario, el Magistrado Juez de primera instancia indica que no merece especial relevancia la expresión “exquisita deposición judicial”, ni la grabación contenida en el programa “La Mañana” entre las seis y las siete del día 14 de junio de 2006 en la que se alude al Sr. F. en términos similares a los del día 7 de junio de 2006 con la intención principal de criticar la decisión del Consejo General del Poder Judicial de archivar el expediente incoado al actor.

“Debemos partir de los hechos que resultan probados, a la vista de la prueba practicada en autos, que son los que a continuación se relacionan:

“1) En el programa de “La Mañana” de la cadena Cope del día 7 de junio de 2006, D. Faustino manifestó:

“...Y bueno, por quitármelo de en medio, me llega una nota del Consejo General del Poder Judicial en la que dentro de esta línea de atención hacia mi persona que a mí me aburre y a ellos debería de darles vergüenza, total para darles vergüenza, tendrían que tener y algunos, me consta, algunos, que no la tienen, que dice que han decidido archivar el expediente contra el juez F., este que dijo que a mí me tenían que pegar un tiro en el corazón que no en la pierna...” “...porque este despreciable sujeto hace burla de una víctima del terrorismo diciendo que en lugar de en la rodilla le tenían que disparar al corazón y vosotros, basura, vosotros, estáis respaldando eso como venganza contra mí...”.

“2) El día 14 de junio de 2006, en el programa “La Mañana”, de la cadena Cope, D. Faustino dijo: “...sí a veces al Consejo General del Poder Judicial, por ejemplo, cuando respalda al juez F. que dice que a mí pues me tenían que pegar un tiro en el corazón, Evaristo, la próxima vez que te entreviste ya me lo explicarás, eso que es, eso es cobardía parasitaria, desprecio por los derechos humanos, corporativismo abyecto, manipulación, sectarismo, cobardía, eso que es?...”

“3) En el libro De la noche a la mañana D. Faustino escribió, en la página 527, “El día siguiente, 11 de noviembre -nótese la cadencia vertiginosa de la campaña- los protagonistas fueron un conocido periodista radiofónico llamado Iñaki Gabilondo y un juez casi desconocido llamado Carlos F....”.

“En la página 528, se indica:

“Pero no tanta como saber que entre los jueces de Barcelona figuraba uno capaz de publicar en el diario gratuito de más tirada, 20 minutos, este fino artículo contra mí...”, a continuación transcribe el artículo, y más adelante, escribe:

“Tras leer el artículo y comentarlo en la Cope, en todo el centro derecha se produjo una auténtica conmoción por la brutalidad del ataque de todo un señor juez a una víctima del terrorismo. Y encima en uno de los periódicos de la empresa extranjera Shibsted, que hace fortuna repartiendo papel gratis en el metro con licencia municipal. Eso movió a Anselmo a pedir disculpas a los lectores al día siguiente de publicar la exquisita deposición judicial”.

“En la página 529, escribe: “F., que tendría lo que hay que tener -al menos para ser terrorista-, pero a sus horas, temió una acción disciplinaria del CGPJ y publicó una notita asegurando que el corazón a perforar de un disparo, el mío, era metafórico...” “...fueron los abogados de la AVT los que interpusieron una querrela criminal contra F. por menosprecio a una víctima del terrorismo (y además a propósito del atentado sufrido), un delito claramente tipificado en el Código Penal desde el antiguo Pacto Antiterrorista...” “Pero el CGPJ no quiso tomar ninguna medida permanente contra F. porque, dicen, escribía a título personal y no como juez. Hombre, lo grave no es que F. escribiera eso, sino que alguien que escribe eso siga siendo juez. ¿Quién esperará de él ecuanimidad, ponderación y respeto a las leyes que él mismo se jacta de vulnerar? Si en Cataluña hay de todo, en el CGPJ hay también bastantes F.s. De corazón”.

“Quinto.- El artículo 7 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, indica que tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección delimitado por el artículo 2 de esta ley:

“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”.

“La doctrina consolidada del Tribunal Constitucional en la materia, en tal sentido la STC 108/2008, de 22 de septiembre, indica que la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1, a) de la CE, no es solo la manifestación de pensamientos e ideas, sino que comprende la crítica de la conducta de otro, aun cuando sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a aquel contra quien se dirige pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe una “sociedad democrática”.

“Fuera del ámbito de protección de dicho derecho se sitúan las frases y expresiones ultrajantes y ofensivas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con la norma fundamental.

“Quiere ello decir que de la protección constitucional que brinda el citado artículo están excluidas las expresiones absolutamente vejatorias, es decir las que, en las concretas circunstancias del caso, y al margen de su veracidad o inveracidad, sean ofensivas u oprobiosas y resulten impertinentes para expresar las opiniones de que se trate (en esta línea, sentencia del TC 174/2006, de 5 de junio).

“En suma, como indica la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala 2ª, de 26 de febrero de 2001, núm. 49/2001, el derecho al honor opera como un límite insoslayable que la misma Constitución (artículo 20.4 CE) impone al derecho a expresarse libremente (artículo 20.1 a), prohibiendo que nadie se refiera a una persona de forma insultante o injuriosa, o atentando injustificadamente contra su reputación haciéndola desmerecer ante la opinión ajena.

“Sexto.- Sentado lo anterior, el siguiente paso consistirá en determinar si las expresiones vertidas por D. Faustino en ambos programas radiofónicos “La Mañana” de los días 7 y 14 de junio estaban amparadas en la libertad de expresión reconocida por el artículo 20.1 a) CE, según sostiene el demandado, o, por el contrario, fueron efectuadas con extralimitación del ámbito de protección que dicho precepto constitucional consagra.

“Aplicando la doctrina expuesta en el fundamento de derecho anterior al caso que nos ocupa, si analizamos el contenido de las manifestaciones de D. Faustino del día 7 de junio de 2006, el locutor informa en su programa “La Mañana” que el Consejo General del Poder Judicial ha decidido archivar el expediente contra el Juez F. pero dando a entender al público radiofónico que esta persona había dicho de él (de D. Faustino), que le tenían que pegar un tiro en el corazón y no en la pierna.

“En el mismo programa volvió a repetir la misma expresión, “...ese tío dice que a mí me tenían que pegar un tiro al corazón...” “...este despreciable sujeto hace burla de una víctima del terrorismo diciendo que en lugar de en la rodilla le tenían que disparar al corazón”.

“El día 14 de junio de 2006, en el programa “La Mañana”, de la cadena Cope, D. Faustino en el contexto de crítica al CGPJ reiteró: “si a veces al Consejo General del Poder Judicial, por ejemplo, cuando respalda al Juez F. que dice que a mí pues me tenían que pegar un tiro en el corazón...”.

“En el artículo redactado por D. Carmelo F. y editado en el diario gratuito 20 minutos, edición de Barcelona, el día 11 de noviembre de 2005, se decía:

“.. Los de Terra Lliure te tirotearon. Fueron crueles al herirte en la pierna. De haber apuntado al corazón, nada te hubiesen lesionado porque careces de él...”.

“Es evidente que en dicho artículo el demandante D. Carmelo F. en modo alguno estaba diciendo que a D. Faustino le tenían que haber disparado un tiro en la pierna.

“La expresión metafórica es clara. La metáfora hacía referencia a la falta de sentimientos de D. Faustino, y en el contexto del artículo, venía referida a unas manifestaciones que al parecer D. Faustino realizó respecto a D. Aniceto y que D. Carmelo F. en su artículo consideraba insultantes para D. Aniceto.

“Sin embargo, a pesar de la claridad del sentido metafórico de dicha frase, lo que no pudo pasar desapercibido a D. Faustino, el demandado, en varias ocasiones, y de forma reiterada, así en los programas de los días 7 y 14 de junio de 2006, se refirió a D. Carmelo F. como “este que dijo que a mí me tenían que pegar un tiro en el corazón que no en la pierna” y “que dice que a mí pues me tenían que pegar un tiro en el corazón”...y esta imputación, efectuada de forma reiterada, de algo que no se contiene en el artículo publicado por D. Carmelo F., imputándole de forma intencionada un hecho que no se corresponde con la realidad, consideramos que esta imputación menoscaba la fama o provoca el descrédito del demandante, en definitiva, atenta contra el honor de D. Carmelo F.

“Por tanto, aunque la libertad de expresión ampara y comprende la crítica de la conducta de otras personas o instituciones, en este caso, la crítica al Consejo General del Poder Judicial por el archivo del expediente disciplinario incoado contra D. Carmelo F., el ánimo de crítica, si bien es tolerable, como repiten el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, no ampara la imputación de que el demandante había dicho que al demandado “le tenían que pegar un tiro al corazón” atribuyendo al actor un hecho

incierto, esto es, haber dicho o escrito algo que no había dicho ni escrito, pues no se ajustaba a lo escrito por el demandante en su artículo del día 11 de noviembre de 2005 y con dicha imputación reiterada se creaba en el público radiofónico, una opinión sobre el demandante que objetivamente atentaba a su reputación, llevando a la opinión pública un juicio negativo y desmerecedor de D. Carmelo F., lesivo de su honor.

“Por ello, estimamos ha existido es una extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión del demandado, por lo que debemos desestimar este tercer motivo de recurso.

“Séptimo.- Por el contrario, en efecto, consideramos que en el libro De la noche a la mañana, publicado por la editorial La Esfera de los Libros S.L., no se dice que D. Carlos F. sea un terrorista.

“Se indica en condicional, en la página 529, “... F., que tendría lo que hay que tener -al menos para ser terrorista-, pero a sus horas, temió una acción disciplinaria del CGPJ y publicó una notita asegurando que el corazón a perforar de un disparo, el mío, era metafórico...”.

“Entendemos que si bien D. Faustino se reitera en lo manifestado en sus programas de radio, en efecto, del contenido del párrafo transcrito no puede extraerse que D. Faustino dijera que D. Carlos F. era un terrorista.

“Y, analizadas las restantes expresiones contenidas en el libro De la noche a la mañana, observamos que en el mismo, en sus páginas 527 a 531 y 543, se vierte una crítica derivada del previo artículo escrito por D. Carmelo F., así como una crítica a la falta de reacción del CGPJ y a los apoyos recibidos por D. Carmelo F., sin que se hayan empleado insultos ni expresiones objetiva e inequívocamente injuriosas, pues como ya hemos indicado, no se considera que se denominara “terrorista” a D. Carmelo F., como señala el Juzgador de Primera Instancia en el Fundamento de Derecho Décimo.

“En definitiva, de las expresiones analizadas contenidas en el libro De la noche a la mañana, no se desprende que D. Faustino tildara a D. Carmelo F. de terrorista.

“Por ello, analizando las restantes afirmaciones contenidas en el libro, esta Sala entiende que las expresiones y afirmaciones contenidas en el mismo vienen amparadas por la libertad de expresión, por lo que debemos concluir absolviendo a la editorial demandada de las pretensiones que contra la misma se realizaban en la demanda inicial.

“Octavo.- La cuantía de la indemnización fijada por la sentencia de primera instancia en la suma de 3.000 euros, se estima ajustada atendido el ataque al honor causado a D. Carmelo F., por lo que debemos asimismo desestimar este cuarto motivo de recurso.

“Por todo lo expuesto, debemos desestimar los recursos de la Cope y de D. Faustino y estimar el recurso de La Esfera de los Libros S.L. y revocar parcialmente la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

“Noveno.- En cuanto a las costas de la primera instancia, no obstante desestimar la demanda respecto de La Esfera de los Libros S.L. existen motivos suficientes, por ser el presente caso jurídicamente dudoso, y conforme al artículo 394.1 de la LEC, para

no imponer las costas de la editorial absuelta a la parte demandante pues existían motivos para presentar la demanda inicialmente también contra la misma.

“Estimando el recurso formulado por La Esfera de los Libros S.L., por aplicación del artículo 398.2 de la LEC, no procede hacer expresa imposición de las costas devengadas por el recurso de apelación formulado por la referida editorial.

“Por el contrario, desestimando el recurso de apelación formulado por la emisora Cope y desestimando el recurso de apelación interpuesto por D. Faustino, debemos imponer las costas de sus respectivos recursos a dichos apelantes, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 398.1 de la LEC.”

QUINTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de Radio Popular, Cadena de Ondas Populares Españolas, S.A., se formula el siguiente motivo de casación:

Motivo único. “Al amparo del artículo 477.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por infracción por la sentencia recurrida, al resolver el objeto del proceso, del artículo 20.1 a) de la Constitución que reconoce el derecho fundamental a la libertad de expresión, de opinión y de comunicación y de la jurisprudencia que interpreta ambos preceptos, en relación con el artículo 18.1 de la propia Constitución que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

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

El juzgador a quo al realizar el juicio de ponderación entre los derechos en conflicto omite el análisis de los distintos elementos que deben ponderarse, según la jurisprudencia, para resolverlo y, prejuzgando la intencionalidad del Sr. Faustino al referirse en el programa que dirige al Sr. F., reputa como invasivas del derecho al honor unas críticas dirigidas al Consejo General del Poder Judicial que aluden al Sr. F., reproduciendo de manera casi literal lo que este había escrito en el artículo publicado en el diario 20 minutos que firmó.

Estima que las manifestaciones que efectúa el Sr. Faustino respecto del lamentable artículo publicado por el actor en el diario 20 minutos están plenamente amparadas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional. Cita la STC 9/2007, de 15 de enero que analiza la confluencia conflictiva entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor.

No se atribuye al Sr. F. un hecho incierto, dado que el Sr. F. escribió que al Sr. Faustino le debían haber apuntado al corazón y no en la pierna, aunque luego aclarase cómo debía interpretarse dicha frase. El Sr. Faustino quiso únicamente, en el marco de una crítica al CGPJ, identificar a la persona que se había referido a él en términos tan duros. El objeto de las manifestaciones del Sr. Faustino era comentar el archivo por parte del CGPJ del expediente abierto contra el Sr. F. al considerar intolerable que un magistrado se manifieste públicamente de tal modo. Todo cuanto dijo el Sr. Faustino respecto del Sr. F. trascendió a lo personal o fue insultante o vejatorio.

Cita la STC 105/1990 de 6 de junio.

En el presente supuesto no se cuestiona el fuerte impacto que en la opinión pública tuvo el asunto objeto de enjuiciamiento que motivó incluso que el demandante cesara

en los dos periódicos en los que colaboraba. La proyección pública de los litigantes mitiga el rigor de los calificativos empleados por el Sr. Faustino.

También debe valorarse el contexto en el que se ha producido la supuesta intromisión en el honor del demandante. En este sentido es evidente que las palabras utilizadas por el Sr. Faustino están conectadas con las desafortunadas manifestaciones y términos empleados por el demandante en el artículo de 11 de noviembre de 2005 publicado en el diario 20 minutos, siendo en el contexto de un previo artículo del magistrado y en el marco de una crítica a la conducta del CGPJ donde deben de situarse las manifestaciones vertidas en el programa radiofónico, resultando en consecuencia amparadas por el derecho a la libertad de expresión al igual que se aprecia con respecto a las manifestaciones que se realizan en el libro. De ahí que no supongan intromisión ilegítima en el derecho al honor del recurrido y no proceda indemnización alguna.

Termina solicitando de la Sala “Que... tras la tramitación procesal oportuna, case y anule la referida sentencia desestimándola íntegramente la demanda formulada por D. Carmelo F., sucedido por D. Eduardo F., imponiéndosele al mismo las costas procesales.”

SEXTO.- En el escrito de interposición del recurso de casación presentado por la representación procesal de D. Faustino, se formula el siguiente motivo de casación:

Motivo único.- “Infracción del artículo 20 de la Constitución, y de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.”

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

Estima el recurrente que los hechos que se le imputan están amparados por el ejercicio legítimo de los derechos reconocidos en el artículo 20 CE.

Las expresiones que se le imputan se producen con ocasión de la información sobre un hecho de interés público, como es la previa publicación por el demandante de un artículo en el que se ofendía gravemente al demandado y el archivo de una queja por el CGPJ. En el contexto de esa información el recurrente se refiere al actor en términos evidentemente críticos, pero en modo alguno insultantes.

Considera que la sentencia recurrida desconoce en la necesaria ponderación de los derechos en conflicto la intervención de personas públicas. Así, a tenor de la doctrina constitucional contenida en SSTC 104/1986, 85/1992, 190/1992, 49/2001, 278/2005, concluye que las expresiones que se le imputan están comprendidas en la libertad de información y de opinión y el derecho a la crítica de actuaciones públicas de personas que ejercen un cargo público o una profesión de proyección o notoriedad pública, como sucede con la profesión del actor y del demandando.

Estima que la sentencia recurrida no ha tenido en consideración en la ponderación el contexto en el que se produjeron las supuestas manifestaciones lesivas del honor del actor. Así en el presente caso el recurrente se ha limitado a ejercer el derecho de crítica de las actuaciones públicas de un juez que insulta por escrito a un ciudadano, encontrándose amparadas sus expresiones en el artículo 20 CE. Además hay en su ánimo un noble y legítimo deseo de defenderse a sí mismo frente a una maniobra de descrédito emprendida por el demandante.

Alega que la sentencia recurrida infringe el artículo 20 CE al entender que era el recurrente quien debía probar que no tenía ánimo de injuriar al demandante.

Termina solicitando de la Sala “Se admita dicho recurso de casación y se estime en su día el mismo dictando sentencia en el sentido por la que se declare haber lugar a dicho recurso, casando y anulando la sentencia recurrida, con desestimación de la demanda interpuesta contra mi representada, absolviendo de la misma, con costas.”

SÉPTIMO.- Por auto de 9 de febrero de 2010 se acordó admitir los recursos de casación interpuestos por D. Faustino y Radio Popular, Cadena de Ondas Populares Españolas, S.A., respectivamente.

OCTAVO.- En el escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por Cadena de Ondas Populares Españolas, S.A., la representación procesal de D. Eduardo F. formula en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al motivo único de casación.

Se niega que la Audiencia Provincial haya omitido el análisis de los distintos elementos a ponderar en la resolución recurrida. Todo lo contrario argumenta suficientemente dejando al margen la intencionalidad del Sr. Faustino. La parte contraria reconoce en su escrito de interposición que sus manifestaciones fueron una reproducción casi literal de lo que su padre había escrito, admitiendo así que lo que dijo en el programa de radio no era cierto.

El derecho a la libre opinión ampara el derecho a expresarse libremente pero en absoluto ampara las afirmaciones que realizó el Sr. Faustino al referirse al Sr. F., especialmente cuando se divulga algo que no es verdad y que además provoca el descrédito de la persona.

Se está conforme con lo argumentado en la sentencia respecto a que el ánimo de crítica no ampara la imputación de que el demandante había dicho que al demandado le tenían que haber pegado un tiro al corazón atribuyendo al actor un hecho que ha sido probado que es incierto. No cabe justificar tales imputaciones y enmarcarlas en una crítica al CGPJ por archivar el expediente y no aplicar una sanción disciplinaria, pues la crítica se hizo a través de la difamación del recurrente.

La publicidad que se dio en su momento a las manifestaciones del Sr. Faustino no legitima ni exonera a los recurrentes de sus responsabilidades, sino que más bien la relevancia pública que adquirió el asunto debería servir de agravante. El carácter de personaje público que se otorga al recurrente no es una patente de corso para calumniarlo o difamarlo, especialmente cuando no se está ante una crítica u opinión sino ante la divulgación de hechos falsos.

Tampoco el contexto en el que se hacen las manifestaciones del Sr. Faustino es excusa suficiente para que el actor sea injuriado, puesto que si bien se admite que las palabras del Sr. F. fueron duras, la reacción del Sr. Faustino fue exagerada, produciéndose una manipulación malintencionada de las palabras del Sr. F.

Termina solicitando de la Sala “Se tenga por formulada oposición al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Cope y siguiendo los trámites establecidos por la Ley Rituaria en su momento se dicte resolución desestimando íntegramente el recurso de casación y se declaren a cargo del recurrente el pago de las costas procesales.”

NOVENO.- En el escrito de oposición al recurso de casación interpuesto por D. Faustino, la representación procesal de D. Eduardo F. formula en síntesis, las siguientes alegaciones:

Al único motivo.

Las manifestaciones del Sr. Faustino no están bajo el amparo de la libertad de información y expresión toda vez que ha quedado demostrado que la información vertida es falsa, pues se imputa al actor manifestaciones que nunca hizo, atenta contra el derecho al honor, carece de interés informativo y no es proporcional para responder a unos supuestos insultos previos, siendo evidente el ánimo difamatorio.

El tratamiento que pretende otorgarse al recurrido de personaje público no permite calumniarlo y difamarlo, no se trata de una crítica u opinión sobre su conducta personal o profesional sino ante la divulgación de hechos falsos imputados al recurrido por el Sr. Faustino.

Si bien admite que lo expresado por el Sr. F. en su artículo pudiera haber ofendido al Sr. Faustino, sostiene que este dio un paso más sacándolo de contexto, difamándolo, imputándole frases y expresiones que nunca dijo. No se está ante un debate político ni ante una confrontación ideológica. Un pretendido ánimo de defenderse ante una ofensa previa no puede enmascarar la ilicitud y extralimitación de las manifestaciones vertidas por parte del Sr. Faustino.

Termina solicitando de la Sala “Se tenga por presentado en tiempo y forma legalmente establecidos el presente escrito, se admita y en méritos de su contenido se tenga por formulada oposición al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Faustino y siguiendo los trámites establecidos por la Ley Rituaria en su momento se dicte resolución desestimando íntegramente el recurso de casación y se declaren a cargo del recurrente el pago de las costas procesales.”

DÉCIMO.- El Ministerio Fiscal interesa la desestimación de ambos recursos con base en las siguientes consideraciones:

Recurso de casación formulado por D. Faustino. El recurrente discute en un único motivo el juicio ponderativo efectuado por la Audiencia Provincial, contrayéndose la cuestión litigiosa suscitada a la solución de un aparente conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, criticando al juzgador a quo por estimar en la resolución objeto del presente recurso la prevalencia del derecho al honor con base en la falta de veracidad de las manifestaciones vertidas, cuando, según el recurrente, el elemento de la veracidad, en supuestos como el que nos ocupa en los que entra en juego la libertad de expresión, no puede ser parámetro a analizar y cuando las manifestaciones supuestamente lesivas del derecho al honor se produjeron en un contexto de gran conflictividad entre ambas partes y en el ejercicio legítimo de defenderse frente a la maniobra de descrédito orquestada por el demandante.

La base fáctica en este supuesto se centra en las expresiones vertidas por el demandado en dos emisiones de su programa radiofónico La Mañana los días 7 y 14 de junio de 2006, que en líneas generales se resumen en la crítica al CGPJ por archivar el expediente contra el actor, a pesar de haber afirmado que a él le tenían que pegar un tiro en el corazón, que no en la pierna.

En las manifestaciones del demandado aparece mezclada su opinión crítica acerca de la decisión del CGPJ respecto del expediente incoado al demandante junto con la comunicación de hechos, al afirmar que el actor había dicho “que a mí me tenían que

haber que pegar un tiro en el corazón que no en la pierna”, siendo necesario separar las dos categorías de opinión e información.

Es cierto, como alega el recurrente, que el requisito de la veracidad no ha de ser examinado en relación con la libertad de expresión pero en la crítica efectuada por el demandado se proporcionan datos objetivos acerca del actor, cuya veracidad sí debe ser analizada. Así la Audiencia Provincial siguiendo tal criterio realizó el examen de la veracidad de los datos fácticos suministrados por el recurrente en sus manifestaciones radiofónicas y concluyó que era incierto que el actor hubiera dicho lo que el demandado afirmó como tal.

Por tanto, a pesar de encontrarnos ante una materia de interés general, extremo que no se discute, la realidad es que si bien el demandado vertió tales manifestaciones con el objeto de exponer ante la opinión pública una crítica a la actuación del CGPJ, la falta de veracidad de los datos suministrados, que claramente desprestigian al actor, nos lleva afirmar que no se trata de una crítica razonable que pueda coadyuvar a la formación de una opinión pública libre, siendo innecesaria para ejercer adecuadamente el legítimo ejercicio del derecho a la libertad de expresión, por lo que carece de protección constitucional y determina que en este caso se conceda prevalencia al derecho al honor.

Recurso de casación presentado por Radio Popular S.A. Cope. Se reproduce lo dispuesto en cuanto al recurso presentado por D. Faustino al reiterarse los argumentos.

UNDÉCIMO.- Para la deliberación y fallo del recurso se fijó el día 2 de noviembre de 2011, en que tuvo lugar.

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

CE, Constitución Española.

CGPJ, Consejo General del Poder Judicial

FJ, fundamento jurídico.

LOPJ, Ley Orgánica del Poder Judicial.

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.

SSTDH, sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

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. Carmelo F., sucedido por fallecimiento por D. Eduardo F., formuló demanda contra D. Faustino, la entidad La Esfera de los Libros, S.L. y la entidad Radio Popular Sociedad Anónima, Cadena de Ondas Populares Españolas en la que se ejercitaron acumuladamente dos acciones. La primera de ellas era una acción de jactancia, dirigida a que se condenase a D. Faustino a perpetuo silencio en el sentido de no referirse jamás al demandante como “terrorista” y a no enunciar o insinuar que el demandante deseó o solicitó auxilio alguno para que alguien matase a D. Faustino, así como a la eliminación en sucesivas ediciones del libro escrito por el Sr. Faustino de las alusiones a que el demandante es un “terrorista”. La segunda acción que se ejercitaba era de protección del derecho al honor por las manifestaciones efectuadas por el Sr. Faustino durante las emisiones radiofónicas del programa La Mañana, los días 7 y 14 de junio de 2006 del que era director, en la cadena Cope, así como por las contenidas en su libro De la noche a la mañana que fue publicado por la editorial La esfera de los Libros, S.L., las cuales se reproducen en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de segunda instancia y en las que, entre otras cosas, mantenía que el Sr. F. había dicho que le tenían que pegar un tiro en el corazón no en la pierna, se refería al demandante como “terrorista” y a su artículo publicado en el diario 20 minutos como de “exquisita deposición judicial”. Entiende el demandante que las declaraciones realizadas por el demandado consisten en imputaciones falsas que no se ajustan a la verdad, suponen un atentado a su derecho al honor al menoscabar su imagen y dignidad y presentar un contenido altamente vejatorio, que le ha causado un daño moral que fija en 24 000 euros.

La polémica se originó por un artículo del demandante en el diario 20 minutos, donde se usó una frase (“Los de Terra Lliure te tirotearon. Fueron crueles al herirte en la pierna. De haber apuntado al corazón, nada te hubiesen lesionado porque careces de él”) que ofendió al Sr. Faustino, a partir de lo cual el CGPJ incoó diligencias informativas debido a la condición de juez del demandante, que se archivaron, lo que produjo cierto malestar en el Sr. Faustino quien en su programa de radio en la cadena Cope y en su libro titulado De la noche a la mañana hizo las declaraciones que ahora se enjuician.

2. El Juzgado de Primera Instancia estimó parcialmente la demanda y condenó a D. Faustino, a la entidad La Esfera de los Libros, S.L. y a la entidad Radio Popular S.A., Cadena de Ondas Populares Españolas a que conjunta y solidariamente indemnizasen a la parte actora en la cantidad de 3 000 euros, más los intereses previstos en el artículo 576 de la LEC, sin hacer expresa imposición de las costas del procedimiento.

Tras desestimar la acción de jactancia, consideró probada la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante al apreciar que las expresiones vertidas por D. Faustino excedieron del marco propio de la libertad de expresión. Para ello, entendió acreditadas, por la injustificada incomparecencia del codemandado al acto del juicio la realidad de sus manifestaciones durante su programa en la cadena Cope, así como la existencia de un verdadero ánimo de injuriar y menospreciar la persona del actor, por encima del legítimo deseo de informar y expresar libremente ideas. Declaró que las reiteradas alusiones realizadas por D.

Faustino, en un medio de gran difusión pública, proclamando de manera reiterada que el actor deseaba que le disparasen en el corazón (el del codemandado), constituyen una intromisión ilegítima al derecho al honor y a la consideración y estimación general de la persona del Sr. F., existiendo un interés cierto y fundado de menoscabar y dañar su imagen. Consideró de escasa relevancia la expresión "exquisita deposición judicial" contenida en la obra De la noche a la mañana y utilizada para calificar el artículo del demandante publicado en el diario 20 minutos, al encontrarse amparada por el derecho a la libertad de expresión, así como la grabación contenida en el programa La Mañana entre las seis y las siete del día 14 de junio de 2006 en la que se alude al Sr. F. en términos similares a los del día 7 de junio de 2006 al entender que la intención principal era la de criticar la decisión del Consejo General del Poder Judicial de archivar el expediente incoado al actor por apreciar que su actuación no merecía corrección disciplinaria alguna.

3. La sentencia de la Audiencia Provincial estimó únicamente el recurso de apelación presentado por la entidad La Esfera de los Libros S.L. revocando la sentencia en el sentido de desestimar la demanda formulada contra la misma y confirmando en todo lo demás la sentencia apelada. Se fundó, en síntesis, en que:

a) Ha quedado probado que en el programa radiofónico La Mañana del día 7 de junio de 2006 el Sr. Faustino, como locutor, informaba acerca de la decisión que había tomado el CGPJ de archivar el expediente abierto contra el juez F. dando a entender al público que este había dicho de él que le tenían que pegar un tiro en el corazón y no en la pierna, extremo que reiteró en el mismo programa el día 14 de junio de 2006 cuando dicha imputación no se contiene en el artículo publicado por el Sr. F. en el diario 20 minutos, en el que en sentido metafórico se alude a la falta de sentimientos de D. Faustino;

b) La libertad de expresión ampara la crítica dirigida a la actuación del CGPJ por el archivo del expediente disciplinario incoado al Sr. F., si bien la imputación reiterada de que el demandante había dicho que al demandado le tenían que pegar un tiro al corazón atenta contra el honor del demandante al atribuirle un hecho incierto, pues no había dicho ni escrito lo que el Sr. Faustino afirmaba, creando en el público radiofónico una opinión negativa sobre el demandante que objetivamente atentaba contra su reputación;

c) En el libro De la noche a la mañana publicado por la editorial La Esfera de los Libros, S.L. no se dice que el Sr. F. sea un terrorista y las demás expresiones y afirmaciones contenidas en el mismo vienen amparadas por la libertad de expresión;

d) La cuantía de la indemnización fijada en primera instancia es ajustada y proporcional al ataque producido.

4. Contra esta sentencia interponen recurso de casación los demandados, D. Faustino y la entidad Radio Popular S.A., Cadena de Ondas Populares Españolas los cuales han sido admitidos al amparo del artículo 477.1.1 LEC, por referirse el procedimiento a derechos fundamentales.

I. Recurso de casación interpuesto por Radio Popular S.A., Cadena de Ondas Populares Españolas

SEGUNDO.- Enunciación del motivo único.

El motivo único se introduce con la siguiente fórmula:

“Al amparo del artículo 477.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, por infracción por la sentencia recurrida, al resolver el objeto del proceso, del artículo 20.1 a) de la Constitución que reconoce el derecho fundamental a la libertad de expresión, de opinión y de comunicación y de la jurisprudencia que interpreta ambos preceptos, en relación con el artículo 18.1 de la propia Constitución que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

Dicho motivo se funda, en síntesis, en que:

a) El juicio de ponderación entre los derechos en conflicto no es correcto y la consecuencia de esto es que se reputan como lesivas del derecho al honor unas críticas dirigidas al Consejo General del Poder Judicial que aluden al Sr. F., en las que se reproduce de manera casi literal el contenido del artículo publicado por el demandante en el diario 20 minutos sin referirse al mismo en términos vejatorios o insultantes;

b) No se atribuye al Sr. F. un hecho incierto, dado que el Sr. F. escribió que al Sr. Faustino le debían haber apuntado al corazón y no en la pierna, aunque luego aclarase el sentido e interpretación de dicha frase;

c) El objeto de las manifestaciones del Sr. Faustino era comentar el archivo por parte del CGPJ del expediente abierto contra el Sr. F. al considerar intolerable que un magistrado se manifestase públicamente como lo había hecho en el diario 20 minutos;

d) La proyección pública de los litigantes mitiga el rigor de los calificativos empleados por el Sr. Faustino;

e) Las palabras utilizadas por el Sr. Faustino están conectadas con las desafortunadas manifestaciones y términos empleados por el demandante en el artículo de 11 de noviembre de 2005 publicado en el diario 20 minutos, siendo en el contexto de un previo artículo del magistrado y en el marco de una crítica a la conducta del CGPJ donde deben de situarse las manifestaciones vertidas en el programa radiofónico, resultando en consecuencia amparadas por el derecho a la libertad de expresión al igual que se aprecia con respecto a las manifestaciones contenidas en el libro.

II. Recurso de casación interpuesto por D. Faustino.

TERCERO.- Enunciación del motivo único.

El motivo único se introduce con la siguiente fórmula:

“Infracción del artículo 20 de la Constitución, y de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo.”

El motivo se funda, en síntesis, en que:

a) Las expresiones que se le imputan se producen con ocasión de la información sobre un hecho de interés público, como es la previa publicación por el actor de un artículo en el que se ofendía gravemente al demandado y el archivo de una queja por el CGPJ, siendo en ese contexto donde el demandado se refiere al actor en términos críticos, pero en modo algunos insultantes, encontrándose comprendidas sus manifestaciones en la libertad de información y de opinión y el derecho a la crítica de actuaciones públicas de personas que ejercen un cargo público o una profesión de proyección o notoriedad pública;

b) La sentencia recurrida no ha tenido en consideración en la ponderación la existencia de un contexto polémico, un debate público y la existencia en su ánimo de un noble y legítimo deseo de defenderse a sí mismo frente a una maniobra de descrédito emprendida por el demandante.

Los motivos de ambos recursos están relacionados entre sí, por lo que serán examinados conjuntamente.

Ambos motivos deben ser estimados.

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

Es doctrina de esta Sala que cuando la resolución del recurso de casación afecta a derechos fundamentales, como ocurren 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, sin limitarse a considerar, como ocurre cuando se interpone un recurso extraordinario por infracción procesal para combatir la valoración de la prueba en relación con un proceso cuyo objeto se desenvuelve en el plano de la legalidad ordinaria, si las conclusiones de hecho (sobre los hechos) obtenidas por el tribunal de instancia, además de no infringir las normas que integran el régimen de la prueba, simplemente soportan la aplicación de un test de razonabilidad (SSTS, entre otras, de 7 de diciembre de 2005, 27 de febrero de 2007, 25 de febrero de 2008, RC núm. 395/2001, 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”.

QUINTO.- Libertad de expresión e información y derecho al honor.

A) (i) El artículo 20.1.a) y. d) CE, en relación con el artículo 53.2 CE, reconoce como derecho fundamental especialmente protegido mediante los recursos de amparo constitucional y judicial el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y el artículo 18.1 CE reconoce con igual grado de protección el derecho al honor.

La libertad de expresión, reconocida en el artículo 20 CE, tiene un campo de acción más amplio que la libertad de información (SSTC 104/1986, de 17 de julio, y 139/2007, de 4 de junio), porque no comprende cómo está la comunicación de hechos, sino la emisión de juicios, creencias, pensamientos y opiniones de carácter personal y subjetivo. La libertad de información comprende la comunicación de hechos susceptibles de contraste con datos objetivos y tiene como titulares a los miembros de la colectividad y a los profesionales del periodismo.

No siempre es fácil separar la expresión de pensamientos, ideas y opiniones garantizada por el derecho a la libertad 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).

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

ii) El artículo 7.7 LPDH define el derecho al honor en un sentido negativo, desde el punto de vista de considerar que hay intromisión por 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. Doctrinalmente se ha definido como dignidad personal reflejada en la consideración de los demás y en el sentimiento de la propia persona. Según reiterada jurisprudencia (SSTS de 16 de febrero de 2010 y 1 de junio de 2010) "...es preciso que el honor se estime en un doble aspecto, tanto en un aspecto interno de íntima convicción -inmanencia- como en un aspecto externo de valoración social -trascendencia-, y sin caer en la tendencia doctrinal que proclama la minusvaloración actual de tal derecho de la personalidad".

Como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional (SSTC 180/1999, de 11 de octubre, FJ 4, 52/2002, de 25 de febrero, FJ 5 y 51/2008, de 14 de abril, FJ 3) el honor constituye un "concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento". Este Tribunal ha definido su contenido afirmando que este derecho protege frente a atentados en la reputación personal entendida como la apreciación que los demás puedan tener de una persona, independientemente de sus deseos (STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 12), impidiendo la difusión de expresiones o mensajes insultantes, insidias infamantes o vejaciones que provoquen objetivamente el descrédito de aquella (STC 216/2006, de 3 de julio, FJ 7).

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

La limitación del derecho al honor por las libertades 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 12 de noviembre de 2008, RC núm. 841/2005, 19 de septiembre de 2008, RC núm. 2582/2002, 5 de febrero de 2009, RC núm. 129/2005, 19 de febrero de 2009, RC núm. 2625/2003, 6 de julio de 2009, RC núm. 906/2006, 4 de junio de 2009, RC núm. 2145/2005, 25 de octubre de 2010, RC núm. 88/2008, 15 de noviembre de 2010, RC núm. 194/2008 y 22 de noviembre de 2010, RC núm. 1009/2008).

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, la ponderación

i) Debe respetar la posición prevalente que ostentan los derechos a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor por resultar 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) 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, en segundo término, el peso relativo de los respectivos derechos fundamentales que entran en colisión.

Desde esta perspectiva,

i) Por una parte, la ponderación debe tener en cuenta si la información o la crítica tiene relevancia pública o interés general o se proyecta sobre personas que ejerzan un cargo público o una profesión de notoriedad o proyección pública; por otra parte, según la jurisprudencia que antes se ha citado, tratándose del prestigio profesional debe examinarse si el ataque reviste un cierto grado de intensidad para que pueda apreciarse una transgresión del derecho;

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. 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, pueda ser desmentida o no resultar confirmada (SSTC 139/2007, 29/2009, de 26 de enero, FJ 5). El requisito de la veracidad no empece que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado (SSTC 6/1988, de 21 de enero, 105/1990, de 6 de junio, 171/1990, de 12 de noviembre, 172/1990, de 12 de noviembre, 40/1992, de 30 de marzo, 232/1992, de 14 de diciembre, 240/1992, de 21 de diciembre, 15/1993, de 18 de enero, 178/1993, de 31 de mayo, 320/1994, de 28 de noviembre, 76/1995, de 22 de mayo, 6/1996, de 16 de enero, 28/1996, de 26 de febrero, 3/1997, de 13 de enero, 144/1998, de 30 de junio, 134/1999, de 15 de julio, 192/1999, de 25 de octubre, 53/2006, de 27 de febrero, FJ 6);

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 artículo 20.1 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás, incompatible con ella (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).

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

LPDH se remite a los usos sociales como delimitadores de la protección civil del honor). Por tanto, cuando las expresiones son formalmente denigratorias, hay que examinar el contexto en el que se producen pues la polémica suscitada, el sentido del discurso y su finalidad, pueden justificar dichas expresiones como ejercicio legítimo de la libertad de expresión en su vertiente del derecho a la réplica (SSTC 49/2001, de 26 de febrero y 204/2001 de 15 de octubre y STS de 16 de febrero de 2011, RC núm. 1387/2008).

SEXTO.- Aplicación de la doctrina al caso enjuiciado.

La aplicación de las premisas expuestas al caso examinado fundamenta las siguientes argumentaciones (que exponemos siguiendo los correlativos epígrafes del FD anterior):

A) En primer lugar, conviene deslindar los derechos fundamentales en conflicto. La sentencia recurrida se pronuncia sobre determinadas manifestaciones realizadas por el demandado, D. Faustino, en el programa radiofónico que dirigía y en libro que escribió en las que se mezclan determinadas informaciones, como son la decisión del CGPJ de archivar el expediente disciplinario incoado al demandante por el contenido de la publicación de un artículo en el periódico 20 minutos, refiriéndose a este como aquel que dijo que le tenían que pegar (al codemandado) un tiro en el corazón no en la pierna junto con apreciaciones y valoraciones que pueden considerarse críticas respecto a la persona del demandante, su actitud frente a las víctimas del terrorismo, el órgano de gobierno de los jueces y sus decisiones y, en consecuencia, son aplicables a las primeras las exigencias propias de los límites a que está sujeto el derecho a la información y, a las segundas, los límites a que está sujeto el ejercicio de la libertad de expresión.

Estamos, en consecuencia, ante un supuesto de colisión entre el derecho al honor, por una parte, y, por otra, la libertad de información, pues se pone en conocimiento del público determinados hechos, junto con la libertad de expresión, en la medida en que se emiten juicios de valor de fuerte contenido crítico sobre la persona del demandante y determinada institución pública.

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

B) Desde el punto de vista abstracto, dado que estamos en presencia del ejercicio de la libertad de expresión e información,

i) Debe partirse de la prevalencia de estos derechos frente al derecho al honor del demandante y

ii) No es suficiente para considerar que se ha lesionado el derecho al honor que las expresiones utilizadas en relación al demandante tiendan a menoscabar su reputación, ni siquiera que puedan resultar desabridas, sino que es menester aplicar la técnica de la ponderación para inferir si, atendidas las circunstancias del caso, la colisión con el derecho al honor del demandante puede invertir la posición prevalente que las libertades de información y de expresión ostentan en abstracto en una sociedad democrática.

C) Para la ponderación del peso relativo de los derechos fundamentales que entran en colisión debe advertirse en el caso enjuiciado que:

i) Ambos recurrentes reconocen que la información y la crítica objeto de controversia tiene relevancia pública e interés general y no cabe duda acerca de ello, en grado muy singular, no solo por las personas e instituciones afectadas sino por la materia a la que se refería siendo evidente y no cuestionado por ninguna de las partes el impacto social y mediático que tuvieron las manifestaciones públicas efectuadas por el Sr. Faustino en un programa radiofónico de gran audiencia y en un libro de amplia difusión sobre las consecuencias que acarreó el también comentado y polémico artículo de opinión publicado por el demandante en el diario 20 minutos.

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

ii) En las críticas o juicios de valor sobre la actuación del CGPJ y la persona del demandante no opera el requisito de veracidad, puesto que, como se ha manifestado las consecuencias jurídicas deben calibrarse principalmente en torno al alcance de la libertad de expresión. No sucede lo mismo con la imputación reiterada y pública que hace el demandado al referirse al demandante como ese juez que dijo que le tenían que pegar un tiro en el corazón y no en la pierna. En este caso, si bien ha quedado probado que literalmente el demandante no se pronunció en tales términos, no por ello cabe entender incumplido el requisito de veracidad pues las alusiones y referencias que se contienen no son más que una interpretación personal de lo dicho por el juez F. y que el Sr. Faustino realizó como víctima de un atentado terrorista en el que sufrió un disparo en la pierna con el que guardaba una indudable relación la frase pronunciada, por lo que al margen del contenido lesivo o desproporcionado que pudieran presentar y que se analizará a continuación, no suponen un incumplimiento de este deber.

iii) La sentencia recurrida cifra la lesión del derecho al honor del recurrido en que las alusiones reiteradas al demandante como aquel que dijo que tenían que pegarle (al codemandado) un tiro en el corazón y no en la pierna, realizadas en un medio de comunicación pública de gran difusión, sin que haya quedado probado que el demandante realizara tal afirmación o se manifestara en tales términos constituyen una intromisión ilegítima en el derecho al honor del Sr. F. pues tales imputaciones objetivamente provocan el descrédito de aquel y menoscaban su reputación personal.

Ambos recurrentes hacen hincapié en el contexto en que se producen las manifestaciones enjuiciadas al considerar que la sentencia impugnada no ha tenido en cuenta que las mismas se producen con ocasión de la información sobre un hecho de interés público, como es la previa publicación por el actor de un artículo en el diario 20 minutos en el que se ofendía gravemente al demandado y el archivo por parte del CGPJ del expediente disciplinario que se le había incoado. Insisten en enmarcar las manifestaciones realizadas en un contexto de crítica a la decisión tomada por el CGPJ de archivar el citado expediente disciplinario precisando que la interpretación realizada por el codemandado de lo que el Sr. F. había dicho contra él no se realizó al amparo de la libertad de información sino con ocasión de la misma pudiendo añadir a la información que se suministraba comentarios o juicios críticos como así sucedió e insistiendo en que no se estaba comunicando información alguna sino que, guiado por un ánimo de defensa, dirigía una crítica a las imputaciones que el codemandado previamente le había efectuado en el seno del debate público que se había originado.

Las expresiones utilizadas son bastante graves, pero este factor no es suficiente en el caso examinado para invertir el carácter prevalente que la libertad de expresión ostenta. No cabe extraer o desligar las expresiones difundidas del contexto en que se vertieron y en especial de la propia actuación del demandante, siendo evidente a la vista de la prueba practicada en el juicio que ambos litigantes mantienen notables y

evidentes diferencias personales, cruzándose acusaciones públicas, elevando así de esta forma el clímax de tensión y crispación existente. De igual modo, no cabe prescindir de las circunstancias concurrentes que han servido de antecedente a las expresiones vertidas por parte del Sr. Faustino. En este sentido, las manifestaciones enjuiciadas tienen su origen en un artículo escrito en el diario 20 minutos por el Sr. F. en el que las expresiones que este dirige al Sr. Faustino fueron muy graves, aun cuando no deban tomarse en sentido literal, y suponen un afectación relevante a su estimación personal, sobre todo si se tiene en cuenta que se trata de una víctima del terrorismo que sufrió un ataque a su integridad física.

Por tanto esta Sala considera que si bien los términos empleados para referirse al demandante son inadecuados y pudieran resultar literal y aisladamente ofensivos, al ser puestas en relación con el contexto en el que se producen, de crítica a la decisión tomada por el CGPJ de archivar el expediente disciplinario incoado al juez y con el artículo que las precede, en el que también se contienen expresiones igualmente afrentosas hacia el demandado, no revisten trascendencia suficiente siendo expresión del enfrentamiento público en el que se acentúa la agresividad verbal y se eleva el tono de la discusión en un deseo de descalificar al adversario.

Como se ha dicho con anterioridad, un contexto de discusión o contienda, a tenor del ámbito social o político en que se produce y los usos relacionados con él, cuando la discusión alcanza recíprocamente un nivel alto de tensión puede justificar la utilización de expresiones de similar dureza a las utilizadas por el adversario como vía adecuada para el ejercicio del derecho a la réplica. Esto es lo que sucede en el presente caso, en el que en un contexto de réplica contra unas manifestaciones de extrema dureza dirigidas contra el afectado y tras conocer una decisión directamente relacionada con las mismas se producen las expresiones y opiniones del demandado frente a la persona que previamente se había referido a él como contra la decisión tomada por el CGPJ de archivar el expediente disciplinario incoado al demandante con base en el contenido del artículo que previamente había publicado en el diario con el que colaboraba dados los términos afrentosos en los que se dirigía al codemandado, ahora recurrente.

En consecuencia, esta Sala se inclina por reconocer la prevalencia, en el caso examinado, de la libertad de expresión sobre la protección que merece el honor del demandante.

En conclusión, aun en contra del informe del Ministerio Fiscal, ha de estimarse que la ponderación de los derechos fundamentales realizada por la Audiencia Provincial no ha sido correcta, apreciándose en consecuencia la infracción alegada.

SÉPTIMO.- Estimación de los recursos.

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

Estimándose fundados los recursos de casación, procede, en consecuencia, casar la sentencia recurrida y, de conformidad con lo razonado, estimar los recursos de apelación interpuestos respectivamente por Radio Popular S.A. Cope y D. Faustino y desestimar la demanda formulada contra ellos, manteniendo inalterables los restantes pronunciamientos contenidos en la sentencia recurrida respecto de la editorial La Esfera de los Libros S.L., con imposición de las costas a la parte actora.

De conformidad con el artículo 398 LEC, en relación con el artículo 394 LEC, no procede la imposición de las costas causadas en la apelación ni en este recurso de casación.

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

FALLAMOS

1. Declaramos haber lugar a los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de D. Faustino y de Radio Popular S.A. Cope, contra la sentencia de 11 de junio de 2009 dictada por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona en el rollo de apelación núm. 680/2008, cuyo fallo dice:

“Fallamos.

“Estimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de La Esfera de los Libros S.L. y desestimando los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D Faustino y de la compañía Radio Popular S.A. Cope, D. Faustino y de la compañía Radio Popular S.A. Cope, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona, en los autos de procedimiento ordinario de derecho al honor y derechos fundamentales número 73/2007, de fecha 20 de febrero de 2008, debemos revocar y revocamos parcialmente dicha sentencia, en el sentido de desestimar la demanda formulada por D. Carmelo F., sucedido por D. Eduardo F., contra la editorial La Esfera de los Libros S.L., absolviendo a dicha mercantil de las pretensiones contenidas en la demanda inicial, manteniendo inalterables los restantes pronunciamientos contenidos en la sentencia apelada respecto de los codemandados D. Faustino y la compañía Radio Popular S.A. Cope.

“Todo ello, sin hacer expresa imposición de las costas de la primera instancia relativas a la codemandada La Esfera de los Libros S.L. y sin hacer expresa imposición de las costas devengadas por el recurso de apelación formulado por la referida editorial.

“Se imponen a la compañía Radio Popular S.A. Cope y a D. Faustino las costas devengadas por sus respectivos recursos.”

2. Casamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno en lo que se refiere a la desestimación de los recursos de apelación interpuestos respectivamente por la representación procesal de la compañía Radio Popular S.A. Cope y de D. Faustino.

3. En su lugar, estimando los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal de D. Faustino y de la compañía Radio Popular S.A. Cope, contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 30 de Barcelona de fecha 20 de febrero de 2008, la revocamos y, en su lugar, desestimamos la demanda interpuesta por D. Carmelo F., sucedido por D. Eduardo F. contra ellos, imponiendo al demandante las costas derivadas de la misma.

4. No ha lugar a la imposición de las costas de la apelación ni las de estos recursos de casación.

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

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.