

Voto particular del magistrado Juan Carlos Campo Moreno a la sentencia del RA 6890-2023

Con el máximo respeto a mis compañeros, me veo obligado a expresar mediante el presente voto particular mi disconformidad con la sentencia aprobada por la mayoría del Pleno. El objeto de mi discrepancia tiene una doble vertiente:

a) Coincido, en primer lugar, con la sentencia aprobada en que no nos encontramos - como ya sostenía solventemente la Sala de lo Civil del TS en la sentencia impugnada [1225/2023, de 13 de septiembre]- ante un supuesto de hecho que pueda catalogarse como *reportaje neutral*. Estimo, sin embargo, que la sentencia casacional sí incurrió en una vulneración del derecho a la libertad de información al condenar al medio recurrente (ABC) a pagar una indemnización (de 3.000 euros) al demandante del proceso civil.

El presente caso constituía, en este punto, una buena oportunidad para que este tribunal reflexionara sobre los deberes de diligencia exigibles a los medios de comunicación en el marco del actual mundo digital -en el que es evidente que los medios tradicionales tienen una posición competitiva débil y una capacidad de actuación propia más limitada-. Entiendo que, en ese contexto, la diligencia del periódico que recoge una noticia de agencia -siempre que dicha agencia cumpla unos mínimos estándares de profesionalidad y solvencia-, aunque debe ser ponderada en cada caso, no puede llegar hasta el punto de exigir la verificación de la noticia hasta el más mínimo detalle -incluida la imagen que aparece en un breve fragmento de vídeo-, salvo, obviamente, que el defecto informativo sea claro o manifiesto -no siendo ese el caso del asunto presente-.

A mi parecer, sí que hubo, en el supuesto que enjuiciamos, un quebrantamiento del deber de diligencia periodística, pero entiendo que esa infracción de la *lex artis* resultaba exclusivamente atribuible a la agencia autora de la noticia -que fue la que seleccionó negligentemente las imágenes de vídeo- sin que pueda extenderse, de forma automática, a todos y cada uno de los medios de comunicación que se hicieron eco de ella. Por tal razón, solo la referida agencia debería quedar sujeta, en el presente caso, al pago de la correspondiente responsabilidad civil por los daños ocasionados a la persona afectada. Dicho resumidamente: aunque no nos encontremos, en puridad, ante un reportaje neutral, el deber de diligencia que

asume la agencia que elabora la noticia y el del medio de comunicación que se limita a recogerla -sin asumir su autoría- no puede ser, en el actual contexto digital, el mismo.

b) Sin embargo, tal y como sostuve en la deliberación del pleno, el hecho de que el medio de comunicación demandante de amparo no fuera responsable del incumplimiento de los deberes de diligencia exigibles debió dar lugar, en mi opinión, a una sentencia solo parcialmente estimatoria, que preservase la tutela del derecho al honor del demandante del proceso civil en lo relativo a la acción -puramente objetiva- de reintegración de su derecho fundamental, con la consiguiente condena a eliminar las imágenes del afectado de la página web del diario ABC.

Frente a lo que puede deducirse de la doctrina clásica de este tribunal sobre el conflicto entre libertad de información y honor, la ponderación de la relación recíproca de estos dos derechos fundamentales no tiene por qué consistir siempre en un juego de todo o nada. Ponderar significa encontrar una solución que maximice la eficacia los dos derechos fundamentales en conflicto si esto resulta posible. Y eso es justo lo que pretende la redacción vigente de la LO 1/1982, de 5 de junio, al separar analíticamente los distintos remedios que están a disposición de quien sufre una intromisión en su honor. La víctima de una vulneración no tiene por qué sacrificarse de modo absoluto cuando hay un remedio a su alcance previsto por la propia ley que puede reparar la intromisión puramente objetiva en su reputación pública (en este caso, la eliminación de las imágenes de la página web).

Es justo reconocer que fue Fernando Pantaleón Prieto el primer autor en poner de manifiesto la diferente tutela que ha de recibir el derecho al honor a efectos de restitución o de indemnización. Como explicaba el ilustre civilista, si una persona, al salir de una cafetería, se lleva el abrigo de otro cliente porque es idéntico al suyo, no puede exigírsele responsabilidad civil alguna, pues no ha incumplido ningún deber de diligencia, pero sí se le puede obligar a restituir el abrigo a su legítimo propietario, pues este modo de reintegración del derecho de propiedad depende de un juicio puramente objetivo sobre la titularidad del bien.

Con el honor, decía Pantaleón, ocurre lo mismo: si un periodista publica una noticia que atribuye a alguien conductas pederastas y dicho profesional de la información ha sido completamente diligente al verificarla no se le puede condenar (ni al él ni al medio para el que trabaja) a indemnizar al afectado (canon de *veracidad subjetiva*, ligado a la idea de *culpa*). Sin

embargo, si pese a la diligencia desplegada, se demuestra inequívocamente la falsedad objetiva del hecho atribuido al afectado, este sí tiene derecho a una tutela estrictamente restitutoria o reintegradora, que consiste en la eliminación de la noticia (si todavía está publicada en Internet) o en la publicación en el medio de una rectificación con la misma publicidad que tuvo la noticia falsa.

En la actualidad, no estamos ya ante una (atinada) posición doctrinal sino ante una exigencia de la vigente Ley Orgánica de Protección del Honor. La Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo fue, en efecto, reformada por el legislador en el año 2010 [Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio] justamente para acoger la distinta operatividad de la acción de resarcimiento (dependiente de la veracidad subjetiva) y la acción de reintegración o restablecimiento del honor (en la que basta la acreditación de la falsedad de la información publicada para que deba ser corregida por el medio que la ha divulgado).

La doctrina de este Tribunal no ha tenido hasta ahora ocasión de pronunciarse sobre la incidencia de esta reforma legal en la tutela jurídica del derecho al honor, probablemente porque son pocos los casos en los que es posible acreditar la falsedad objetiva de la información, de suerte que todas las tutelas dependen, de facto, de la diligencia desplegada por los periodistas. Hay, sin embargo, casos excepcionales en los que la falsedad objetiva de la información queda claramente establecida, de modo que, aun cuando el medio desplegara la diligencia necesaria, se produce una intromisión en el derecho al honor que, conforme a la LO 1/1982, en su redacción vigente, tiene que ser reparada.

El asunto objeto del presente recurso de amparo es uno de esos casos excepcionales. Aplicar a este tipo de supuestos el canon de veracidad subjetiva, sin circunscribirlo a los pronunciamientos estrictamente relativos a la responsabilidad civil, supone dejar constitucionalmente indefenso a quien puede demostrar la falsedad de la información por mucho que el periodista haya sido diligente al publicarla.

En mi opinión, en el conflicto contemplado en el art. 20.4 CE resulta esencial que el individuo afectado por una noticia falsa -como la que le atribuye un crimen- pueda preservar su honor haciendo cesar la divulgación en la opinión pública de los hechos que son inequívocamente falsos. Que el informador haya sido diligente es, en cambio, relevante en el ámbito de la indemnización. Pero esa diligencia es (sustantivamente) inocua desde el punto de

vista de la reintegración (en sentido estricto) del derecho al honor, que ha de operar de un modo objetivo, pues en otro caso este derecho fundamental (límite expreso de las libertades comunicativas según el art 20.4 CE) se convertiría en papel mojado.

Una vez acreditada la diligencia del informador (y descartado todo deber de indemnización), siempre ha de ser posible la estimación de la acción reintegradora, conforme a la LOPH, si se demuestra que la información divulgada es, de modo inequívoco, falsa. Esto es realmente fundamental: la demostración de la veracidad subjetiva desde la óptica del profesional de la información no puede determinar, por sí sola, la desestimación de la acción reintegradora del derecho al honor. Al demandante le debe quedar siempre abierta la posibilidad de obtener la rectificación de la información difundida, por muy diligente que fuera el informador.

La operatividad del derecho al honor como límite constitucional de las libertades informativas exige, en definitiva, que el afectado tenga la posibilidad de reaccionar frente a informaciones objetivamente falsas, obteniendo, en un caso como este, la eliminación de las imágenes que le relacionan con un hecho delictivo. La acción que permite obtener el cese de la intromisión es, así, la más relevante en la esfera de conflicto de los arts. 18.1 CE y 20 CE. La doctrina del Tribunal Constitucional no ha tenido, sin embargo, la oportunidad, hasta este momento, de analizar esa faceta de la tutela del honor abierta con la reforma legislativa de la LOPH operada en el año 2010.

Entiendo, por ello, que el presente caso ofrecía a este tribunal una excelente oportunidad para pronunciarse, por primera vez, sobre las implicaciones constitucionales que tiene la diferente regulación, en la LOPH, de la reparación del derecho honor mediante la reintegración o restablecimiento puramente objetivo de este derecho fundamental, en los casos en que se demuestra la falsedad objetiva de la información publicada [art. 9.2, a) LOPH] y la reparación del derecho al honor consistente en la indemnización o resarcimiento de daños y perjuicios [art. 9.2, d) LOPH], que depende en cambio de un juicio subjetivo sobre la diligencia desplegada por el demandado.

En el presente supuesto, pese a que ABC no fue responsable del incumplimiento de los deberes de diligencia -únicamente achacable a la agencia de noticias-, y por tal razón no debió ser condenado a indemnizar, fue, en cambio, correctamente condenado por el Tribunal Supremo

a restituir el derecho al honor mediante la eliminación -en su página web- de las imágenes que, de modo manifiesto y objetivo, relacionaban indebidamente al demandante del proceso civil, aunque fuese implícitamente, con un hecho nada trivial, como es un asesinato en un centro penitenciario. La eliminación de esas imágenes de la página web de ABC era un remedio necesario para que cesara un gravamen en el honor de la persona afectada que esta no debe soportar. Un remedio que, a diferencia de la indemnización del daño, solo el referido medio de comunicación puede dispensar al ofendido.

Mi opinión es, en suma, que la sentencia aprobada por la mayoría debió analizar de modo distinto los diversos pronunciamientos recogidos en el fallo de la sentencia dictada por la Sala de lo Civil del TS: (i) de un lado, la condena a indemnizar con 3.000 euros los daños sufridos [punto 3º.ii) del fallo] y (ii) de otro, la condena a restituir el derecho al honor de la persona afectada mediante la eliminación, en la publicación de la noticia en Internet, de las “imágenes determinantes de la intromisión” [punto 3º. iii)]. Desde ese análisis diferenciado, la solución correcta del presente recurso de amparo habría sido, en definitiva, una estimación parcial: (i) anular el pronunciamiento de la sentencia del TS que condena al pago de una indemnización, en cuanto vulnera el derecho a la libertad de información pese a que no puede reprocharse al medio el incumplimiento de un deber de diligencia (canon de veracidad subjetiva); (ii) mantener la declaración (puramente objetiva) de la intromisión y la obligación puramente restitutoria o reintegradora del derecho consistente en la eliminación de las imágenes del vídeo de la *página web* que recoge la noticia.

Madrid, a diecisiete de marzo de dos mil veinticinco