

InDret

***Causalidad, información que genera riesgo y derecho al honor:
una lectura de la STS, 1ª, 10.1.2001***

**Marc-R. Lloveras
Facultad de derecho
Universitat Pompeu Fabra**

**Barcelona, marzo 2002
www.indret.com**

La STS, 1ª, de 10.1.2001 (Ar. 1309; La Ley 3199) ha confirmado la condena solidaria al pago de una indemnización de 25 millones de pesetas (150.253,02 €) a la editora, Ediobser S.A., del desaparecido periódico madrileño *El Independiente*, a su director, Pablo Sebastián Bueno, y a los autores de la noticia que originó el pleito, José Agustín Atxa Picaza y Miguel Sánchez Borbolla, por intromisión ilegítima en el derecho al honor del demandante José Manuel Olarte Urreizti.

La resolución de la demanda se produce en unas circunstancias bastante excepcionales ya que Olarte fue asesinado por ETA¹ cuatro meses después de haberse dictado la Sentencia de Primera Instancia (JPI num. 7 Madrid, de 25.3.1994) que había estimado la existencia de una difamación y establecido una indemnización de 5 millones de pesetas (30.050,6 €).

El asesinato de Olarte pesó de manera determinante sobre la Audiencia Provincial (Sentencia de la sección 14ª, Audiencia de Madrid, de 16.6.1995) que aumentó la indemnización de 5 a 25 millones de pesetas estimando que la noticia publicada había tenido una cierta influencia causal en el asesinato. El TS acaba confirmando con una motivación escasa, contradictoria y sorpresiva, la cuantía fijada por la Audiencia, aunque purga de la sentencia, según las palabras del TS, cualquier referencia a algún tipo de influencia causal de la información publicada sobre el asesinato del demandante.

Por otra parte, la sentencia tiene también una relevancia especial desde el punto de vista de la cuantía ya que, de acuerdo con los datos que se han podido contrastar, los 25 millones confirmados por el TS constituyen la segunda indemnización más elevada que en los últimos años se ha otorgado en un pleito de derecho al honor, sólo superada por los 50 millones concedidos en 1998 a Enrique Múgica.

- **La noticia y su contexto**

El Independiente publicó, tal como podemos ver a continuación, el 7 de junio de 1990 (pág. 6) una noticia donde bajo el título *‘El asesinato de Muguruza fue preparado por personas relacionadas con la Policía’* citaba expresamente a José Manuel Olarte como participante en una reunión que, según informaba el periódico, habían mantenido diversas personas, durante el mes de noviembre de 1989, para supuestamente ultimar los detalles del atentado contra los diputados de HB en el que murió Josu Muguruza. En el párrafo final de la noticia, bajo el título *“Frustrado Etzaina”* se hacían diversas referencias al demandante: *“hombre de poco fiar, que fue expulsado de la Academia de Arkaute (sic) por su implicación en asuntos de contrabando, atribuyéndosele relaciones con las actividades del Grupo Terrorista GAL”*.

¹ José Manuel Olarte fue asesinado por ETA de un tiro en la nuca a primera hora de la madrugada del miércoles 27 de julio de 1994 mientras, después de cenar, jugaba a las cartas con unos amigos en la sociedad gastronómica de San Sebastián la *Unión Artesana*.

El asesinato de Muguruza fue preparado por personas relacionadas con la Policía

Un testigo revela que el atentado fue organizado en San Sebastián quince días antes

El diplomático Francisco Paesa, uno de sus hermanos, el aspirante a la Ertzaintza José Manuel Olarte, un hermano del confidente policial Eduardo Berloso y varios policías más participaron en una

reunión celebrada a mediados de noviembre del pasado año en la que se pudieron ultimar los detalles para el asesinato del diputado de Herri Batasuna (HB) Josu Muguruza en el hotel Alcalá

de Madrid. La reunión fue presenciada por un ex militante de ETA p-m, quien fotografió a los presentes de forma casual, siendo descubierto y obligado a entregar el carrete.

A. ATXA/M. S. BORBOLLA

Bilbao. La reunión tuvo lugar en la sociedad Unión Artesana, de la capital guipuzcoana, y era dirigida por el mencionado Francisco Paesa, contra quien existe una orden internacional de busca y captura por su presunta implicación en la trama de los GAL. Paesa es actualmente el representante ante las Naciones Unidas de la República de Santo Tomé, lo que le confiere inmunidad diplomática para ser extraditado a España, como ha solicitado la Audiencia Nacional.

Esta reunión fue desvelada por el semanario «Interviú», quien tan sólo facilitó la identidad del mencionado diplomático. Un testigo presencial de la reunión ha confirmado a este diario la asistencia a la misma de un hermano de Paesa y de otro de Eduardo Berloso, confidente policial que huyó de San Sebastián a Alicante tras ser identificado por ETA como «chivato». En la reunión también estuvo el frustrado aspirante a miembro de la Ertzaintza José Manuel Olarte y varios policías más.

Según algunas fuentes, en esta reunión pudo prepararse el atentado que costó la vida a Josu Muguruza y causó heridas de gravedad al también diputado electo por la coalición Iñaki Etxeola, ocurrido el 20 de noviembre del pasado año en el restaurante del

hotel Alcalá, de Madrid.

Oficialmente, de los hermanos Berloso sólo se conoce su vinculación al sector hostelero. Sin embargo, según ha podido saber este diario, los asistentes a la reunión son gente «conocida en San Sebastián por sus vinculaciones con asuntos extraños, conexiones con medios policíales, extrema derecha y acostumbrada a jugarse cantidades millonarias en el casino sin que se les conozcan actividades fijas».

Descubiertos

El carácter secreto que tuvo la reunión en la Unión Artesana (popular sociedad donostiarra) pocos días antes de ser

asesinado Josu Muguruza viene confirmada por un testigo que presenció cómo un grupo de cinco o seis personas que participaron en el mencionado conclave se abalanzaron sobre un fotógrafo que disparó su cámara «de forma casual» dentro del local, mientras unos metros más allá se trataban cuestiones «oscuras».

Se da la circunstancia de que el fotógrafo que disparó su cámara, acompañado por otras personas, es un antiguo militante de la desaparecida ETA político-militar que hoy está reintegrado. Según la fuente consultada por este diario, el fotógrafo disparó su cámara sin intencionalidad alguna, «porque —asegura— lo que quería era tomar una panorámica general de la

sociedad, y sólo se percató de quién estaba allí después de que le obligaron a entregarles el carrete».

Según este testigo, el ex «polimilitar» quedó rodeado y no tuvo opción, «y al despedirse de él le dieron, a forma de saludo, un golpe en la espalda, a la altura de la cintura, para comprobar si llevaba algún arma».

Frustrado ertzaina

El aspirante a miembro de la Ertzaintza, José Manuel Olarte Urreiziti, presente en el encuentro, es un «chambre de poco fiar», según informaciones recogidas por este diario. Amigo personal de los mandos de la Policía vasca Juan Carlos Oteiza, destinado en la Unidad de Tráfico, y Díaz Arcotxa, asesinado por ETA militar, Olarte fue expulsado de la Academia de Arkautz, centro de instrucción de la Ertzaintza, al conocerse su implicación en asuntos de contrabando. Aunque nunca se haya podido implicar su nombre en la trama de los GAL, fuentes de la Ertzaintza no dudan en relacionarle con las actividades de este grupo terrorista. De hecho, a consecuencia de un accidente de carretera protagonizado por Olarte se localizó una pistola en su automóvil, sin que se abrieran diligencias por ello.

La huida del confidente

Eduardo Berloso huyó al sur de España después de que el 23 de septiembre de 1988 resultara muerto en San Sebastián el miembro del «comando Donosti» de ETA Mikel Castresana, alias «Paterro», por los disparos de una dotación policial que momentos antes le había solicitado la documentación. Castresana fue abatido al intentar sacar su arma, y en la acción resultó detenida su compañera de comando, María Beñosa Uzkudon, que no reaccionó a tiempo y se quedó parada mientras veía como se desarrollaban los hechos.

Como quiera que Berloso y «Paterro» eran conocidos, e incluso amigos, la dirección de ETA enseguida sospechó que Berloso podía estar en el origen de la desarticulación del «comando Donosti», por lo que decidió asesinarle. Alertado el propio interesado, decidió poner tierra de por medio, instalándose en el sur de España.

El 29 de octubre de 1989 se celebraron elecciones a las Cortes Generales del Estado español. El PSOE, que aquel mismo año había ganado las elecciones europeas, ganó también las generales, obteniendo 175 diputados y su tercera mayoría absoluta consecutiva. La entonces todavía *Herri Batasuna* (HB) obtuvo 4 diputados (217.278 votos). Uno de aquellos diputados era Josu Muguruza Guarrotxena². La sesión constitutiva de la IV legislatura surgida de aquellas elecciones se convocó para el 21 de noviembre. En la noche de la víspera, 20 de noviembre (aniversario de la muerte de Franco y del asesinato del también miembro de HB Santi Brouard) los senadores y diputados electos de HB estaban reunidos cenando en el restaurante *Basque* del Hotel Alcalá de Madrid ultimando su intervención en la sesión del día siguiente, la cual debía de ser la primera vez que los electos de HB asistían al Congreso. Pero no fue así: dos personas encapuchadas atentaron contra los allí reunidos, disparando hasta 12

² Muguruza no resultó inicialmente electo ya que ocupó el número 3 de la lista electoral de HB por Vizcaya donde la coalición obtuvo 2 de sus 4 diputados. Justo después de la jornada electoral el número 2 de la lista, Tasio Erkizia, renunció al escaño y su lugar fue ocupado por el siguiente candidato de la lista electoral. Muguruza, que en aquel momento era redactor de EGIN y miembro de la mesa nacional de HB y de la ejecutiva KAS, había residido en Francia entre 1981 – cuando huyó a raíz de la detención de su compañera- y 1987 – cuando fue detenido por la policía francesa y entregado a las autoridades españolas- donde participó en diversas actividades de la izquierda abertzale como la creación, en 1984, en los momentos de máxima actividad del GAL, del Comité de Refugiados.

tiros, causando la muerte de Muguruza y lesiones muy graves al también diputado electo Iñaki Esnaola³.

El atentado contra los diputados electos de HB y el asesinato de Muguruza tuvo una gran repercusión en la prensa, que en los días y meses siguientes siguió informando, especialmente sobre la evolución de las investigaciones policiales. Inicialmente se especuló, incluso, con la autoría del atentado por parte del GAL⁴.

El 30 de julio de 1990, casi dos meses después de la noticia de *El Independiente* y ocho después del atentado, fueron detenidos el policía nacional Ángel Duce Hernández, el militante ultraderechista Ricardo Sáenz de Ynestrillas y cinco personas más como sospechosos de formar un grupúsculo terrorista que habría cometido el atentado. Los dos principales sospechosos se convirtieron en acusados y fueron juzgados por la Audiencia Nacional que, en marzo de 1993, condenó a Duce como autor material del asesinato de Muguruza y, aunque sin unanimidad, absolvió a Ynestrillas por falta de pruebas y gracias a la declaración autoinculpatoria de Duce.

La noticia de *El Independiente* debe situarse pues en este contexto, en el que, como veremos, no fue la única que apareció ni la única que ha llegado hasta el TS, el cual, no obstante, ha resuelto en un sentido diferente del caso aquí comentado tres noticias más relacionadas con los mismos hechos (SSTS, 1ª, 15.12.2000, 26.4.2000, y 25.4.1997).

- **El recurso de casación y las respuestas del TS**

El TS, con una argumentación contradictoria, estima una parte de la motivación de uno de los motivos de casación presentado por el periódico – la falta de relación de causalidad – pero no modifica el sentido de la resolución del caso ya que mantiene la cuantía fijada por la Audiencia.

A) La negación de la causalidad

³ El sustituto de Muguruza, el número 4 de la lista electoral y preso preventivo de ETA Ángel Alcalde, y los otros electos excepto Iñaki Esnaola, todavía convaleciente del atentado, asistieron al Congreso de los Diputados, el 4 de diciembre para ocupar sus escaños con motivo de la sesión de investidura de Felipe González como Presidente del Gobierno. Los miembros de HB prometieron la Constitución, respondiendo a la llamada reglamentaria del presidente de la cámara, pero lo hicieron por imperativo legal, motivo por el que fueron expulsados de la cámara y no adquirieron la condición plena de diputados, cosa que comportó la pérdida formal de la mayoría absoluta del PSOE, hasta que el Tribunal Constitucional (STC 119/1990, de 21 de julio) les otorgó el amparo que habían solicitado. La fórmula del imperativo legal después de su reconocimiento por el TC ha sido utilizada por otros diputados electos y ha tenido tanto éxito que hasta incluso el Tribunal Supremo la ha utilizado en su particular batalla con el Tribunal Constitucional de los últimos meses (STS, 1ª, 5.11.2001. FJ 1).

⁴ La prensa se hizo eco (entre otros EGIN 22.11.1989, pág. 15) de que se había recibido una llamada reivindicativa, aunque no se le atribuyó demasiada credibilidad, ya que esta no había estado la forma de reivindicación utilizada normalmente y por el hecho de que el grupo terrorista había dejado de operar desde hacía más de dos años. Los Grupos Antiterroristas de Liberación, conocidos como GAL, asesinaron a 27 personas en diversos atentados entre 1983 y 1987. En julio de 1987 cometieron un último asesinato reivindicado y efectivamente atribuido a este grupo. En octubre de 1988 la Audiencia Nacional inició el primer proceso contra el subcomisario José Amedo Fouce y el inspector Michel Domínguez Martínez.

Los recurrentes en casación alegan la falta de relación de causalidad entre la información publicada por el periódico y la muerte del demandante. Argumentan que las circunstancias que la Audiencia estimó como moderadoras de la cuantía de la indemnización (ya que la demanda era de 50 millones de pesetas), básicamente que el demandado estaba fichado por la policía desde 1980 y, fundamentalmente, que el asesinato se produjo cuatro años después de la publicación de la noticia, tienen entidad suficiente no sólo para moderar la indemnización sino para negar la causalidad y, por tanto, para negar su responsabilidad.

Tal como se argumenta en el recurso de casación la noticia no se podía entender como un detonante único e inmediato de la muerte del demandante ni podía ser calificada por su causa eficaz. Pero la Audiencia afirmó la existencia de *“la relación causal entre la publicidad que nos ocupa y el hecho cierto de la muerte...”*, cosa que como ya hemos dicho hace aumentar la indemnización inicial de 5 millones a 25 millones.

No obstante, se puede afirmar que la falta de relación de causalidad entre la noticia y la muerte del demandante es evidente: la letra impresa no mata. Y, además, en el caso conocemos perfectamente la autoría de la muerte: el demandante fue, como se ha dicho, asesinado por ETA⁵. Pero el TS rehuye el tema. Así, después de un discurso genérico sobre la causalidad (FJ 6) no se pronuncia directamente sobre la falta de causalidad entre la noticia y la muerte sino que afirma (FJ 7) la relación de causalidad entre la noticia y la vulneración del derecho al honor del demandante por el desmerecimiento, el descrédito o la ignominia que puede haber sufrido el demandante. Es decir, ante un motivo tan claro se limita a afirmar una relación de causalidad evidente que en los pleitos relativos al derecho al honor no suele discutirse nunca: la noticia está relacionada causalmente con la violación del derecho al honor del actor.

Pese a ello, el TS parece admitir que efectivamente no existe relación de causalidad entre la noticia y la muerte cuando afirma (FJ 8): *“... el objeto del Motivo ... sí merece su acogida, mas no por aquella inexistencia del nexa causal...”* y cuando insiste al final del mismo FJ en que *“procede... purgar la sentencia recurrida expulsando, pues, todo lo concerniente... a susodicho resultado de muerte del causante de la hoy sucesora procesal”*. Mas insólitamente el TS no casa la sentencia de la Audiencia sino que la purga. Precisamente por esto y, como veremos más adelante, cuando finalmente convalida la cuantía fijada el TS (FJ 9) reitera dos veces más que para determinarla, y tal como argumentan los recurrentes, *“no debe influir ese hecho extremo de la muerte...”* y que *“... no puede apoyarse en la muerte del actor – no enjuiciada en el litigio – como improcedentemente razona la Sala [La Audiencia]...”*.

Mas, parece claro que por más que el TS lo niegue, seguramente está también influido por el asesinato del demandante. En este sentido ha de tenerse en cuenta que si el TS ha querido compensar a través de la indemnización a los herederos del asesinado y a cargo de un periódico que ya no se publica ha obviado que existe una legislación específica de indemnizaciones a las víctimas del terrorismo de las cuales se hace cargo, en defecto de los autores materiales de los atentados, el Estado, cosa que nos ha de hacer huir en este caso de un discurso al que una primera lectura de la sentencia nos podría inducir: el de la tan citada y dañada justicia material.

⁵ El activista de ETA Valentín Lasarte fue detenido el 25 de marzo de 1996 acusado, entre otros, del asesinato de Olarte que el Ministerio del Interior le atribuyó inmediatamente, informando, incluso, el 1 de abril, que lo había cometido avanzándose a las instrucciones de la dirección de ETA. Lasarte fue condenado como autor material del asesinato de Olarte por la Audiencia Nacional el 27 de febrero de 1997.

B) Incremento (relevante) del riesgo.

El TS se refiere abstractamente (FJ 6) a que cuando existe una separación temporal entre la conducta y la concreción del daño se puede especular sobre si el contenido de la conducta, al margen de otros posibles factores, ha podido o no convertirse en un agente principal en la ulterior producción dañosa. El TS, sin embargo, no va más allá de esta afirmación al prescindir de la posible influencia causal de la noticia sobre la muerte del demandante.

No obstante, sabemos que la falta de una relación de causalidad directa y explicitable entre una conducta y un daño no es siempre necesaria para hacer responsable, total o parcialmente, del daño a la persona que haya llevado a cabo la conducta⁶. Algo que los recurrentes niegan al afirmar que necesariamente sin causalidad no puede haber responsabilidad. A menudo llegamos a la responsabilidad sin causalidad directa utilizando los criterios doctrinales conocidos como imputación objetiva, generalmente estructurados como negadores de la imputación pero utilizados para afirmarla cuando la conducta a la que pretendemos imputar el daño ha sobrepasado los límites del criterio de imputación.

En nuestro caso el criterio que se puede utilizar es el del incremento del riesgo ya que es el que nos puede permitir analizar correctamente los casos en que la información publicada se sale del marco de la protección del derecho al honor para entrar en el campo más general del derecho de daños y tener, incluso, relevancia penal. En estos casos la relación de causalidad debe dejar de buscarse entre la publicación de la noticia y la lesión de derecho al honor: cuando la información publicada genera también un riesgo para la vida o para la integridad física del demandante la causalidad, ahora como imputación, debe buscarse respecto de la influencia en la concreción de este riesgo a través de la realización material de un daño por parte de un tercero.

En este sentido la pregunta que debe plantearse es si ETA hubiera asesinado igualmente a Olarte aunque *El Independiente* no hubiera publicado la noticia, es decir, si la información que ha publicado ha podido tener alguna influencia sobre quien ha decidido asesinarlo: si ha contribuido de manera relevante a la generación de un riesgo sobre la vida del actor o si ha contribuido a incrementarlo. La pregunta es evidentemente difícil pero para contestarla nos hemos de limitar en este trabajo a tratar de analizarla con referencia únicamente a la prensa: es decir, en relación con las informaciones hechas públicas en el contexto informativo del momento en que el periódico publica su noticia. Contexto que viene determinado por las informaciones sobre el atentado contra los diputados de HB y muy especialmente por las noticias que hubiesen aparecido con anterioridad o posterioridad en la prensa sobre Olarte. Desde este punto de vista la condena al periódico pudo tener algún sentido que no tiene en modo alguno afirmando una relación de causalidad directa y que es discutible desde el punto de vista del derecho al honor.

Si nos movemos en un campo estrictamente civil es necesario encontrar alguna forma de enjuiciar si la publicación ha generado o incrementado de manera relevante el riesgo. De entrada es necesario tener en cuenta que no cualquier conducta que crea riesgo de lesión a los bienes jurídicos ajenos puede ser

⁶ En este sentido Pablo SALVADOR CODERCH. *Causalidad y responsabilidad*. InDret (1999).

calificada de negligente⁷. Por tanto, la conducta llevada a cabo comparada con su alternativa diligente, es decir, que en las circunstancias concretas del caso haya sobrepasado los límites del riesgo permitido, incrementa el riesgo de que se produzca el daño. Esta es la noción de incremento relevante del riesgo que puede servirnos de parámetro para enjuiciar nuestro caso. De este modo es necesario analizar si *El Independiente* fue negligente el publicar la noticia ya que podemos asegurar con una probabilidad cercana a la certeza que en caso de que el periódico hubiese actuado diligentemente – cosa que aquí quiere decir que no hubiese publicado la noticia – no habría generado ni incrementado un riesgo para la vida de Olarte.

Es necesario aclarar que en este punto la diligencia del periódico que debe valorarse no se refiere a la diligencia profesional con la que tradicionalmente se analiza la conducta del medio de información respecto de la veracidad esencial o la suficiente contrastación de la información que publica. Aquí hemos de dar un paso más: la diligencia debe valorarse en el sentido de si fue o no diligente por parte del periódico publicar o no la noticia en relación con el riesgo que de acuerdo con las circunstancias del caso podía suponer para la persona que citaba. Es decir, si por más que *El Independiente* tuviese un conocimiento suficientemente diligente de la veracidad de la noticia que publicó fue diligente que la publicase.

Hay que tener en cuenta que mucho antes de la noticia que nos ocupa Olarte ya había aparecido en la prensa en diversas ocasiones, especialmente en EGIN⁸, a raíz de unas filtraciones del *Informe Navajas*⁹ como sospechoso de formar parte en menor mayor o menor medida, de una red de tráfico de drogas, armas y contrabando de tabaco y ser confidente de las fuerzas de seguridad del Estado, algunos miembros de las cuales, especialmente algunos agentes del Cuartel de la Guardia Civil de Intxarrundo (San Sebastián), también fueron objeto de investigaciones judiciales¹⁰.

⁷ Tal como escribe Fernando PANTALEÓN PRIETO. *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*. Centenario del Código Civil (1889-1989). Asociación de Profesores de Derecho Civil. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces. Madrid, 1990, págs. 1577 y ss.

⁸ Este periódico incluso emitió un comunicado de prensa el 27.7.1994 desmintiendo que hubiese sido ni el primero ni el último medio en dar información sobre Olarte vinculándolo a redes de narcotráfico o implicándolo con las fuerzas de seguridad del Estado. *La Vanguardia* había subtítuloado la noticia del asesinato así: “*El equipo de investigación de Egin acusó al fallecido de confidente de la Guardia Civil*”.

⁹ Parece ser que a raíz de la desaparición de una parte importante de una decomiso de cocaína que la Guardia Civil había efectuado en Irún el fiscal en jefe de la Audiencia de San Sebastián, Luis Navajas, practicó diversas investigaciones durante la instrucción de las diligencias penales (491/91) correspondientes a la requisita desaparecida y sobre una presunta red de tráfico de drogas, armas y contrabando de tabaco que operaba en San Sebastián y de la que , presuntamente, formaban parte algunos agentes de la Guardia Civil vinculados a la lucha antiterrorista. Las investigaciones fueron declaradas parcialmente ilegales y finalmente archivadas por falta de pruebas. No obstante, años después algunos guardias civiles del cuartel de Intxaurrundo fueron detenidos, encarcelados y condenados (a raíz del caso UCIFA). Y, más recientemente, en agosto de 1999, durante una requisita de droga en *Sant Carles de la Ràpita* (Tarragona) fue detenido el teniente coronel Máximo Blanco que había estado destinado hasta 1992 a Intxaurrundo donde dirigía los servicios antidroga.

¹⁰ En el mismo contexto apareció el nombre del ex-jugador de fútbol de la Real Sociedad de San Sebastián José Antonio Santamaría Vaqueriza, que fue asesinado por ETA, el 19 de enero de 1993, también mientras cenaba en una Sociedad Gastronómica donostiarra .

El nombre de Olarte vuelve a aparecer a raíz del asesinato de Muguruza en la noticia objeto del caso aquí comentada pero no únicamente en ella: *El País* del 8.6.1990 también lo cito expresamente¹¹.

Olarte volvió a aparecer posteriormente retomando el hilo de las supuestas implicaciones que tenía con la presunta red corrupta de Intxaurre. Así, Pepe Rei le dedicó, en el libro *La Red Galindo* (Txlaparta, 1993), hasta 30 referencias directas presentándolo como un confidente de la policía y máximo responsable civil de la red mafiosa que el libro denuncia, incluyendo información detallada sobre su vida personal, domicilio, vehículos y hábitos como el de jugar a cartas en la *Unión Artesana*¹². La atención de *La red Galindo* a Olarte lo convierte en la persona más citada del libro aunque éste esté predominantemente dedicado a quien forma parte de su título.

Olarte no demandó a Pepe Rei y, por tanto, no podemos comparar nuestro caso con una hipotética resolución judicial. No obstante, parece poder afirmarse que las alusiones que se hacen en el libro tienen fuerza suficiente para eliminar el riesgo que anteriormente hubiese podido crear la noticia de *El Independiente*. Un tema diferente y fuera del objeto de este trabajo es el de la relevancia penal de estas implicaciones como generadoras de informaciones utilizables por parte de ETA¹³.

Al margen de las informaciones periodísticas sobre Olarte hay que tener presente que según la misma prensa su nombre ya era conocido por ETA o por su entorno con anterioridad a la noticia que nos ocupa. Así y entre otros, *La Vanguardia* y *El País*, publicaron el día siguiente de la muerte de Olarte, basándose en informaciones policiales que Olarte estaba amenazado por ETA desde 1982¹⁴, momento pues muy anterior a junio de 1990. El detonante de la intención de ETA desborda el ámbito de este trabajo pero tenemos todavía un dato adicional sobre el posible origen de las informaciones que la banda tuviese sobre la que más tarde fue una de sus víctimas: una presunta colaboradora del *comando*

¹¹ *El País* lo citó de acuerdo con las informaciones que previamente había publicado *Interviú* y completando el listado de las personas que supuestamente habrían participado en la reunión preparatoria con la información publicada por *El Independiente*, pese a que no cita a este último medio. *El País* se refiere en esta noticia a las declaraciones realizadas por el abogado de la acusación particular del caso Muguruza que manifestó tener conocimiento de la existencia de la supuesta reunión una semana después del momento en que se produjo el atentado. La fuente que utiliza *El País* es también la del testimonio directo de un fotógrafo y antiguo militante de ETA político-militar que se encontraba en la Unión Artesana cuando supuestamente se produjo la reunión preparatoria del atentado contra los diputados de HB.

¹² Encontramos referencias directas en las páginas 54,59, 100, 119, 120, 121, 134-138, 139, 141-143, 144, 145, 146, 147, 149, 155, 156, 210-212, 224-226, 269-274, 302, 303, 305, 322, 328, 330, 334, 335, 338 y 344. En el índice onomástico (pág. 340) se dice lo siguiente: “*OLARTE URREIZTI, Jose Manuel: Más conocido por el sobrenombre de Plomos, está en paradero desconocido tras el atentado mortal contra Santamaría. Investigado ya a raíz de la desaparición de una parte importante del alijo de una tonelada de cocaína aprehendido en Irún en mayo de 1988, Olarte es uno de los elementos claves de las investigaciones realizadas en las diligencias 491/91 por narcotráfico. Las pesquisas realizadas por agentes anticorrupción de la Guardia Civil permitieron establecer que, valiéndose de su condición de confidente de altos vuelos, Olarte operaba en droga y tenía establecidos sólidos contactos incluso con Colombia. Siguiendo su pista, se descubrió que varios guardias, entre ellos el comandante Blanco López, y agentes policiales, colaboraran con él en negocios de narcotráfico*”.

¹³ Tema del que la Audiencia Nacional se ha ocupado en reiteradas ocasiones sin que haya llegado hoy por hoy una condena contra Pepe Rei por delito de colaboración con banda armada por el que ha estado acusado y procesado.

¹⁴ Según *La Vanguardia* (28.7.1994) los datos personales de Olarte estaban en poder del comando *Lau Haizeta* de ETA cuando fue desarticulado por la policía nacional en febrero de 1982. La Guardia Civil volvió a encontrar informaciones cuando desarticuló, en agosto de 1991, el comando *Ipar Haizea*. De manera ya más próxima al asesinato, en abril de 1994, la policía descubrió que el comando *Txomin Iturbe* también tenía datos en un piso franco localizado en Navarra. *El País* del mismo 28.7.1994 destacó esta última información para informar del hecho de que Olarte sabía que estaba en el punto de mira de ETA desde hacía tres meses, pero también se hizo eco del hecho de que ya había desaparecido en los papeles de ETA en 1982.

que cometió el asesinato fue detenida dos años después y acusada de haber suministrado información a la cúpula terrorista sobre Olarte¹⁵.

De acuerdo con todos estos datos se puede afirmar, aunque con un margen hipotético que no podemos ignorar, que *El Independiente* no incrementó de manera relevante el riesgo para la vida o a la integridad física de Olarte. Está claro que Olarte ya había aparecido en la prensa y que volvió a aparecer posteriormente. Las noticias posteriores parecen incluso más relevantes ya que nos indican que posiblemente el caso Olarte tenga que relacionarse con el asesinato de Santamaría. En este sentido la noticia de *El Independiente* sería un punto de fuga en la malograda historia de Olarte sin que tenga suficiente relevancia para imputar al periódico un incremento sustancial del riesgo en el sentido que hemos indicado.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el TS no explicita una condena al periódico por la muerte del demandado sino que explícitamente descarta que esto deba tener alguna influencia en su decisión. No obstante, la cuantía de la indemnización parece patentizar que el TS sigue en este caso un camino diferente del indicado por sus propias afirmaciones ya que, como podemos ver a continuación, la difamación estimada presenta un defecto de motivación especialmente relevante en relación con la cuantía convalidada.

C) El fundamento sustantivo de la condena: la existencia de vulneración del derecho al honor del demandante.

Tanto la Primera Instancia como la Audiencia estimaron que la noticia comportó una vulneración del derecho al honor del demandante. El primero de los motivos de casación presentado por el periódico considera infringido el art. 7.7 LO 1/1982 defendiendo la prevalencia de la libertad de información sobre el derecho al honor justificada en el interés general de la noticia y en su veracidad.

El TS no admite el motivo ya que considera que en el caso la información no puede prevalecer sobre el honor afirmando que (FJ 4): *“no cabe esa prevalencia, se mire por donde se mire, sin que quepa derivar de un posible “interés periodístico” de la noticia la imputación de hechos tan graves a la persona del actor, señalada “nominatim”, ni... se cumple con la mínima veracidad de que aquello fuese lo cierto y, menos aún, que esas fuentes de procedencia avalen cualquier impunidad en su divulgación...”*.

Las dos cuestiones centrales del debate sobre la vulneración del derecho al honor en el presente caso son ventiladas por el TS únicamente con las palabras que acabamos de ver. El TS no tiene en cuenta aquí que el interés periodístico era un verdadero interés general ya que se trata de una noticia de primera magnitud política: informaciones sobre investigaciones policiales en relación al asesinato de un diputado. Y, puede recordarse aquí que poco menos de dos meses después de la publicación de la noticia se produjo la detención de dos sospechosos y que unos días después se produjeron otras detenciones.

¹⁵ Según el balance de la lucha antiterrorista del Ministerio del Interior de 1996 (www.mir.es/oris/docus/balan96/textos/b96-p3.htm), meses después de la detención de V. Lasarte (25.3.1996), el 11.12.1996 fue detenida María A. Barrenechea a la que se acusó de formar parte de un grupo de soporte del comando Donosti de ETA y de haber proporcionado más de cien informaciones a la cúpula de ETA para planificar atentados, entre las cuales, el Ministerio del Interior cita expresamente el caso Olarte.

No obstante, no podemos dejar de tener en cuenta que Olarte no fue detenido. Pero esta realidad forma parte del debate sobre la veracidad de la noticia, que se ha de llevar a cabo en función de las fuentes informativas que el periódico hubiese utilizado en el momento de publicarla, es decir, de acuerdo con la doctrina constitucional consolidada según la cual información veraz es información contrastada desde el punto de vista de la profesionalidad informativa. Está claro pues que veracidad no significa que la noticia haya de ser absolutamente cierta sino que ha de ser cierta según los medios que el periódico actuando diligentemente pueda utilizar para contrastar la noticia.

En este sentido el TS no considera suficiente la cita en el cuerpo de la noticia del reportaje precedente del semanario *Interviú*, el cual, no obstante no había citado al demandante¹⁶, ni las diversas alusiones a “testigo”, “según testigo” o “según fuentes consultadas” y “según algunas fuentes”. Mas la noticia se refiere a un supuesto testigo presencial de la reunión (el mismo que citó *El País*) al que el TS no hace ningún tipo de referencia. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el TS juega aquí con ventaja: 12 años después de la noticia conoce perfectamente que Olarte no fue detenido y, por tanto, las posibles fuentes que cita el periódico no le sirven para justificar la diligencia utilizada por el periódico.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que el carácter de la noticia también podría hacer recomendable a los periodistas no revelar sus fuentes de información. Aunque también podemos considerar que si el periódico se arriesgó a publicar el nombre del demandante en el contexto en que lo hizo y posteriormente el demandante no es ni tan solo detenido parece perfectamente justificado que entonces tenga que responder por eso que publicó y que se constata posiblemente como falso y, en este sentido, la vulneración del derecho al honor del actor parece en este punto muy clara¹⁷. Mas la no detención de Olarte como sospechoso de participar en el asesinato tampoco desmiente en ningún momento las informaciones publicadas en cuanto a su supuesta participación en una reunión.

Además, en nuestro caso debería tenerse en cuenta que el periódico publicó justo tres días después de la noticia (*El Independiente*, 10.6.1990, pág. 15) una información según la cual la policía vasca desmentía la existencia de la susodicha reunión. Según el supuesto informe de la policía vasca que el periódico cita como tal se habría tratado en realidad de una partida de cartas que la policía habría interceptado debido a la presencia en la misma de Fernando Paesa, entonces investigado por su presunta relación con los GAL.

En cualquier caso la existencia de una rectificación o de la manifestación de dudas o de versiones contradictorias sobre un mismo hecho no es tomada en consideración por el TS¹⁸. Además de considerarla irrelevante posiblemente tiene incluso un efecto perverso: permite considerar todavía con

¹⁶ *Interviú* es el único medio de información citado expresamente por los recurrentes en casación. En su número 734 (1.6.1990) dedicó un reportaje al estado de las investigaciones sobre el atentado informando sobre la supuesta reunión preparatoria del atentado, que situó en la Unión Artesana de San Sebastián, pero únicamente citó expresamente el nombre de Fernando Paesa. Olarte, aunque el reportaje alude a la presencia en la reunión de un miembro o ex-miembro de los servicios de información de la Guardia Civil, no es identificado en ningún momento. *Interviú* había dedicado dos reportajes al asesinato de Muguruza en sus ediciones núms. 707, pág. 9 (27.11.1989) y núm. 708, pág. 23 (4.12.1989) y se ocupó también posteriormente de las detenciones de los sospechosos (núm. 744, 6.8.1990).

¹⁷ La atribución periodística de delitos a personas incluso detenidas que resulta ser falsa suele ser considerada por el TS como un supuesto claro de difamación; ver, entre otras, SSTS, 1ª, 26.7.1995 (Ar. 6596), 30.3.1998 (Ar. 3440), 25.9.1998 (Ar. 7069), 8.5.1999 (Ar. 2885) y 27.5.2000 (Ar. 3500).

¹⁸ Entre otras: SSTS, 1ª, 27.1.1988 (Ar. 551) y 17.2.2000 (Ar. 1159).

más motivo que la información fue efectivamente negligente, algo que nos llevaría a afirmar el mensaje desincentivador que la falta de efecto de las rectificaciones puede tener sobre los que las deben llevar a cabo.

La otra imputación de la noticia a Olarte que debe ser objeto de nuestra atención es la atribución de relaciones con actividades del GAL, que conjuntamente con la implicación en temas de contrabando habrían supuesto, años antes, la expulsión del demandante de la academia de la policía vasca. En este sentido debe volverse a tener en cuenta el contexto de la noticia ya que en un primer momento el atentado contra Muguruza fue atribuido al GAL o a sectores de ultraderecha. El crimen no fue finalmente atribuido al GAL pero sí a un policía nacional y a un miembro de la ultraderecha española durante el proceso contra los cuales el fiscal defendió su autoría por parte de una especie de secuela del GAL, los GANE¹⁹.

En este aspecto *El Independiente* dio referencia sin afirmarlo a que a Olarte se le habían atribuido relaciones con el GAL. La imputación, pese a ello, es grave y puede fundamentar también la existencia de difamación. Pero, el TS nuevamente no explica suficientemente el contexto de la misma noticia ya que no se trató de una imputación directa sino que podemos leer: “*Aunque nunca se haya podido implicar su nombre en la trama de los GAL, fuentes de la Erzaintza no dudan en relacionarle...*”.

En este mismo sentido debe tenerse en cuenta que en los últimos años el TS no ha sido demasiado generoso en los casos de imputaciones a particulares de ser miembros o de estar relacionados con organizaciones terroristas. Así, en casos relativamente similares en que se imputa negligentemente algún tipo de relación del demandante con actividades terroristas sólo encontramos una sentencia en la que el TS haya concedido una indemnización²⁰ y otro caso, que ha sido superado por la historia en la que el TS concedió indemnización por la difusión de un reportaje en la televisión vasca (ETB) en el año 1986 en el que un ex guardia civil implicaba al entonces comandante de la Guardia Civil Enrique Rodríguez Galindo con las actividades del GAL, cuando el mismo día el acusador se había retractado ante el juez de todas las acusaciones que había formulado²¹.

¹⁹ El fiscal Santos Alonso, destinado a la Audiencia Nacional para sustituir a la asesinada por ETA el 12.9.1989, Carmen Tagle, defendió durante el proceso la autoría del atentado por parte del GANE (Grupos Antiterroristas Nacionales Españoles). El Tribunal no lo consideró probado y absolvió a los acusados de pertenencia a banda armada. Entre otros, *El País* (1.8.1990) informó que en el momento de la detención de los sospechosos se encontraron en uno de los domicilios octavillas firmadas por los GANE, reivindicando un atentado anterior, grupúsculo calificado por el periódico como *terrorismo negro*.

²⁰ STS, 1ª, 4.7.1991 (Ar. 5324): *Cambio 16* publicó que dos ciudadanos (*Félix G.C. y José Luis A.M. R.*) eran etarras. Los dos aludidos reclaman contra la revista y obtienen una indemnización de 8 millones de pesetas. El TS considera que atribuir la condición de etarras a dos personas, sin ninguna clase de contrastación de la información, que no se han autocalificado nunca como tales y que nunca han sido declarados como tales por ningún Tribunal es una intromisión grave en su derecho al honor. El TS tiene en cuenta que la revista no presenta ninguna clase de prueba sobre la diligencia informativa aplicada. Por otra parte, se puede advertir una diferencia clara respecto del caso de Olarte: aquí la imputación es directa y única mientras que *El Independiente* relaciona de manera circunstancial a Olarte con el GAL.

²¹ La STS, 1ª, 13.7.1992 (Ar. 6286) concedió 8 millones de pesetas de indemnización (rebajando también la cuantía de audiencia que eran 12 millones al haber confirmado la instancia) aplicando un estándar de diligencia, como mínimo, discutible. ETB emite el reportaje en su informativo “*Teleberri*” del 14.10.1986 a las 14,30 h cuando ya tenía efectivamente conocimiento de la retractación puesto que una nota de EFE de la misma mañana ya había dado la razón de la misma. Pese a ello decidió emitirlo igualmente – aquello de lo que se había retractado el acusador también se puede entender como noticiable – y aquella misma tarde dio la noticia de la retractación y la repitió en la edición del día siguiente en el mismo informativo.

Rodríguez Galindo, que actualmente cumple una condena de más de 70 años, confirmada por el TS por el caso Lasas-Zabala (STS, 2ª, 20.7.2001, Ar. 4945) y ha sido expulsado de la Guardia Civil, ha litigado hasta cuatro veces más durante los últimos años reclamando indemnizaciones millonarias en tutela de su derecho al honor. Sólo ha tenido éxito en una ocasión más: en la demanda contra Pepe Rei por el libro *La red Galindo*²². En las otras tres ocasiones ha perdido el pleito. Precisamente dos de estas sentencias desestimatorias de las demandas de Galindo contra *Diario 16* y contra *Egin* son las únicas que aunque sean desestimatorias son citadas por el TS²³ en el caso que nos ocupa para afirmar la doctrina de la interpretación del texto publicado en su conjunto y para no aislar expresiones que en su significación individual puedan tener un significado diferente del que tienen dentro de la publicación.

En otros casos, todos más recientes que los que acabamos de citar, el TS no ha concedido ninguna indemnización. Aunque la prensa haya atribuido a los demandantes ser miembros de ETA o tener alguna relación con la misma el TS ha encontrado en todos los casos algún motivo que permite justificar los errores o entender suficientemente diligentes a los medios de comunicación que lo difunden y propagan.

Así, en el caso de la información publicada por el *Diario 16* sobre la presunta colaboración de cinco policías vascos con ETA²⁴; la publicada por *El Mundo* sobre el organigrama organizativo de ETA incluyendo al demandante en el aparato financiero²⁵; y dos casos de difusión de *fotografías equivocadas*: la del hermano de un terrorista de ETA que aparece en una campaña institucional del Ministerio del Interior, ampliamente difundida por todo el Estado en octubre de 1986, solicitando colaboración ciudadana para poderlo detener²⁶ y la de un particular que aparece en la TV y en la prensa escrita como si fuese la de uno de los 10 terroristas deportados a Cabo Verde desde Argel, en

²² STS, 1ª, 13.10.2000 (La Ley 33) concedió una indemnización de 5 millones de pesetas al demandante ya que el libro le atribuye la dirección de una red de narcotráfico, contrabando y prostitución, hecho que no está acreditado y que en el libro se fundamenta en datos, tampoco acreditados, del llamado *Informe Navajas*.

²³ SSTS, 1ª, 15.1.199 (La Ley 2222) y 18.4.2000 (La Ley 7588). Los dos periódicos fueron absueltos de las demandas presentadas a raíz de la publicación, entre noviembre de 1990 y marzo de 1991, de una serie de noticias relacionadas con el Informe Navajas y su paralización por parte del Fiscal General del Estado vinculándola al hecho de que se citaban a altos cargos de la Guardia Civil y dando también información sobre unas supuestas inversiones millonarias de Galindo en Bolsa. En la tercera y última ocasión la STS, 1ª S, 2.6.2000 (La Ley 8467) vuelve a desestimar su demanda, ahora sin entrar en el fondo del caso (la canción "Pobredumbre" que el grupo musical *Negu Gorriak* dedicó al demandante) sino estimando la excepción de litisconsorcio pasivo necesario.

²⁴ STS, 1ª, 12.3.1996 (Ar. 2176). El TS considera que *Diario 16* fue suficientemente diligente al publicar la noticia siguiendo una nota difundida por el Ministerio del Interior, aunque, como el mismo diario puso de relieve al rectificarla no era suficientemente veraz. Sobre este caso y el citado en la nota 27, puede verse Pablo SALVADOR y OTROS. *Honor, intimidación personal y familiar y derecho a la propia imagen en la jurisprudencia civil del Tribunal Supremo del bienio 1996-1997*. Revista del Poder Judicial núm. 53 (1999), págs. 483-485.

²⁵ La STS, 1ª, 26.7.2000 (Ar. 6198) aplica la doctrina del reportaje neutral en lo que se refiere al organigrama gráfico publicado por *El Mundo del País Vasco* (12.7.1993) y *El Mundo del Siglo XXI* (17.2.1993) ya que era exactamente lo mismo que había publicado anteriormente en ABC. Y, por otra parte, nos dice el TS, que sin olvidar el pasado sociológico del demandante, como ya había aparecido vinculado a ETA en 1987 en un artículo publicado en *El Correo Español-El Pueblo Vasco* y entonces no presentó ninguna reclamación, había asumido implícitamente su adscripción por parte de la prensa a ETA sin que después de unos años pueda prosperar su reclamación.

²⁶ STS, 1ª, 19.6.1993 (Ar. 4686): la fotografía del hermano de un miembro de ETA buscado por la policía fue incluida por error en la publicidad institucional que el Ministerio del Interior distribuyó, en octubre de 1986, entre otras a la prensa para facilitar la detención. La Audiencia otorgó una indemnización de 3 millones de pesetas pero el TS estima la incompetencia de la jurisdicción civil alegada por los demandados anulando de esta manera todo el proceso. Puede verse un comentario sobre este caso en Pablo SALVADOR, Marc-R. LLOVERAS y Joan C. SEUBA. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil núm. 34 (1994), págs. 19-38.

mayo de 1989, informando también de su historial terrorista²⁷. Más recientemente el TS ha inadmitido el recurso del diario GARA contra quien mientras era Ministro del Interior, Jaime Mayor Oreja, se refirió al periódico como “el periódico de ETA”²⁸. Y, en otros casos donde la vinculación de los demandantes con el terrorismo hecha por la prensa se puede entender como no tan directa, tampoco se ha otorgado indemnización²⁹.

• **D) La sorpresa final: un argumento procesal**

Llegados al punto en que el TS considera que efectivamente ha existido una vulneración del derecho al honor y que ha descartado que la muerte del actor deba tener alguna influencia en la resolución del caso, parece razonable esperar que, siguiendo sus propias palabras, case la cuantía fijada por la Audiencia y reponga la Sentencia de Primera Instancia que, en este sentido, puede considerarse limpia de impurezas ya que el demandante todavía no había sido asesinado y parece razonable al haber estimado la existencia de vulneración del derecho al honor y fijado una indemnización de 5 millones de pesetas.

Pero, entonces el TS hace un giro en redondo durante el cual purga la causalidad y acaba volviendo al mismo punto del que insistentemente nos ha dicho que se había ido: mantiene la cuantía recurrida que hasta hacía unos momentos había considerado viciada por la muerte del actor. Para hacerlo utiliza un argumento de tipo procesal que presenta serias dudas de legalidad y que no suele ser demasiado utilizado: la parte demandante al aceptar la cuantía fijada por la Audiencia no interpuso recurso de casación y ello impide que el TS pueda modificarla. Así, afirma que la cuantía fijada por la Audiencia (FJ 9): “*si bien... no puede apoyarse en la muerte del actor... sí, en cambio, sirvió para que por parte de la entonces demandante y apelante se quietara al aceptar la elevación indemnizatoria..., y por ello abstenerse de recurrir... en casación, lo que conduce, en definitiva, a que se considere que esa cuantía... ajustada*”.

• **E) La falta de motivación de la cuantía**

Y, sin solución de continuidad mantiene la cuantía sin motivarla. Esto realmente ya no es ninguna sorpresa puesto que es una práctica no poco frecuente en las sentencias del TS sobre el derecho de daños. El TS se limita a afirmar (FJ 9) que la cuantía fijada por la Audiencia le parece: “... *ajustada a la reparación del mal inferido por la consumación de los recurrentes del atentado contra el honor... constitutivo de difamación y desmerecimiento del interesado en la consideración ajena...*”.

²⁷STS, 1ª, 19.6.1993 (Ar. 6819): José Román Sagarzazu Echaide reclamó contra diversos medios de comunicación (TV y prensa escrita) ya que su fotografía, junto con su nombre, apareció como si se tratase de la de un miembro de ETA. La fotografía sirvió para juntamente con 5 más ilustrar la noticia sobre la deportación desde Argelia a Cabo Verde (en mayo de 1989) de 10 miembros de ETA, de los que además de la cita del nombre y apellidos se hacía referencia a los delitos que se les imputaban. El TS consideró entonces que el nombre y apellidos eran muy parecidos y que en todo caso el error lo había llevado a cabo la agencia EFE, no demandada.

²⁸ Auto de la 1ª, del TS de 15.11.2000 (Ar. 9582) que, de manera contradictoria con la doctrina sobre el tema, inadmite el recurso presentado por las empresas editoras del periódico GARA contra Jaime Mayor Oreja. Para el TS en este caso las palabras del Ministro son una simple opinión o juicio de valor que debe ser combatida dentro del diálogo político o a través del arma de la que disponen los recurrentes: su propio periódico.

²⁹ Por ejemplo, STS 1ª, 30.11.1995 (Ar. 8900): Bar Iruña de Valencia del que el periódico *Las Provincias* dice que la policía lo ha descubierto como punto de reunión de activistas de ETA.

No hay ninguna clase de motivación adicional de esta cuantía, la cual si realmente tenemos que atender sólo a la difamación destaca al ser la segunda más elevada que nunca se ha concedido o convalidado por parte del TS en un pleito por difamación³⁰, algo que ya podría justificar la necesidad de una motivación más pormenorizada, aún más si tenemos en cuenta tres elementos:

a) el TS no mantiene la cuantía de la primera instancia y, por tanto, tampoco se remite a la fundamentación que ésta hizo sino que por más que purgue la fundamentación de la Audiencia mantiene su misma conclusión;

b) las cuantías que el TS ha considerado ajustadas en otros pleitos por informaciones que pueden generar riesgo son absolutamente diferentes y en la única ocasión en que se ha concedido una indemnización en un pleito similar lo ha hecho casando la sentencia de Audiencia precisamente y únicamente para rebajar la cuantía de la indemnización que está muy alejada de la otorgada en nuestro caso. Es destacable, además, que se trata de casos sobre informaciones generadas por los mismos hechos iniciales que generaron informaciones de toda clase, sin que en ningún caso la indemnización haya llegado a estas cantidades.

Así, las informaciones sobre una posible coartada facilitada a Ynestrillas³¹, la vinculación hecha también por *El Independiente* a Ynestrillas y a su entorno³² y la implicación de otra persona que según *El Mundo* avisó a los autores materiales del asesinato desde el mismo restaurante donde se encontraban los diputados de HB³³.

³⁰ Siempre de acuerdo con la jurisprudencia que se ha podido contrastar los 25 millones sólo han sido superados por los 50 que el TS, casando la primera instancia y la Audiencia que habían desestimado totalmente la demanda, concedió a *Enrique Múgica Hergoz*, ex ministro socialista de Justicia y actual Defensor del Pueblo, en la STS, 1ª, 5.2.1998 (Ar. 405), a raíz de la publicación, el 9.5.1991, en el periódico *Claro* de una información que le implicaba en una trama corrupta relacionada con una concesión de lotería en Valencia y le atribuía una relación amorosa adúltera. El periódico presentó recurso de amparo ante el TC que está todavía pendiente de resolver, aunque por Auto 13/1999, de 25 de enero, el TC ha estimado parcialmente la suspensión de la ejecución de la sentencia del TS, pero únicamente por lo que se refiere a la condena a publicar su parte dispositiva pero no en aquello referente a la ejecución de la condena indemnizatoria.

³¹ STS, 1ª, 25.4.1997 (Ar. 3401) se ocupa de una información publicada por el *Diario 16*, 14.10.1990, relacionada con este caso: la presunta coartada que un ex colaborador de la policía y profesor de artes marciales suministró a Ynestrillas para poder negar su participación en el atentado contra Muguruza. El TS casó la sentencia de la Audiencia únicamente para rebajar la cuantía de la indemnización de 5 millones a 0,5. La información, a pesar de la existencia de una investigación policial, no estaba suficientemente contrastada y presentaba al demandante con ánimo difamatorio tal como se ha indicado en vez de presentarlo como propietario de un gimnasio donde se hacían cursos de artes marciales.

³² STS, 1ª, 15.12.2000 (Ar. 8174) por la cual el TS ratifica la sentencia de Primera Instancia (desestimatoria) casando la sentencia de Audiencia que había concedido 2 millones de ptas. a cada uno de los dos hermanos Ynestrillas que presentaron la demanda contra *El Independiente* por dos artículos publicados el 13.12.1989 titulados respectivamente "*Familiares de militares asesinados por ETA investigados por el atentado de Muguruza*" y "*Cachorros ultras con ánimo de venganza*". El contexto de la noticia, las propias afirmaciones de los demandantes a otros medios informativos y la diferenciación entre hechos y elementos valorativos no desmesurados llevan al TS a desestimar un pleito contra el mismo periódico que menos de un mes después recibirá la condena aquí comentada. Ynestrillas es hijo de un comandante de infantería del mismo nombre, que había sido condenado por el intento de golpe de Estado, previo al 23-F, conocido como "*Operación Galaxia*" y que fue asesinado por ETA el 17 de junio de 1986, juntamente con el teniente coronel Carlos Vestreiro Pérez y el soldado Francisco Casillas Martín. Su hijo, militante ultraderechista, había manifestado a la revista *Panorama*, tal como reprodujo toda la prensa que informó, el 31.7.1990, de su detención en relación con el asesinato de Muguruza, su deseo de vengar la muerte de su padre.

³³ Es el caso de la noticia aparecida en *El Mundo* (2.8.1990) que implicó según fuentes policiales a *Gonzalo Chércoles Martínez-Arteaga*, socio de Ynestrillas en un negocio privado, en la trama del atentado, afirmando que avisó a los

c) cuando se trata de protección *post mortem* las cuantías se suelen rebajar ya que el pleito adquiere connotaciones más bien simbólicas. Ya no se trata de reparar ningún mal sino de compensar un daño a alguien que ya no existe. Y, sin que eso signifique que nos separamos del terreno en que el pleito debe de moverse: no debe valorarse la incidencia de la publicación sobre la muerte del actor pero sí que hay que tener en cuenta que el actor efectivamente ha muerto y, por tanto, nos podemos plantear el sentido de indemnizar a alguien muerto como si estuviese vivo.

En definitiva en esta sentencia parece que el TS elude el tema de la causalidad entre la información publicada y la muerte ya que, por más que reiteradamente lo niegue, no puede deshacerse del peso del cadáver del demandante. Y, al mismo tiempo encuentra un agente propicio a quien imputar al menos una parte del daño generado por un tercero: *El Independiente*, un periódico madrileño demandado ante los tribunales de Madrid por una persona, Olarte, que nunca demandó a ningún otro medio de comunicación ni a algún otro periodista. Un periódico que cuando el TS confirma la sentencia ya no existe y, por tanto, la presión gremial por parte de los medios con discursos sobre el respeto a la libertad de información no habría de tener la misma intensidad que podría haber tenido.

Tal como afirmamos en Pablo SALVADOR y OTROS (1999): “ *el TS debería utilizar unos criterios de resolución más flexibles en la apreciación de las intromisiones para dar mayor protección a los actores ya que puede estar en juego algo más que su honor*”. El TS parece haber seguido en el presente caso una idea similar pero posiblemente ha ido demasiado lejos: la intromisión se afirma pero la indemnización es, de acuerdo con las circunstancias analizadas, del todo desproporcionada. Posiblemente por eso el TS, consciente de su propia contradicción, acaba la sentencia sin imponer costas “*en atención a la singularidad enjuiciada*”.

A menudo se afirma que los casos difíciles producen mal derecho (o no lo hacen bueno), pero es precisamente en este tipo de casos donde el ordenamiento jurídico se pone a prueba y debe dar muestras de ser completo y tener suficiente flexibilidad para estar a la altura de las circunstancias. No siempre es fácil como tampoco lo es mantener la objetividad necesaria para llevar a cabo un análisis exclusivamente jurídico de los hechos y del contexto en el que se debe mover el TS para resolver el pleito aquí comentado.

autores materiales del asesinato desde el mismo hotel donde se produjo ya que estaba allí para confirmar la presencia de los diputados de HB. La noticia aunque implica una participación directa del demandante en la comisión del asesinato no genera ninguna indemnización (STS, 1ª, 26.4.2001): el demandante fue detenido e ingresó en prisión donde estuvo varios meses. El TS aplica en este caso la doctrina *Sullivan*: la veracidad, que excluye la protección del honor, no ha de ser absoluta, la información debe ser veraz en esencia y puede por ello contener inexactitudes. El demandante que fue absuelto por la Audiencia Provincial había sido efectivamente detenido y, así pues, el TS considera que, en el momento en que se publicó, la noticia era esencialmente veraz.