



Trabajo Final de Graduación.

“La Función Preventiva del Derecho de Daños en la actividad de los Medios Masivos de Comunicación y la tensión con el Principio Constitucional de Prohibición de Censura Previa”.

Proyecto de Investigación Aplicada.

Universidad Siglo 21.

Zalazar, Analuz.

2016

AGRADECIMIENTOS

Este trabajo está dedicado a todos mis seres queridos que me acompañaron en este proceso, a mis padres, hermana, a mi abuela Charo, a mi tutor por ayudarme a concretar mi meta, a mis compañeros y a mis amigos con quienes atravesé mi etapa universitaria.

RESUMEN

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, consagra a la Función Preventiva de la responsabilidad civil como una de las funciones más novedosas, necesarias y convenientes para la época actual.

La misma propone prevenir el daño antes de que ocurra a través de la implementación de medidas preventivas. Ahora bien, cuando estas medidas son aplicadas a los medios masivos de comunicación social, en su accionar, al publicar o difundir informaciones falsas, erróneas o agraviantes, con el objetivo de evitar menoscabos en derechos de la personalidad como el honor, la intimidad, la imagen, la libertad, la identidad personal, entre otros, comienza a surgir una cuestión polémica porque puede llegar a producirse la tan famosa y temida por las sociedades liberales “Censura Previa”, la cual se encuentra expresamente vedada en nuestro ordenamiento jurídico.

En este conflicto de derechos han surgido diferentes posturas doctrinarias, están quienes defienden la libertad de expresión y la prohibición de censura previa a ultranza, quienes admiten que esta garantía ceda, de manera muy restringida, en función de la protección de ciertos derechos de la personalidad cuando se hayan visto gravemente vulnerados y quienes estiman que se debe tutelar especialmente los derechos de la dignidad del hombre ante las arbitrariedades y excesos de la prensa.

En el siguiente trabajo de investigación se analizará la Función Preventiva y la Prohibición de Censura Previa, las doctrinas disidentes y cuál sería la solución a la cuestión problemática.

ABSTRACT

The new Civil and Commercial Code of Argentina, devoted to the preventive role of civil responsibility as one of the most innovative, necessary and appropriate for the present time functions.

It aims to prevent damage before it occurs through the implementation of preventive measures. Now when these measures are applied to the mass media, in their actions, publishing or disseminating false, misleading or offensive information, in order to avoid impairments in personality rights such as honor, privacy, image, freedom, personal identity, among others, begins to emerge a controversial issue because it may occur that infamous and feared by liberal societies "Prior Censorship" which is expressly forbidden in our legal system.

In this conflict of rights have emerged different doctrinal positions, they are those who defend freedom of expression and the prohibition of prior censorship at any cost, who admit that this guarantee yield based on the protection of certain rights of personality when they have been severely violated and those who believe should especially protect the rights of the dignity of man before the abuses and excesses of the press. The following research of Preventive Function Prohibition and prior censorship be analyzed, dissident doctrines and what the solution to the problematic issue would be.

Palabras Clave

- Derecho de daños.
- Responsabilidad Civil.
- Función preventiva.
- Medidas preventivas.
- Censura previa.
- Libertad de expresión.
- Medios de comunicación.
- Código Civil y Comercial.
- Derechos personalísimos.
- Intimidad.
- Honor.
- Imagen.

Índice

RESUMEN	2
ABSTRACT	3
Palabras Clave	4
Capítulo 1.....	17
“Introducción al derecho de daños”.....	17
Introducción parcial del capítulo.	17
Introducción al Derecho de Daños.	17
La Responsabilidad Civil.....	18
Presupuestos del Derecho de Daños.	20
La Antijuricidad.	20
Eximentes de la antijuricidad. Las causas de justificación.	20
El factor de atribución.....	24
Factores subjetivos de atribución.	24
Eximentes de la responsabilidad subjetiva.	25
Factores objetivos de atribución.....	26
Eximentes de la responsabilidad objetiva.	27
La relación de causalidad.....	28
Causalidad y culpabilidad.	28
La Interrupción del nexo causal.	29

Hecho o Culpa de la Víctima.	29
Hecho de un tercero extraño por quien no deba responderse.....	30
El caso fortuito y la fuerza mayor.	30
El Daño. Generalidades.....	30
Requisitos del daño resarcible.....	31
El Daño Moral.	33
Conclusión parcial del capítulo.	35
Capítulo 2.....	36
Introducción parcial del capítulo.	36
Funciones del Derecho de Daños.	36
Función Resarcitoria del derecho de daños.....	36
Función Sancionatoria o Punitiva del derecho de daños.....	37
Función Preventiva del derecho de daños.....	39
La Función Preventiva en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.	40
Fundamentos doctrinarios que justifican la función preventiva de la responsabilidad civil.....	43
La Acción Preventiva.....	44
Requisitos de la acción preventiva.	45
Legitimados de la acción preventiva.	45

La sentencia que admite la acción preventiva.	46
Prevención y acción preventiva. Ideas generales.	47
Fallo Comentado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Roviralta, Huberto c/Primera Red Interactiva de Medios Argentinos SA y otros/daños y perjuicios".	50
Conclusión parcial del capítulo.	52
Capítulo 3.	54
Introducción parcial del Capítulo.	54
Libertad de Expresión y de Prensa en el ordenamiento jurídico argentino.	55
Fundamento e Importancia de la libertad expresiva.	57
La Libertad de Prensa.	59
La Libertad Informativa.	60
Conflicto entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos (honor, intimidad, imagen).	60
Definición del Principio de “Prohibición de Censura Previa”	64
¿Tiene carácter absoluto el derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa?	65
Prohibición de censura previa y responsabilidad civil ulterior.	66
Formas y maneras de producir censura a la prensa.	67
Distinción entre información, noticia, hechos, ideas y opiniones.	67
Conclusión Parcial del Capítulo.	70

Capítulo 4.....	71
Introducción Parcial del Capítulo.	71
Derechos Personalísimos afectados por el órgano de prensa.	72
Derecho a la Intimidad. Concepto.....	72
Intimidad y actividad de los medios masivos de comunicación.	75
Las figuras públicas y el derecho a la intimidad.	75
Análisis del Fallo “Ponzetti de Balbín, Indiana c. Editorial Atlántida S.A”. 76	
Derecho al Honor. Concepto.....	79
Atentados contra el honor. Calumnias e injurias cometidas a través de la prensa.	81
El caso “Campillay, Julio C. c. La Razón, Crónica y Diario Popular”.	83
El caso “Costa Héctor R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”.	85
Derecho a la imagen. Concepto.	86
Conclusión parcial del capítulo.	88
Capítulo 4.....	90
Introducción parcial del capítulo.	90
Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación.	90
La Antijuricidad.	90

El Factor de Atribución.....	91
Daños provenientes de informaciones inexactas o agraviantes.....	92
Doctrina de la responsabilidad subjetiva.....	92
Doctrina que funda la responsabilidad de los medios en la culpa, pero que admite hipótesis residuales de responsabilidad objetiva, por aplicación de la teoría del ejercicio abusivo de los derechos.	94
Daños provenientes de la expresión de ideas y opiniones.....	98
Descripción de la Doctrina de la Real Malicia. “Actual Malice”.....	100
Breve reseña histórica.	100
Doctrina de la Real Malicia.	102
Explicación de la Doctrina Campillay.....	105
La reparación del daño derivado de noticias o informaciones inexactas o agraviantes.	107
La publicación de la sentencia como modo de reparación.....	107
La publicación de la retractación del ofensor como modo de reparación.....	108
El Derecho Réplica, Rectificación o Respuesta. Nociones Básicas.	109
Conclusión parcial del capítulo.	112
Capítulo 5.....	113
Introducción Parcial del Capítulo.	113
La trascendencia de los daños a la persona.....	113

Las medidas preventivas judiciales. Presupuestos.....	115
Los Medios Masivos de Comunicación Social en la Actualidad.	117
Daños por Informaciones Inexactas o Agraviantes.	120
La prevención del daño y la actividad de los medios: la prohibición constitucional de censura previa.....	122
Doctrina que rechaza en forma absoluta todo tipo de medidas de prevención.	122
Doctrina que como regla general rechaza todo tipo de medidas preventivas, salvo las contempladas expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	123
Doctrina que admite de manera excepcional, con criterio más flexible, otras posibles medidas preventivas de carácter judicial.....	124
Lesión de derechos personalísimos (intimidad, honor, etcétera).....	129
La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la prevención del daño derivado de la actividad de los medios.....	131
El caso- fallo “Servini de Cubría”.....	131
Conclusión Parcial del Capítulo.	135
Conclusión final.....	136
Bibliografía.	142

INTRODUCCIÓN

El tema que abordaré a lo largo del desarrollo de mi trabajo de investigación será la tensión que se produce cuando convergen y/o confrontan dos variables, ambas de suma importancia, la función preventiva en el derecho de daños y la censura previa en el marco del ordenamiento jurídico argentino.

La función preventiva del derecho de daños tiene dos formas una de carácter general, que consiste en la amenaza efectiva de una consecuencia legal, frente a la producción de una conducta determinada; otra más específica, que sólo puede tener cabida dentro de un contexto más circunscripto de actividades riesgosas o peligrosas, por su frecuencia estadística o por la magnitud de dañosidad potencial que encierra que, como los personalísimos, hacen a la dignidad del hombre (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 462, t. 2).

El tema de la función preventiva del derecho de daños puede llegar a ser problemático, controversial o despertar cierta polémica doctrinaria, cuando dicha función es aplicada a la actividad de los medios masivos de comunicación, con la finalidad de evitar lesiones a derechos personalísimos como el honor, la intimidad, la libertad, la imagen, la identidad, entre otros, puesto que implementar medidas preventivas en la actividad de los medios puede traer aparejado el avasallamiento del principio constitucional de prohibición de censura previa, y de la libertad de expresión, aspectos consagrados en nuestra Constitución Nacional en los arts. 14 y 32; en el art. 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos; en el art. 19 del Pacto Internacional de

Derechos Civiles y Políticos; y en el art. 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; entre otros.

Según precedentes de la Corte Suprema, la censura previa implica la interrupción del proceso de comunicación, antes de que éste se haya desarrollado. En consecuencia, de este criterio no deberían calificarse como actos de censura previa las responsabilidades ulteriores que pudieran corresponder, aplicadas en consecuencia de lo efectivamente publicado (Gelli, 2013, p. 132-133).

La finalidad del presente trabajo es analizar los límites y la tensión existente entre la función preventiva del derecho de daños en los medios masivos de comunicación y la prohibición de censura previa. En los capítulos I; II; III; y IV, se desarrollarán los presupuestos de la responsabilidad civil, se explicará la figura de la Función Preventiva del Derecho de Daños y el lugar que se le ha dado en el nuevo Código Civil y Comercial; como así también la importancia del Principio Constitucional de Prohibición de Censura Previa y Libertad de Expresión. Se abordarán además, los Principios Constitucionales que pueden verse afectados por la prensa, derecho a la intimidad, al honor, a la imagen, y los fallos más sobresalientes referidos a la temática.

En el capítulo V, se tratará la Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación Social; los presupuestos de la responsabilidad, la antijuricidad, el factor de atribución, las distintas doctrinas que fundan la responsabilidad de la prensa y una breve reseña acerca de la Doctrina de la Real Malicia y la Doctrina Campillay.

Finalizando, en el capítulo VI con el análisis de la Prevención del daño derivado de la actividad de los medios de comunicación. Se investigarán, las distintas doctrinas referidas al tema, que están a favor, en contra o que plantean un punto de equilibrio entre medidas preventivas y censura previa, y, por otro lado, qué es lo que se ha manifestado en la jurisprudencia de la Corte Suprema al respecto.

Por último, en la conclusión se tratará de dilucidar si la aplicación de medidas preventivas para la no concreción de daños quebranta la garantía constitucional que veda la censura previa en forma absoluta o si es factible su aplicación para determinados casos y en determinadas circunstancias, reconociendo en el Principio de Prohibición de Censura Previa ciertas excepciones.

Justificación y relevancia de la temática elegida

En la actualidad los medios masivos de comunicación social están en auge, aumentando, en los últimos tiempos, la cantidad de programas televisivos y radiales, de diarios y revistas, que tratan diversidad de temas, fundamentalmente problemáticas sociales y políticas.

Por un lado, este hecho se condice con el derecho a la libertad de expresión y el derecho a recibir información, reconocidos constitucionalmente y que constituyen el pilar básico toda sociedad liberal, democrática y republicana como lo es la Nación Argentina. Por otro lado, no puede dejar de reconocerse el poder que detentan los medios de prensa en la conformación general de la opinión pública de los ciudadanos y cómo, a veces, éstos, responden a intereses propios; de ciertos grupos; o inclusive a intereses

económicos, lo que conduce a distorsionar la información o inclinar la opinión pública en un sentido particular.

Con el objetivo de mantener expectante a la audiencia se exteriorizan informaciones que no siempre son debidamente confirmadas o corroboradas o que son directamente falsas, difamatorias o completamente privadas atentando arbitrariamente contra la intimidad, el honor, la identidad personal o la imagen del protagonista de la noticia.

Basándose en la bandera de la libertad de expresión que todo lo justifica, en una gran cantidad de casos, los medios masivos de comunicación traspasan la barrera de respeto a los derechos básicos de la persona.

El tema se torna complejo e interesante para el lector y a los fines de esta investigación, cuando hablamos de la función preventiva del derecho de daños en la actividad de los medios, ya que mediante esta función se pueden implementar medidas preventivas con la finalidad de evitar lesiones a los derechos personalísimos descriptos supra que pueden llegar a vulnerarse al publicar informaciones inexactas o altamente agraviantes sobre ciudadanos comunes o sobre funcionarios o figuras públicas.

A pesar de ello, esta función preventiva a simple vista, se contrapone con el principio constitucional que prohíbe la censura previa cuando se trate de expresar ideas por la prensa (artículo 14 de la Constitución Nacional). “La censura previa comprende no sólo aquellas medidas destinadas a controlar o autorizar una publicación o restringir o limitar su circulación sino también a todas las medidas que restringen arbitrariamente las libertades de prensa” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 669, t. 5).

Para numerosos sectores de nuestra doctrina y jurisprudencia, la protección constitucional del derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa resultaría absoluta y no cabría ningún tipo de excepción, solo se respondería por responsabilidades ulteriores. Para otros, en cambio, no es un derecho absoluto y puede no aplicarse cuando colisione con los demás derechos fundamentales, siempre considerando las situaciones especiales de cada caso.

Objetivo General.

Analizar los límites y la tensión existente entre la función preventiva del derecho de daños en los medios masivos de comunicación y la prohibición de censura previa.

Objetivos Específicos.

- Explicar la figura de la función preventiva del derecho de daños en el ordenamiento jurídico argentino y el lugar que se le ha dado en el nuevo Código Civil y Comercial.
- Explicar el instituto de la censura previa y el de la libertad de expresión en la Constitución Nacional.
- Determinar la responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación social.
- Analizar la lesión a los derechos personalísimos causada por informaciones agraviantes vertidas por medios masivos de comunicación: Derecho a la Intimidad, Derecho al Honor, Derecho a la Imagen.

- Diferenciar las noticias o informaciones de las opiniones o modos de pensar subjetivos y cuál es la responsabilidad en cada caso.
- Comparar las distintas doctrinas que están a favor excepcionalmente, en contra, o que buscan un equilibrio entre función preventiva y prohibición de censura previa.
- Especificar las excepciones a la prohibición de censura previa.
- Describir las posturas adoptadas por la jurisprudencia en los fallos más trascendentales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre la materia.
- Determinar si la función preventiva atenta en gran medida contra la prohibición de censura previa o es necesaria a los fines de proteger los derechos personalísimos.

Capítulo 1

“Introducción al derecho de daños”.

1. Introducción parcial del capítulo.

A lo largo de este primer capítulo se abordará el tema del derecho de daños, para luego continuar con la importante cuestión de la responsabilidad civil, sus presupuestos: antijuricidad; nexo de causalidad; factor de atribución; daños (generalidades) y demás aspectos atinentes a la temática.

La finalidad de este capítulo será brindar al lector un completo y acabado panorama acerca de estos tópicos de base que le permitirán entender, más adelante, como se relacionan con el tema principal de esta investigación, que es la “La Función Preventiva aplicada a la actividad de los medios de comunicación en la difusión de informaciones y noticias agraviantes, inexactas y/o difamatorias y la tensión que ello produce con el Principio que veda la Censura Previa”.

2. Introducción al Derecho de Daños.

“El interés y el avance del Derecho de Daños están ligados a la naturaleza frágil y vulnerable del ser humano, dentro de un contexto de intensificación de los riesgos hasta límites antes inimaginables” (Zavala de González, 1999, p. 31, t. 4).

La asignatura “Derecho de Daños” está comprendida dentro de la rama del “Derecho Privado”. Se divide en una parte general que nos introduce a la materia Derecho de Daños, su concepto, evolución histórica, sus principios y funciones, los presupuestos de

la responsabilidad civil, y la parte general de la responsabilidad civil. Por otro lado, la parte especial de la materia se dedica al estudio de las responsabilidades en particular, como la responsabilidad de la persona jurídica; de los profesionales; de los medios de comunicación; etc. (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La doctrina suele utilizar la expresión “derecho de daños”, a veces como sinónimo de “responsabilidad civil”, la cual es entendida como “la obligación de reparar todo daño injustamente causado (o sufrido) con motivo de la violación al deber general de no dañar o de un incumplimiento contractual”. En otras oportunidades, en cambio, se le otorga un sentido más amplio, comprensivo de las cuestiones atinentes a la prevención del daño. Por nuestra parte, bajo el término “derecho de daños” se engloban todas las cuestiones vinculadas con la prevención, la reparación del daño, la punición y el pleno desmantelamiento del ilícito dañoso (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 461-462, t. 2).

La sociedad moderna está plagada de peligros, por el progreso tecnológico, por la delincuencia ciudadana, por una agresividad generalizada, entre otros factores. Los problemas se han tornado más riesgosos, hay daños más graves que en otros tiempos, dañadores más poderosos y víctimas más desprotegidas (Zavala de González, 1999).

2.1 La Responsabilidad Civil.

Desde tiempos muy antiguos el hombre ya reaccionaba ante la producción de daños que repercutían sobre su persona o sus bienes (Pizarro y Vallespinos, 2012).

En el Derecho de Daños, la responsabilidad es la reacción jurídica contra un perjuicio injusto. Responder implica asumir las consecuencias nocivas injustas que sufren o que pueden sufrir otras personas, con motivo de una actividad que actual o potencialmente puede lesionar sus intereses. Responde el sujeto sobre quien recae la

obligación de prevenir o de resarcir esas consecuencias y que debe suministrar alguna respuesta jurídica con motivo del peligro o del daño ajeno (Zavala de González, 1999).

De lo dicho resulta que la responsabilidad civil importa siempre un deber de dar cuenta a otro del daño que se le ha causado, ya se trate de dar cuenta de sus actos cuando ellos se traducen en un daño material, o susceptible de valor económico; o bien cuando abarque el ámbito de la moral (Bustamante Alsina, 1997).

El origen etimológico de la palabra “responsabilidad” proviene de las fórmulas sacramentales de la *stipulatio* romana, donde el cambio verbal más frecuente, “*spondette-spondio*”, valía para hacer surgir la obligación del interpelado, que respondía a la causa. El sponsor era un deudor, siendo su figura vinculada con el “*responsor*”, es decir, con la garantía que alguien asumía por la deuda de otro. La palabra “responder” importa, de tal modo, “la idea de constituirse en garante en el curso de los acontecimientos por venir”. Sin embargo, la palabra “responsabilidad” ha tenido su primera aplicación a fines del siglo XVIII y su verdadera evolución comienza en el siglo XX (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 448-449, t. 2).

Para Pizarro y Vallespinos (2012), “Responsabilidad Civil es “la obligación de resarcir todo daño injustamente causado a otro”, por lo tanto, es necesario que exista un daño causado a otro. “No hay responsabilidad civil sin daño”, y este debe ser “injusto”” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 449, t. 2), lo cual no significa que deba provenir de un acto ilícito necesariamente, aunque esto sea lo común, también hay responsabilidad por conductas lícitas. El carácter de injusto del daño es lo que determina que no sea la víctima quien deba soportarlo; y que justifica la pretensión resarcitoria contra el responsable.

2.2 Presupuestos del Derecho de Daños.

“Son presupuestos de la responsabilidad por daños los elementos que integran el supuesto fáctico condicionante de consecuencias jurídicas con motivo de la producción de perjuicios” (Zavala de González, 1999, p. 75, t. 4).

2.2.1 La Antijuricidad.

“Una acción es antijurídica (ilícita) cuando resulta contraria al ordenamiento jurídico integralmente considerado” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 480, t. 2).

Antijuricidad formal: Cuando la acción contraría una prohibición jurídica de hacer u omitir formalmente dispuesta por la ley.

Antijuricidad material: La conducta materialmente antijurídica es tal por cuanto tiene una determinada manera de ser que la vuelve contraria a derecho, aun cuando no pueda ser alcanzada formalmente por el sistema de prohibiciones que contempla el orden normativo (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 481-482, t. 2).

Zavala de González (1999), discrepa con que la antijuricidad sea un presupuesto general de la responsabilidad por daños, argumentando que el requisito de la antijuricidad no es constante, sino que funciona sólo en algunos supuestos de responsabilidad.

2.2.1.1 Eximentes de la antijuricidad. Las causas de justificación.

Las Causas de Justificación son situaciones de hecho y de derecho, cuyo efecto es excluir la antijuricidad de un hecho antijurídico, y pueden actuar como eximentes de

responsabilidad, o justificar una reparación de equidad, no plena o integral (Pizarro y Vallespinos, 2012; Lascano, 2005).

Se trata de razones excepcionales que legitiman el acto, ponen de relieve que, a pesar del mal inferido por el agente, su conducta es justa y que el ordenamiento jurídico la autoriza y aprueba (Zavala de González, 1999).

Las causas de justificación difieren de las causas de inimputabilidad. En tanto aquellas (las causas de justificación) obstan la antijuricidad de la conducta, en cambio, las causas de inimputabilidad, sin provocar tal efecto, excluyen la culpabilidad del agente, sea porque el sujeto obra sin discernimiento o con error excusable (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Las causas de justificación son:

- Ejercicio regular de un derecho: expresado en el art. 1718 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considera tal al que contraría los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres” (Pizarro y Vallespinos, 2012; Código Civil y Comercial de la Nación, 2015).

Si el titular de un derecho lo ejerce regularmente dentro de las pautas que señala la ley, y sin contrariar los fines y límites señalados en la norma, y, a causa de ello, provoca a otro un perjuicio, no existe deber alguno de repararlo. El daño está justificado y no hay responsabilidad para quien lo causó. Si, por el contrario, el derecho se ejerce

dentro de sus límites formales, pero contrariando los fines que justifican su reconocimiento o excediendo los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres, se comete un acto abusivo ejerciéndose antifuncionalmente el derecho y, por ello, el daño que se causa es ilícito y su autor debe responder por el mismo (Bustamante Alsina, 1997).

Desde luego, las causas de justificación sólo legitiman el acto si no media abuso o exceso. Existe abuso si, bajo el pretexto de una de ellas, se infiere un daño innecesario. Por ejemplo, si los órganos de comunicación informan sobre asuntos de interés general, pero sin precauciones para evitar perjuicios (como si se difunde la identidad de menores que han sido víctimas de delitos sexuales) (Zavala de González, 1999).

- Estado de Necesidad: El Estado de Necesidad se encuentra expresado en el art.34, inc. 3º del Código Penal y en el art. 1718 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, justifica la conducta de aquel que “causare un mal para evitar otro mal mayor inminente a que ha sido extraño”. La prohibición general de no causar daño a otro cedería de manera excepcional en los casos de daños causados en estado de necesidad. El hecho se halla justificado únicamente si el mal que se evita es mayor que el que se causa. En este caso, el damnificado tiene derecho a ser indemnizado en la medida en que el juez lo considere equitativo (Pizarro y Vallespinos, 2012; Código Civil y Comercial de la Nación, 2015; Lascano, 2005).

La acción necesaria no tiene por móvil inferir agravio, ni éste se realiza por culpa o imprudencia, sino en razón de una causa extraña a su autor, cerrándole todo camino para salvar su persona o bienes o los de un tercero; por ello, no puede ser

considerado un acto ilícito sino el ejercicio de una facultad legítima sometida a ciertas condiciones necesarias (Bustamante Alsina, 1997, p. 161-162).

- Legítima Defensa: aparece en el Código Penal art. 34, inc. 6° y en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1718. Es la reacción necesaria contra una agresión injusta, actual y no provocada. Para que se configure requiere que medie una agresión ilegítima que recaiga sobre los bienes o sobre la persona de quien se defiende o de un tercero, el ataque debe ser actual no potencial, además debe haber razonabilidad en el medio utilizado para impedir o rechazar la agresión, y es necesario que no haya mediado provocación por parte de quien se defiende (Pizarro y Vallespinos, 2012; Código Civil y Comercial de la Nación, 2015; Lascano, 2005; Código Penal, 2005).

Esta noción, aunque es vecina del estado de necesidad, difiere de éste en que el que se defiende causa daño a quien lo ataca, y en cambio el que actúa en estado de necesidad produce un perjuicio a una persona ajena al hecho (Bustamante Alsina, 1997).

- Consentimiento del damnificado: El consentimiento del propio damnificado puede, en ciertos casos, actuar como causa de justificación, y determinar la no resarcibilidad del daño causado. El art. 1720 del Código Civil y Comercial de la República Argentina, establece: “Sin perjuicio de disposiciones especiales, el consentimiento libre e informado del damnificado, en la medida en que no constituya una cláusula abusiva, libera de la responsabilidad por los daños derivados de la lesión de bienes disponibles” (Pizarro y Vallespinos, 2012; Código Civil y Comercial de la Nación, 2015).

Se trata en general de la aceptación de los riesgos. Se alude a un consentimiento tácito que la víctima prestaría en todos aquellos casos en que, con pleno conocimiento, asume el riesgo de sufrir un daño. Ello tendría el valor de una convención con la otra persona, por la cual aquélla renuncia por anticipado a reclamar eventualmente una indemnización (Bustamante Alsina, 1997).

2.2.2 El factor de atribución.

“El Factor de atribución constituye el “elemento axiológico o valorativo”, en virtud del cual el ordenamiento jurídico dispone la imputación de las consecuencias dañosas del incumplimiento obligacional o de un hecho ilícito stricto sensu a una determinada persona” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 575, t. 2).

Los factores de atribución pueden clasificarse en subjetivos y objetivos. Los factores de atribución subjetivos son el “dolo” y la “culpa”. Los factores de atribución objetivos más importantes son “el riesgo creado”, “la garantía”, “el deber calificado de seguridad y la equidad”. Algunos autores han mencionado también “el abuso del derecho”, “las relaciones de vecindad”, y “la solidaridad social” (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.2.1 Factores subjetivos de atribución.

Los factores subjetivos de atribución son el dolo y la culpa. Ambos suponen que el agente sea el autor material del ilícito extracontractual o del incumplimiento obligacional. De allí, la necesidad de determinar previamente si el agente ha actuado con intención, discernimiento y libertad. Carecen de discernimiento y por lo tanto no pueden ser pasivos de reproche subjetivo, los menores de diez en actos ilícitos y los menores de

catorce años en actos lícitos; las personas afectadas de una enfermedad mental o quienes pierden accidentalmente la razón. El error o la ignorancia excusable de hecho que recaen sobre el hecho principal que constituye el acto ilícito y el error provocado (dolo), impiden que se configure la intención del agente y obstan, también, la imputabilidad de primer grado (Pizarro y Vallespinos, 2012).

El factor subjetivo de atribución o culpabilidad, presupone que el agente haya querido ejecutar el hecho perjudicial (dolo) o bien, que, sin quererlo, lo haya ejecutado por descuido, imprudencia, impericia o incumplimiento de deberes específicos (culpa). Así, la culpabilidad es una noción genérica, que abarca tanto el dolo como la culpa (Zavala de González, 1999).

2.2.2.1.1 Eximentes de la responsabilidad subjetiva.

Debe admitirse como eximentes:

- a) Las causas de inculpabilidad debidamente invocadas y probadas: Error de hecho esencial y excusable, dolo, violencia o intimidación. “Cuando esto sucede, el acto deviene sin intención y libertad respectivamente, desvaneciéndose el presupuesto de la voluntariedad sobre el que se asienta el juicio de culpabilidad” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 626, t. 2).
- b) “La prueba de un obrar diligente, esto es, apropiado al objeto de la obligación en función de las circunstancias de persona, tiempo y lugar” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 626, t. 2).

En un sistema de responsabilidad subjetiva, el sindicado como responsable se libera probando ausencia de culpa (o su no culpa). En cambio, en un contexto de

responsabilidad objetiva no basta probar que no hubo culpa se debe quebrar la presunción de causalidad que juega en su contra probando la ruptura del nexo causal (caso fortuito, hecho de un tercero extraño, o de la propia víctima) (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.2.2 Factores objetivos de atribución.

Los factores objetivos de atribución se caracterizan por fundar la atribución del incumplimiento obligacional y la responsabilidad que de él deriva, o la responsabilidad que emerge de hechos ilícitos stricto sensu, en parámetros objetivos de imputación; con total abstracción de la idea de culpabilidad (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 626, t. 2).

Los principales factores objetivos de atribución son:

- El Riesgo Creado: supone la introducción en la comunidad de alguna situación (uso de cosas o despliegue de actividades) que potencia o multiplica la posibilidad de que resulten perjuicios; o sea, agrava el peligro de dañar (Zavala de González, 1999).
- El Factor de Garantía: La garantía como factor de atribución implica la seguridad que alguien brinda a terceros de que, si se produce un daño en determinadas circunstancias, afrontará su resarcimiento (Zavala de González, 1999).
- La Equidad: La equidad se percibe como una justicia humanizada. Se presenta en nuestro derecho como un nuevo factor de atribución de responsabilidad de carácter objetivo, en materia de daño involuntario, o sea, aquel causado por quien obra sin discernimiento, intención o libertad (Zavala de Gonzáles, 1999; Pizarro y Vallespinos, 2012).

- La Seguridad: También se hace referencia a una suerte de “deber calificado de seguridad” o de “tutela especial del crédito” como factor de atribución idóneo para justificar la responsabilidad objetiva en las obligaciones de resultado (Pizarro y Vallespinos, 2012).

El ámbito de los factores objetivos de atribución se caracteriza por su “marcado pragmatismo”. De allí, que constituyan un “catálogo abierto”, que admite nuevas incorporaciones, en la medida en que así lo requieran las necesidades sociales (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Cierta doctrina, menciona también al “abuso del derecho”, y al “exceso en la normal tolerancia entre vecinos” como factores de atribución objetivos. Sin embargo, para Pizarro y Vallespinos (2012), el abuso del derecho no constituye un factor autónomo de atribución, sino una modalidad de antijuricidad.

Para el supuesto factor objetivo de atribución “exceso en la normal tolerancia entre vecinos”, según las circunstancias del caso, los jueces pueden disponer la indemnización de los daños o la cesación de tales molestias (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.2.2.1 Eximentes de la responsabilidad objetiva.

En el campo de las responsabilidades objetivas, la víctima no tiene que demostrar la culpa del responsable para ser indemnizada, le basta con probar que el daño provino, por ejemplo, de la actividad de una cosa riesgosa o viciosa, para que opere la presunción de responsabilidad sobre el dueño y el guardián. Dicha presunción se puede desvirtuar mediante la prueba de la ruptura del nexo causal entre el factor objetivo de atribución y el

daño (hecho de la víctima, hecho de un tercero extraño, o caso fortuito) (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.3 La relación de causalidad.

“Es la necesaria conexión fáctica que debe existir entre la acción humana y el resultado dañoso producido” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 94, t. 3).

Es el vínculo externo que permite atribuir un resultado a un hecho que es su origen (Zavala de González, 1999).

La relación de causalidad es el nexo que vincula materialmente y de manera directa, al incumplimiento obligacional o al acto ilícito, con el daño, y en forma indirecta, a éste con el factor de atribución. La relación de causalidad nos permite determinar si un resultado dañoso puede ser atribuido materialmente a una persona (Pizarro y Vallespinos, 2012).

No deben ser confundidas la causa, la condición y la ocasión. La condición es una circunstancia anterior a la producción del resultado. Se trata de un simple antecedente del resultado dañoso. La causa es la condición relevante para la producción del daño y la ocasión es una condición que contribuye a la producción del resultado, intensificando la potencialidad dañosa de la causa generadora del daño, es decir que la causa es la condición específica para la producción de resultados (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.3.1 Causalidad y culpabilidad.

Tanto la culpabilidad como la causalidad, se asientan sobre un juicio de previsibilidad; sin embargo, la diferencia es que en la culpabilidad se realiza un juicio en concreto, desde el punto de vista interior del agente, teniendo en cuenta las circunstancias

de persona, tiempo y lugar; en cambio en la causalidad se realiza un análisis en abstracto, teniendo en cuenta lo que regularmente sucede (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La causalidad permite determinar cuál es la conducta que desencadena en el resultado dañoso, se basa en un juicio fáctico; en cambio, la culpabilidad, determina si puede formularse un juicio de reproche en la conducta del agente, se trata de un juicio valorativo (Pizarro y Vallespinos, 2015).

2.2.3.2 La Interrupción del nexo causal.

La relación de causalidad puede verse alcanzada por factores extraños que supriman o mengüen sus efectos; configurándose una interrupción del nexo de causalidad, que repercutirá directamente sobre la responsabilidad civil, suprimiendo o disminuyendo la misma respectivamente (Pizarro y Vallespinos, 2012).

El tema es de fundamental importancia en las situaciones de responsabilidad objetiva, en las que el sindicado como responsable para eximirse de responsabilidad debe acreditar la ruptura del nexo causal, demostrando la causa ajena (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Las eximentes de la relación de causalidad son: el hecho o culpa de la víctima, el hecho o culpa de un tercero extraño por quien no deba responderse, y el caso fortuito o fuerza mayor.

2.2.3.2.1 Hecho o Culpa de la Víctima.

Receptado en el art. 1729 del Código Civil y Comercial; “La responsabilidad puede ser excluida o limitada por la incidencia del hecho del damnificado en la

producción del daño, excepto que la ley o el contrato dispongan que debe tratarse de su culpa, de su dolo, o de cualquier otra circunstancia especial”.

2.2.3.2.2 Hecho de un tercero extraño por quien no deba responderse.

Tercero es toda persona distinta de la víctima, y del presunto responsable; para que esta eximente funcione, se requiere que se trate de un tercero, por quien éste último no deba responder (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.3.2.3 El caso fortuito y la fuerza mayor.

Para poder funcionar como eximente de la relación de causalidad es necesario que el hecho reúna los requisitos de ser objetivamente imprevisible; inevitable; actual; ajeno a la esfera de actuación del presunto responsable; y en el ámbito de responsabilidad contractual se requiere además que sea sobrevenido al nacimiento de la obligación; y que constituya un impedimento material o jurídico insuperable (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Siempre que tratemos de analizar si una persona resulta responsable civilmente o no, el orden en el que deben ser ponderados los distintos presupuestos es, en primer lugar, el resultado dañoso, a partir de cuya existencia se buscará determinar la relación causal existente entre el hecho dañoso y ese resultado; una vez determinada dicha relación podrá determinarse si ha mediado o no antijuricidad, y que factor de atribución.

2.3 El Daño. Generalidades.

El Concepto de daño según el art. 1737 (Código Civil y Comercial de la Nación), es: “Hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva”.

En sentido vulgar, el daño significa la destrucción o menoscabo de un bien por cualquier motivo, así sea por la acción del propio titular o por caso fortuito. Para el derecho, el daño interesa cuando atenta contra intereses ajenos. El daño a otro constituye el elemento básico e indispensable de la responsabilidad resarcitoria o preventiva que estudiamos (Zavala de Gonzáles, 1999).

Para Bustamante Alsina (1997), significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor, o a las afecciones legítimas (daño moral).

2.3.1 Requisitos del daño resarcible.

No todo daño, sea patrimonial o moral es resarcible. Suele distinguirse por lo tanto entre “daño de hecho” (daño no resarcible) y “daño jurídico” (daño resarcible), ambos tienen existencia en el mundo de los hechos, pero sólo el daño jurídico produce consecuencias resarcitorias (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Ahora bien, para que se configure un daño resarcitorio se deben dar los siguientes requisitos:

- I. El daño debe ser cierto: el daño es cierto cuando cualitativamente resulta constatable su existencia, aun cuando no pueda determinarse su cuantía con exactitud.

Cuando el daño es actual, es decir ya producido al momento de dictarse sentencia, la valoración acerca de su existencia y cuantía se realizan con mayor certeza. En cambio, cuando hablamos de daño futuro siempre existe un grado de aleatoriedad,

mayor o menor según los casos, lo que no quiere decir que sea incompatible con la idea de certidumbre, debido a que siempre que la consecuencia dañosa futura se presente con un grado de probabilidad objetiva suficiente y no como una simple posibilidad contingente, el daño futuro será cierto (Pizarro y Vallespinos, 2012).

- II. El daño debe ser personal: Esto quiere decir, que sólo la persona que sufre el daño patrimonial o moral, de forma directa o indirecta, puede reclamar su resarcimiento. Únicamente la persona que experimenta un menoscabo a raíz de la lesión de un interés propio puede reclamar la pertinente reparación. El daño personal es directo cuando el titular del interés afectado es la víctima del ilícito, y es indirecto cuando el perjuicio invocado por el demandante deriva de una lesión a bienes patrimoniales o extrapatrimoniales de terceros, por ejemplo, en el supuesto de homicidio, donde tanto viuda e hijos del muerto, son damnificados indirectos y pueden reclamar la reparación del perjuicio material y moral.

Es importante destacar que en principio la acción resarcitoria no podría ser transmitida a terceros por acto entre vivos, ni pasada a los herederos, salvo que la víctima hubiese deducido la acción en vida. Tampoco podría ser ejercitada por los acreedores del damnificado por vía subrogatoria u oblicua (Pizarro y Vallespinos, 2012).

- III. Debe derivar de la lesión a un interés patrimonial o extrapatrimonial no ilegítimo del damnificado. El tema ha dado lugar a opiniones encontradas: Cierta sector de la doctrina exige como presupuesto del daño resarcible que medie una lesión a un interés jurídicamente protegido o a un derecho subjetivo, el fundamento es la

necesidad de evitar la excesiva proliferación de damnificados a raíz del acto dañoso. “Si todos ellos pudiesen reclamar reparación, se arribaría a un resultado insostenible para el responsable, contrario al sentido común y a los más elementales principios del derecho y de la economía” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 657, t. 2). Otro sector con ideas más flexibles, sostiene que es suficiente con una lesión a un interés patrimonial o espiritual, no reprobado por el derecho, esto es, un simple interés de hecho no ilegítimo, el ejemplo brindado por Pizarro y Vallespinos sería el de un menor huérfano del cual se hace cargo un pariente que no está obligado a prestarle alimentos, por un hecho ilícito el pariente muere y como consecuencia de ello el menor pierde el único sustento que tenía. Desde la perspectiva de la doctrina del derecho subjetivo, el menor carece de derecho a obtener reparación del daño patrimonial derivado del hecho, debido a que no gozaba de un derecho subjetivo o de un interés legítimo de recibir alimentos. Sin embargo, de acuerdo a la doctrina que tratamos, el menor tendría un interés simple no reprobado por el derecho, de continuar recibiendo dichos alimentos. (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.3.2 *El Daño Moral.*

El daño moral importa, pues una minoración en la subjetividad de la persona de existencia visible, derivada de la lesión a un interés no patrimonial. O con mayor precisión, una modificación disvaliosa del espíritu, en el desenvolvimiento de su capacidad de entender, querer o sentir, consecuencia de una lesión a un interés no patrimonial, que habrá de traducirse en un modo de estar diferente de aquel en el que se

hallaba antes del hecho, como consecuencia de éste, y anímicamente perjudicial (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 641, t. 2).

Podemos definir entonces el daño moral como la lesión en los sentimientos que determina dolor, inquietud espiritual o agravio a las afecciones legítimas, y en general toda clase de padecimientos insusceptibles de apreciación pecuniaria (Bustamante Alsina, 1997).

Para configurar al daño moral:

- a. El detrimento en la subjetividad de la persona debe provenir de una lesión a intereses no patrimoniales.
- b. El detrimento se traduce en “una modificación disvaliosa del espíritu”, expresión que destaca que la persona humana es cuerpo y espíritu, lo que comprende los múltiples aspectos de su personalidad, que son dignos de protección.
- c. La ausencia de sensibilidad o comprensión del dolor no excluyen la existencia de daño moral. “Aun cuando no exista consciencia del agravio, el disvalor subjetivo puede configurarse y ser resarcido” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 642, t. 2). El sufrimiento no es un requisito indispensable para que haya daño moral, pero si una de sus manifestaciones más frecuentes. Por lo tanto, la pérdida de sentimientos o de la posibilidad de experimentarlos y aun el hecho de encontrarse en una situación anímica buena, no excluye el daño moral (Pizarro y Vallespinos, 2012).
- d. El dolor, la angustia, la pérdida del deseo de vivir, entre otras, son manifestaciones del daño moral, es la forma en el que éste suele exteriorizarse.

Aunque la víctima no tenga aptitud para experimentar estas emociones, por ejemplo, por encontrarse en estado vegetativo, el solo disvalor subjetivo producido, determinado por la comparación entre la situación de la víctima antes y después del hecho dañoso, alcanza para configurar el daño moral (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Las personas jurídicas por carecer de subjetividad no pueden ser sujetos pasivos de daño moral.

3. Conclusión parcial del capítulo.

Podemos establecer que la responsabilidad civil, es entendida como la obligación de reparar todo daño injustamente causado (o sufrido) con motivo de la violación al deber general de no dañar o de un incumplimiento contractual.

Hemos visto en este capítulo, todos los aspectos básicos relacionados al derecho de daños y a la responsabilidad civil. A partir del próximo capítulo se estudiará la figura de la Función Preventiva y la exaltación que se ha hecho de ella en la redacción del, reciente sancionado, Código Civil y Comercial de la Nación.

Capítulo 2

“La Función Preventiva del Derecho de Daños”.

1. Introducción parcial del capítulo.

En el Capítulo 2, se analizarán las distintas funciones que posee el derecho de daños, resaltando fundamentalmente a la función preventiva como eje central de este trabajo y examinándola dentro del nuevo espectro que le impone el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. El cual le ha dedicado un lugar sumamente importante a la prevención de perjuicios.

Se describirá la acción preventiva, también dentro del marco normativo del Nuevo Código Civil y Comercial; se enumerarán los requisitos para que proceda, la legitimación y demás circunstancias relacionadas. Además, se explayará sobre la postura o el análisis que diferentes autores han realizado acerca de la “Nueva Función Preventiva” y la trascendencia que reviste para los tiempos que vivimos.

2. Funciones del Derecho de Daños.

2.1 Función Resarcitoria del derecho de daños.

La reparación constituye, desde una perspectiva jurídica, el restablecimiento del equilibrio preexistente alterado por el hecho dañoso, y una exigencia de justicia y equidad. A través de ella se procura reponer al damnificado en la situación en la que se encontraba antes del hecho dañoso, en la medida en que sea posible (Zavala de González, 1999).

En ésta función se da el cumplimiento por el responsable de una prestación en beneficio de la víctima, mediante la cual se hace efectiva la obligación surgida por un daño injusto (Zavala de González, 1999).

La finalidad de la reparación es “resarcir” el daño, es decir compensar el menoscabo sufrido, antes que sancionar y castigar al responsable. A pesar de ello un importante sector de la doctrina, destaca que, si bien la finalidad de la reparación es el resarcimiento, existe otra finalidad complementaria que es la “sancionatoria”, mediante la cual se busca también sancionar al responsable, poniendo en su persona el deber de reparar el daño (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Para los autores citados, la regla es la de resarcir el perjuicio antes que sancionar al dañador.

Esta función resarcitoria del derecho de daños, se basa en el principio de justicia que impone dar “a cada uno lo suyo”, y restablecer el equilibrio alterado por el hecho injusto (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2 Función Sancionatoria o Punitiva del derecho de daños.

La sanción pecuniaria disuasiva estaba contemplada en el anteproyecto de reforma del Nuevo Código Civil, en el art. 1714, elaborado por la comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los códigos civil y comercial de la nación, integrada por Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída kemelmajer de Carlucci. Sin embargo, la Comisión Bicameral para la Reforma eliminó su incorporación (Colaruso, 2015).

Esta función, está orientada al desmantelamiento pleno de los efectos del ilícito. Como sucede cuando alguien contraría el ordenamiento jurídico, causando un daño a otro, y actuando deliberadamente con el propósito de obtener un rédito de esa actividad (Pizarro y Vallespinos, 2012).

En tal supuesto la reparación del perjuicio resulta insuficiente para alcanzar el restablecimiento pleno de la legalidad, pues subsiste un beneficio (en este caso económico) derivado del ilícito de quien delinquirió. De allí que debiera operar el desmantelamiento de los efectos del ilícito mediante la implementación de penalidades económicas civiles que sancionen tales inconductas calificadas (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 465, t. 2).

El objetivo de esta función radica no sólo en resarcir a los damnificados, sino en imponer el respeto a un derecho genérico a no ser víctima, ya que además de indemnizar al perjudicado, el sistema debe satisfacer objetivos sociales e imponer en la comunidad la idea de que quien causa un daño, tendrá su sanción (Zavala de González, 1999).

El tema adquiere especial relevancia en supuestos como competencia desleal, actos ilícitos en materia de propiedad intelectual, fraudes al consumidor, daños causados por medio de la prensa con el objeto de obtener réditos, daños al ambiente, etc. (Pizarro y Vallespinos, 2012).

El tribunal va a tener atribuciones para aplicar una multa civil a quien actúa con grave indiferencia respecto de los derechos ajenos o de los intereses de incidencia colectiva. El monto se fija según las circunstancias del caso, los beneficios que se hayan obtenido y el destino que le asigne el tribunal (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.3 La Función Preventiva del derecho de daños.

Hoy en día la doctrina contemporánea mayoritaria admite la prevención del daño, que representa una función nueva y de trascendental importancia dentro del “derecho de daños”. Su importancia radica en la posibilidad de evitar el menoscabo antes que ocurra y su reparación posterior. Se condice con el principio rector “alterum non laedere”, de no dañar a otro (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La función preventiva del derecho de daños tiene dos formas una de carácter general, que consiste en la amenaza efectiva de una consecuencia legal, frente a la producción de una conducta determinada; otra más específica, que solo puede tener cabida dentro de un contexto más circunscripto de actividades riesgosas o peligrosas, por su frecuencia estadística o por la magnitud de dañosidad potencial que encierra que, como los personalísimos, hacen a la dignidad del hombre. (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 462, t. 2).

El Proyecto de 1998 resuelve la cuestión con buen criterio en su art. 1585, donde consagra la “prevención del daño”. Toda persona tiene el deber, en cuanto dependa de ella:

- De evitar causar un daño no justificado.
- De adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud. Si tales medidas evitaron o disminuyeron la magnitud de un daño del cual un tercero habría sido responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos que ha incurrido para adoptarlas, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa.

- De no agravar el daño, si ya se ha producido (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 462-464, t. 2).

Es importante resaltar que en cualquier situación siempre va a ser mejor prevenir que curar. Cualquier indemnización por daño moral, sufrido por el damnificado, debido a un atentado a su honor, a su intimidad, o a su integridad física, por ejemplo, difícilmente pueda volver a colocarlo en una situación próxima a la que se encontraba antes del hecho. Lo mismo ocurre en numerosos supuestos de daño patrimonial (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Incluso para el potencial dañador, la función preventiva le es conveniente pues busca evitar la concreción de actividades dañosas que, por su gravedad y entidad, puedan llevarlo a una situación económica difícil por las indemnizaciones que deba afrontar llegado el caso (Pizarro y Vallespinos, 2012).

3. La Función Preventiva en el marco del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, en materia de prevención del daño, dispone:

ARTICULO 1710.- Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de:

- a) evitar causar un daño no justificado;
- b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería

responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa;

c) no agravar el daño, si ya se produjo.

ARTICULO 1711.- Acción preventiva. La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución.

ARTICULO 1712.- Legitimación. Están legitimados para reclamar quienes acreditan un interés razonable en la prevención del daño.

ARTICULO 1713.- Sentencia. La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad.

El 1° de octubre de 2014 se sancionó la ley 26.994 que aprobó el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y que fue promulgada el 7 de octubre de ese mismo año. Así el nuevo código entró en vigencia el 1° de agosto de 2015, dando lugar a significativas modificaciones en lo que hace a la realidad jurídica de la sociedad. Se incluyeron, los derechos de incidencia colectiva, el concepto de reparación plena, un amplio reconocimiento de los derechos personalísimos, la integración en las normas de orden público que supone el derecho de familia a las diferentes opciones de constituir una familia, la tutela especial al consumidor, entre muchas otras transformaciones (Mpolás Andreadis, 2015).

“Una de las novedades más trascendentes del nuevo Código Civil y Comercial en materia de responsabilidad civil es la declaración expresa de la función preventiva del daño como propia de esa rama del derecho, junto con la resarcitoria” (Sema, 2015, Apartado I).

No se puede negar que la función preventiva del derecho de daños ha tenido un lugar importante en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Incluso, hasta podríamos afirmar que la responsabilidad civil se transformó adquiriendo un nuevo perfil, colocando a la función preventiva en el mismo nivel de la función reparadora clásica. Dando lugar así, a las nuevas ideas que son congruentes con los tiempos que corren, acerca de que debe haber mayor protección, mayor prevención, mayor seguridad jurídica, damnificados potenciales prevenidos, y víctimas posibles más satisfechas. (Sagarna, 2016).

Tiempo atrás, en cambio, existía una parte de la doctrina que sostenía que la función exclusiva de la responsabilidad civil era únicamente la reparadora y basaba esa idea en la manifestación de que "precaver la realización de conductas irrazonablemente peligrosas no es una función normativa de la responsabilidad civil" (Sema, 2015, Apartado I). Pero ahora, desde la sanción del nuevo Código, este argumento ya no se sostiene.

Tal es así, que en el nuevo código, el legislador se ha ocupado del deber de prevención del daño (art. 1710), el ejercicio de la acción preventiva (art. 1711), la legitimación para tal ejercicio (art. 1712) y el contenido de la resolución judicial dictada (art. 1713). El legislador ha querido proporcionar soluciones que permitan actuar antes de la ocurrencia del daño, de manera de intentar eludirlo, y no luego de su causación, en

procura de su reparación, de esa manera el ordenamiento busca en forma concreta evitar que una persona se convierta en víctima de perjuicios, lo cual, a su vez, se muestra en línea con la manda constitucional que obliga no dañar los derechos de los demás (art. 19 CN) (Sema, 2015).

3.1 Fundamentos doctrinarios que justifican la función preventiva de la responsabilidad civil.

El fundamento lógico o de sentido común es que siempre resulta más conveniente prevenir que reparar. Es decir, la prevención del daño es inconmensurablemente preferible a su reparación, pues ésta, nunca cubre la magnitud de lo perdido. Basta pensar la pérdida "extrapatrimonial" que padece un padre que pierde a un hijo en un accidente de tránsito, no hay indemnización dineraria que compense su sufrimiento, o cuando se corrompe la reputación de una persona con la difamación de informaciones falsas por parte de la prensa, difícilmente el sujeto pueda recomponer su honra ya dañada. Es por ello que siempre es mejor que un daño no ocurra a que un daño se "indemnice bien" (Sema, 2012).

El fundamento jurídico-constitucional es que el mandato de no dañar reviste rango constitucional conforme, entre otros, el art. 19, de la Ley Suprema. Dicho principio debe ser interpretado, no tanto en el sentido de indemnizar el daño ya causado, sino en el sentido de evitar el daño. El deber constitucional de no dañar exige ante todo procurar su evitación, recién luego de lo cual, en caso de fallar, proveer su resarcimiento (Sema, 2012).

El fundamento económico es que se ha notado, que la prevención de los perjuicios genera además, un beneficio de tipo económico o macroeconómico. Puesto que, por lo común, los costos de prevención, normalmente son inferiores a los altos costos que conllevan los daños (Sema, 2012).

3.2 La Acción Preventiva.

“La temática de la acción preventiva no sólo es rica, sino que es novedosa en nuestro medio”. (Peyrano, Jorge W., 2015).

El art. 1711 del Código Civil y Comercial, prescribe que: “La acción preventiva procede cuando una acción u omisión antijurídica hace previsible la producción de un daño, su continuación o agravamiento. No es exigible la concurrencia de ningún factor de atribución” (Mpolás Andreadis, 2015).

Ahora los ciudadanos cuentan con una acción preventiva de daños. Los letrados, correlativamente, poseen esta nueva herramienta a través de la cual canalizar las inquietudes de sus clientes, por lo que será imprescindible familiarizarse con ella tanto para plantear la estrategia procesal de inicio como para oponerse a la misma. Los jueces también, por supuesto, habrán de tener un rol destacado en los primeros tiempos de esta nueva pretensión procesal, al ir perfilando sus contornos con el trabajo jurisprudencial que necesariamente irá generando este nuevo iter procesal que habilita el digesto unificado. (Camps, 2015, Apartado IV).

La acción preventiva tiene por destinatario a quien está en condiciones de evitar la producción, repetición, persistencia o agravamiento de un daño posible según el orden

normal y corriente de las cosas; debiendo prosperar en la medida que el accionante posea un interés razonable. Excepcionalmente puede hacerse valer contra quien no ha generado la amenaza de daño, pero que, se encuentra en una situación en la que pueda contribuir a evitarlo o morigerarlo (Peyrano, 2015).

3.2.1 Requisitos de la acción preventiva.

- Acción u omisión antijurídica: se requiere que exista un deber de actuación impuesto por una norma.

- Peligro de daño: esta acción u omisión antijurídica debe hacer previsible la producción de un daño, relacionando este precepto con el art. 1725: "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias" (Mpolás Andreadis, 2015).

Para interponer esta acción preventiva debe ser previsible la producción del daño, su continuación, o agravamiento. A su vez, la misma, no exige demostrar factores de atribución, justamente porque la prevención, para que sea efectiva y evite la producción del daño, debe ser rápida. El medio más idóneo, conforme el art. 43 de la Constitución Nacional, sería la acción de amparo, con una medida cautelar en caso de inmediatez en la posible producción del menoscabo, ya que, de otra manera, la existencia de esta acción carecería de sentido (Mpolás Andreadis, 2015).

3.2.2 Legitimados de la acción preventiva.

El art. 1712 establece que están legitimados para reclamar quienes acrediten un interés razonable en la prevención del daño (Mpolás Andreadis, 2015).

De ser daños de incidencia colectiva, los legitimados estarían enunciados en primer lugar por el art. 43 de la Constitución Nacional y, específicamente para los daños ambientales, se amplían con los mencionados en el art. 30 de la ley 25.675 (Mpolás Andreadis, 2015).

En cuanto a la legitimación pasiva en materia de acción preventiva, la tutela preventiva puede tener como destinatarios tanto a particulares como a entidades públicas. Excepcionalmente, puede dirigirse contra sujetos que no han generado el riesgo de daño que la parte accionante procura alejar (Peyrano, 2015).

3.2.3 La sentencia que admite la acción preventiva.

El art. 1713 del Código Civil y Comercial establece: "La sentencia que admite la acción preventiva debe disponer, a pedido de parte o de oficio, en forma definitiva o provisoria, obligaciones de dar, hacer o no hacer, según corresponda; debe ponderar los criterios de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la eficacia en la obtención de la finalidad" (Mpolás Andreadis, 2015).

La norma le da amplias facultades al juez civil, ya que puede disponer incluso de oficio, la medida que considere más adecuada en pos de la prevención del daño, mediante obligaciones de dar, hacer o no hacer. Si bien imaginamos a esta disposición del juez como una medida cautelar, de la letra del artículo podría entenderse a la acción preventiva como una acción autónoma puesto que hace referencia a "sentencia" y no a medidas precautorias (Mpolás Andreadis, 2015).

Se deben diferenciar las finalidades de las acciones preventivas en: "inmediatas", pueden generar obligaciones de hacer, de no hacer y también de dar (inclusive sumas de

dinero) y “mediatas”, que son las que vienen a hacer realidad a las finalidades inmediatas (Peyrano, 2015).

3.3 Prevención y acción preventiva. Ideas generales.

Siguiendo a Peyrano (2015), puede establecerse que:

1. La acción preventiva no es una tutela excepcional ni es de interpretación restringida.

2. No exige que exista el riesgo de daños graves o irreparables.

3. No cabe emprender una acción preventiva contra una víctima potencial.

4. No reclama que no exista una vía judicial más idónea.

5. La tutela preventiva es autónoma de la resarcitoria, pero pueden acumularse.

6. Puede promoverse, una tutela preventiva, aunque ya existieran daños causados.

7. El fracaso en la prevención del daño puede legitimar una acción resarcitoria.

8. El "interés razonable" previsto en el artículo 1712 del C.C.C. puede ser en la preservación de las personas (por ejemplo, su honra) o del patrimonio (por ejemplo, casa lindera que amenaza ruina).

9. El "interés razonable" del artículo 1712 C.C.C. puede consistir en un interés simple y no necesariamente ser un derecho subjetivo con aprobación legislativa.

10. La configuración de un interés razonable presupone la confección de un test comparativo de "razonabilidad" entre el daño que se procura conjurar y las consecuencias perjudiciales que ello puede acarrear al destinatario de la acción preventiva del caso.

11. La resolución que corona una acción preventiva puede incluir una obligación de dar una suma de dinero.

12. Excepcionalmente procede la acción preventiva contra un tercero que no ha generado el riesgo. Como regla se dirige contra el obligado a adoptar medidas impeditivas.

13. El artículo 1713 del C.C.C. consagra el criterio de la menor restricción posible; debiendo, entonces, procurar evitar la cesación de actividades y de reencauzar la actividad riesgosa de que se trate. Se debe intentar compatibilizar la eficacia en la prevención del daño amenazante con la conveniencia de no coartar la actividad riesgosa.

14. Constituye también un recaudo de la acción preventiva la posibilidad de su destinatario de impedir el daño que amenaza.

15. No es requerible para el progreso de una acción preventiva "la concurrencia de ningún factor de atribución".

En épocas pasadas, Vélez Sarsfield se expidió de manera expresa al respecto en la nota al art. 1132 del Código Civil de su autoría, donde dejó claro que las medidas preventivas de los daños no eran de incumbencia del poder judicial: "La admisión de una acción preventiva en esta materia da lugar a pleitos de una resolución más o menos arbitraria" (Camps, 2015. Apartado IV).

De acuerdo con esta posición no se podía accionar judicialmente, entonces, frente a una simple amenaza de daño. Hoy ello cambió (Camps, 2015).

Las principales áreas en que la responsabilidad preventiva se manifiesta son, entre otras, la de protección de consumidores y usuarios, la de protección del medio ambiente, y en especial la de protección de los derechos personalísimos. Es importante destacar, respecto de estos últimos, que los autores del proyecto del Código han fundamentado que, en lo referido a la persona, existen supuestos de responsabilidad preventiva en muchos ámbitos como el honor, la privacidad, la identidad, etc., donde la reparación a posteriori se torna ineficiente. Si bien del articulado del Código propiamente dicho no surge claramente esta aplicación en particular, es uno de los objetos principales a proteger que los redactores han tenido en miras a la hora de esquematizar el orden jurídico (Perdía, 2015).

Para finalizar, podemos decir que los remedios preventivos son herramientas idóneas que complementan y enriquecen a las vías resarcitorias. En lo que respecta a derechos personalísimos, el art. 52 del Código Civil y Comercial establece que puede reclamarse la prevención del daño en la medida en que se lesione la intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad o resulte menoscabada de cualquier modo la dignidad personal. Es decir que se reconoce expresamente una tutela de carácter preventivo para estos derechos. También lo hace el art. 1770, referido específicamente al derecho a la intimidad. El reconocimiento legal de la referida función como esencial y autónoma trae aparejado un sinfín de beneficios, y en materia de derechos personalísimos adquiere una particular relevancia, ya que su protección debe llevarse a cabo sin demoras, pues muchas veces la reparación ulterior del daño resulta tardía e insuficiente, y la

naturaleza de estos bienes jurídicos generan que difícilmente una condena pueda otorgar total satisfacción a quien vio afectado su honor, intimidad, privacidad o imagen. Por lo tanto, en determinados contextos, con el fin de no dejar ciertos derechos, libertades y garantías en el plano meramente teórico, la tutela judicial sólo será efectiva si se manifiesta en su faceta preventiva (Carestia, 2016).

4. *Fallo Comentado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Roviralta, Huberto c/Primera Red Interactiva de Medios Argentinos SA y otros/daños y perjuicios".*

Muchas veces se observa que cuando se afectan los derechos personalísimos de un sujeto, el principio de reparación integral y hasta el cese preventivo de la difusión, ceden frente a otros valores propios de las sociedades democráticas que garantizan protección a los medios de prensa (Wierzba, 2016).

En el fallo, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Roviralta, Huberto c/Primera Red Interactiva de Medios Argentinos SA y otros/daños y perjuicios", se ve un claro ejemplo de este tema.

Síntesis del caso: Las empresas 4 KBytes SA (autora de un anuncio publicitario) y Arte Gráfico Editorial Argentino SA (propietaria y editora del medio gráfico que difundiera tal anuncio), fueron condenadas en primera y en segunda instancia a indemnizar los daños y perjuicios reclamados, con base en una publicidad en el cual aparecía un personaje (el demandante) en franca actitud de vivir a expensas de los demás (muy relajado en un sillón y fumando un habano, con una leyenda que expresaba "si te gusta vivir de arriba, que no se note") y sugestivas referencias a la identidad del actor (se

leía "Huberto" en una imagen sobreimpresa y la dirección de correo electrónico #huber_rovi@degarrón.com.ar) (Wierzba, 2016).

Los magistrados de las instancias inferiores destacaron que la publicidad vulneraba el derecho a la imagen y al honor del afectado, afirmando entre otras cuestiones que aquello que el común de la gente piensa sobre una personalidad pública, no otorga un derecho a injuriarla en forma gratuita. Expresaron además que al provenir el daño de una transacción típicamente comercial y no de la expresión de ideas, opiniones o noticias, resultaban inaplicables al caso las doctrinas "Campillay" y de la real malicia. Consecuentemente, se atribuyó responsabilidad a la empresa publicitaria en base al art. 1072 del Cód. Civ. (por dolo) y al medio de prensa en base al art. 1109 del Cód. Civ. (por falta de control de una actividad que podía ser perjudicial para terceros) (Wierzba, 2016).

Más tarde, la Corte Suprema de Justicia de la Nación destacó que, al identificarse la fuente, los reclamos podrían ser dirigidos contra aquellos de quienes realmente emanaron y no contra los que sólo fueron sus canales de difusión, señalando que la conducta de quien reproduce una expresión agravante de un tercero quedaría privada de antijuridicidad al ser fiel y sincera, restando relevancia al perjuicio consecuente (Wierzba, 2016).

El Supremo Tribunal de la Nación liberó de responsabilidad al medio de prensa o "comercializador" del anuncio dañoso, haciendo prevalecer su doctrina sobre el derecho a la libertad de prensa. Optó por una postura fuertemente protectora de la libertad de expresión, según la cual la reproducción fiel de los dichos de otro, no traía aparejada responsabilidad civil ni penal, siempre que se citara la fuente pertinente. Y amplió los alcances de tal doctrina, al hacerla extensiva a los contenidos publicitarios divulgados por

los medios de comunicación, en un caso donde tales requisitos se cumplieran plenamente, pues no había edición del anuncio comercial y se publicitaban los datos de su autor (Wierzba, 2016).

5. Conclusión parcial del capítulo.

Como conclusión de este segundo capítulo no debe dejar de resaltarse la importancia de la función preventiva del derecho de daños, la cual ha reivindicado el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación otorgándole un lugar primordial en el ordenamiento jurídico. Sin duda esta función es la que los nuevos tiempos estaban exigiendo, una función que se ocupara de evitar el mal antes de que ocurriera y que priorizara la no concreción de daños antes que su reparación posterior.

Relacionando esto con el tema de investigación, podemos decir que la función preventiva podría evitar el perjuicio a los derechos personalísimos que tengan que ver con el honor, la intimidad, la libertad, cuando los mismos sean traspasados por la actividad de la prensa. Considerando lo difícil y complicado que resulta restablecer el honor que tenía una persona una vez que ya se la ha difamado o calumniado, y que por más que se intente reparar el daño difícilmente pueda volverse al estado anterior. La prevención ocuparía un rol preponderante en procurar que no se produzca tal lesión. Así, como lo manifestaba Perdía, Natalí (2015), este uno de los objetivos que los redactores del Código Civil y Comercial han tenido en miras.

El Código Civil y Comercial, al regular las acciones preventivas y determinar expresamente una tutela al derecho a la dignidad de la persona humana, nos hace reflexionar sobre la procedencia de medidas preventivas en los casos en que esté

involucrado el derecho a la libertad de expresión. Es decir, a pensar si es posible conciliar la función preventiva de la responsabilidad civil con el principio constitucional que veda toda censura previa. A pesar de la consagración legal de la función preventiva, no puede considerársela como una herramienta que, bajo el ropaje de armonizar derechos fundamentales, eluda la prohibición constitucional de censura previa. De lo contrario, se conculcarían más derechos de los que se pretende tutelar y se desvirtuarían las bases del sistema democrático, pluralista y republicano. Por lo que, para que se admitan medidas de prevención en esta área, debe tratarse de una afectación notoria, manifiesta y absolutamente arbitraria de un derecho de la personalidad, y de un evidente y claro ejercicio abusivo del derecho a la libertad de expresión (Carestia, 2016).

Capítulo 3

“Introducción al Principio de Prohibición de Censura Previa”.

1. Introducción parcial del Capítulo.

Habiendo visto ya, en los capítulos anteriores, las cuestiones atinentes al derecho de daños y a la responsabilidad civil, y, sobre todo, habiendo hecho hincapié en la figura de la función preventiva como el medio actual más idóneo para evitar perjuicios, estamos ahora en condiciones de analizar la otra variable central que compete a nuestro tema de investigación: “La Censura Previa”.

De este modo, en el Capítulo tres se desarrollará el “Principio de Prohibición de Censura Previa” consagrado en nuestra Constitución Nacional, como así también el derecho a la Libertad de Expresión. Derechos fundamentales de toda sociedad democrática-republicana, que sin lugar a dudas deben ser respetados y garantizados a todos los habitantes de la Nación.

Se procederá así, a describir el conflicto existente entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos como el honor, la imagen, la intimidad, cuando ambos se superponen en la elaboración o publicación de notas, noticias e informaciones por el órgano de prensa. También se tratará el alcance del principio de prohibición de censura previa y libertad de expresión. ¿Se trata de derechos absolutos o por el contrario admiten algún tipo de excepción cuando chocan contra derechos de terceros?

Se analizarán los aspectos globales de la censura previa, como la censura previa y la responsabilidad civil ulterior, las formas de producir la censura, entre otros tópicos relevantes.

2. *Libertad de Expresión y de Prensa en el ordenamiento jurídico argentino.*

La libertad de expresión y de prensa, es el derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, imágenes, creencias, etc., a través de cualquier medio; ya sea oralmente; mediante símbolos y gestos; en forma escrita; a través de radio, cine, televisión, etcétera (Bidart Campos, 2006).

El Pacto de San José de Costa Rica reconoce el derecho a la libertad de pensamiento y expresión en su art. 13. Según su texto tal derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras; ya sea oralmente, por escrito, o en forma impresa o artística, o por cualquier procedimiento de su elección (Bidart Campos, 2006).

“La Libertad de Expresión es una exteriorización de la libertad de pensamiento” (Bidart Campos, 2008, p. 83). La misma presenta tres aristas, una como derecho personal, otra, como proyección social e institucional a través de los medios de comunicación masiva (prensa escrita, radio, televisión, publicaciones de toda índole, medios informáticos, etc.), y la última, relacionada con la naturaleza empresarial y lucrativa de la actividad que desarrollan los referidos medios (Bidart Campos, 2008).

Cuando se la analiza no puede dejar de vinculársela con los medios de comunicación masiva o social porque no es lo mismo la libre expresión individual que la

que se difunde y trasmite a través de tales medios a toda la sociedad y al público en general (Bidart Campos, 2006).

Sin embargo, esta libertad no se agota en la prensa, existen otros aspectos fundamentales, a saber:

- a) La libertad de información, que importa el acceso libre a las fuentes de información, la posibilidad de recoger noticias, transmitir las y difundirlas, y de resguardar razonablemente el secreto de la fuente de donde esas noticias se han obtenido. Esta libertad de información supone que: el estado no puede cohibir ni monopolizar las fuentes de información; el periodismo no tiene por qué soportar restricciones en el acceso a dichas fuentes; los hombres tienen derecho a que las mismas sean abiertas, públicas, veraces y accesibles; y también a que se preserve razonablemente el secreto de dichas fuentes.
- b) La libertad de no expresarse, o sea, la faz negativa de la libertad de expresión, o derecho al silencio: Si todo hombre tiene derecho a expresarse, tiene el correlativo derecho de abstenerse de una expresión que no responde a sus convicciones o deseos, o que simplemente pretende reservarse. El derecho al silencio se vincula con el secreto profesional (del médico, abogado, sacerdote, etc.).
- c) La libertad de creación artística, que implica la producción artística a través de todas sus formas.
- d) La expresión cinematográfica.
- e) La expresión por radio y televisión.
- f) Los contenidos humorísticos, cómicos, de entretenimiento, etc.

- g) La publicidad comercial, que hace al ejercicio de la libertad de expresión, pero cuando es competitiva deslealmente, engendra responsabilidad.
- h) El Derecho a Réplica, que protege contra informes inexactos o agraviantes difundidos por los medios masivos de comunicación social.
- i) Con la reforma de 1994, en el art. 75 inc. 19, párrafo primero se dispone que el Congreso ha de proveer a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento. Esta cláusula presupone la libre expresión de todo aquel que se dedica a la investigación y desarrollo científico y tecnológico. Asimismo, el art. 75 inc. 19 cuarto párrafo alude a la facultad del congreso para dictar leyes que protejan la libre creación y circulación de las obras del autor, lo que significa reconocer la libertad de expresión, y la difusión del producto elaborado por el autor. El mismo art. 75 inc. 19 cuarto párrafo prevé también el dictado de leyes que protejan el patrimonio artístico y los espacios audiovisuales y culturales (Bidart Campos, 2006).

2.1 Fundamento e Importancia de la libertad expresiva.

La libertad de expresión constituye uno de los derechos sustantivos, naturales e inalienables de la persona. Integra el grupo de derechos- facultades de primera generación del Constitucionalismo desarrollado en el siglo XIX, considerados anteriores al Estado. Constituye, además, la manifestación de la libertad más profunda de la criatura humana a expresar y comunicar (o no hacerlo) ideas, pensamientos, opiniones, críticas y hasta donde la misma persona lo determine en el núcleo de su propia interioridad (Gelli, 2013).

Si bien esta libertad es uno más, de los derechos personales merecedores de protección constitucional, contiene un valor adicional, puesto que además de fortalecer la

libertad y dignidad de las personas, favorece el descubrimiento de la verdad, mediante la práctica del libre debate (Gelli, 2013).

Es así, que otra justificación de la libertad expresiva de tipo social, se basa en el provecho de la libre controversia para alcanzar la verdad sobre toda cuestión, y en cómo se fortalecen las ideas cuando éstas se someten al juicio crítico de los contradictores. En las repúblicas democráticas la necesidad de facilitar el debate acerca de las cuestiones de interés público y opciones políticas, sirven al ciudadano a fin de que éste forme su propio juicio, critique, enmiende, elija y al hacerlo fortalezca y perfeccione el sistema. Este hecho, de favorecer el debido proceso democrático, la convierte en una “libertad estratégica y preferida”, siempre en la medida en que funcione como herramienta de cambio social o político deseado por el pueblo. La prensa en particular cuando se expresa con libertad e independencia, contribuye a hacer visibles los problemas generados por los desaciertos del gobierno y a mostrar los excesos o desviaciones del poder (Gelli, 2013).

“La influencia de la prensa libre ha sido decisiva en la formación del juicio público y en los eventuales corrimientos de la opinión electoral, razón por la cual suele generar resistencias y presiones gubernamentales” (Gelli, 2013, p. 130).

Por esa actitud que tiene la prensa libre de controlar mostrando la realidad, y de emitir opiniones e ideas políticas ejerciendo la crítica a los gobernantes y a los actos de gobierno, es que fue caracterizada como uno de los indicadores para medir cuán democrática es una sociedad y cuán republicana es la organización y el ejercicio de su poder político y social (Gelli, 2013).

Así pues, la libertad expresiva se fundamenta en por lo menos tres tipos de razones: constituye un derecho natural y sustantivo de la persona (fundamento individual), facilita el descubrimiento de la verdad (fundamento social) y favorece el debido proceso democrático (fundamento político) (Gelli, 2013).

2.2 La Libertad de Prensa.

La libertad de prensa está consagrada expresamente en la Constitución con la fórmula de “publicar las ideas por la prensa sin censura previa” (art. 14, Constitución Nacional).

A tenor de lo expuesto; el derecho de publicar ideas por la prensa significa para el autor de la noticia, inmunidad de censura por parte del Estado; y frente al periódico, inmunidad de alteración en lo que publique. El periódico no está obligado a publicar, pero si lo hace debe ajustarse a la reproducción fiel del texto del autor. Para el periódico (persona propietaria o editor) significa que, frente al Estado, tiene igual inmunidad de censura que la que goza el autor; y frente al autor, libertad para publicar o no publicar, pero si publica, obligación de mantener la fidelidad del texto (Bidart Campos, 2006).

El otro artículo de la Constitución que se refiere a la libertad de prensa es el 32. Según dicha norma el congreso federal no puede dictar leyes que restrinjan la libertad de imprenta ni que establezcan sobre ella la jurisdicción federal. Sin embargo, este artículo ha dado lugar a distintas interpretaciones. Una interpretación sumamente rígida entiende que la norma impide totalmente al congreso legislar sobre la prensa porque entiende que toda ley, por ser tal, siempre restringe, o sea reduce la libertad. Otra interpretación

considera que lo prohibido es solo la restricción, pero no la reglamentación legal razonable, asimismo, no identifica prensa con imprenta (Bidart Campos, 2006).

2.3 La Libertad Informativa.

La Libertad Informativa integra el haz de derechos que constituyen la libertad de expresión. Esta libertad incluye el derecho a la información y el libre acceso a las fuentes de aquella; a buscar, transmitir y difundir noticias de fuente propia o ajena; y a preservar la fuente informativa de la interferencia estatal (Gelli, 2013).

A partir de la reforma de 1994, la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones de cualquier tipo ingresó expresamente en el bloque de constitucionalidad por la jerarquía otorgada a los tratados de derechos humanos, entre ellos al Pacto de San José de Costa Rica (art. 13.1) y también en virtud de lo dispuesto por el art. 43 de la Ley Suprema en materia de hábeas data, al prohibir, esa norma, la afectación del secreto de las fuentes de informaciones periodística (Gelli, 2013).

El derecho a la información comprende no sólo la posibilidad de recibir información sino también de brindarla. El derecho a ser informado posibilita al ciudadano adoptar decisiones como individuo y como miembro de la sociedad (Zavala de González, 1996).

2.4 Conflicto entre la libertad de expresión y los derechos personalísimos (honor, intimidad, imagen).

Uno de los problemas más graves relacionados con la actividad de información y de expresión, se plantea cuando su ejercicio puede dañar intereses básicos de las personas

vinculados con su integridad espiritual y social (honor, intimidad, imagen, igualdad, identidad personal, etc.) (Zavala de González, 1996).

“El problema se agiganta cuando la víctima es un particular o un grupo cualquiera, enfrentado a un poderoso órgano de comunicación masiva, en una lucha tan despareja como la que se sostuvo entre David y Goliat” (Zavala de González, 1996, p. 217, vol. 2d).

Las soluciones vertidas a esta encrucijada derivan en tres tesis bien diferenciadas:

Tesis que da primacía a la libertad informativa: Acorde con este punto de vista, el hecho que la libertad de prensa permita preservar y consolidar las restantes libertades, hace que supere el ámbito de mero derecho individual, configurando uno de los pilares básicos sobre los cuales se estructura un sistema democrático constitucional. Como los medios de comunicación tienen un rol decisivo en la información, formación y orientación de la opinión pública, el valor jerárquico asignado a la libertad de prensa está por encima de los derechos personalísimos (Zavala de González, 1996).

Esta postura aspira a una libertad absoluta en el desenvolvimiento de la actividad informativa, bajo el pretexto de incurrir en totalitarismo. Sin embargo, en mi opinión limitar dicha libertad razonablemente para proteger la dignidad humana no importa un proceder asimilable a un Estado antidemocrático, siempre y cuando se limite excepcionalmente y de acuerdo a las circunstancias del caso.

La libertad absoluta del derecho de prensa, que ciertos sectores defienden, oculta, muchas veces, bajo el manto de protección a ultranza de las ideas democráticas, razones financieras que les permiten obtener mayores beneficios, haciendo más rentable la

empresa, como cuando publican lo que les plazca incurriendo en excesos. Con el sólo límite de las responsabilidades ulteriores, que alcanzan a concretarse en pocos casos (Zavala de González, 1996).

Tesis que da primacía a los Bienes Personalísimos: esta corriente de pensamiento considera que la dignidad de las personas está por encima del derecho a la información. Se inclina por reconocer que el derecho al honor, a la intimidad, a la imagen tienen mayor rango que la libertad de prensa. Aún, incluso, considerando a estos derechos en la misma línea constitucional que la libertad de expresión y de prensa, cuando se produzca una colisión entre estos (derechos personalísimos versus libertad de expresión) el intérprete o juez debe hacer prevalecer el primero por sobre el segundo (Zavala de González, 1996).

A mi entender, no siempre los derechos que hacen a la dignidad del hombre deben prevalecer sobre la libertad de expresión, hay casos en los que cuando se tocan temas de interés público es necesaria la libre expresión e información. Además que, primar excesivamente “en todos los casos” los derechos personalísimos importaría una involución del Estado que devendría en cada vez menos democrático y republicano.

Tesis que establece una armonización entre ambos derechos fundamentales: Este último punto de vista propugna la armonización entre la actividad informativa y los intereses personalísimos, argumentando que no es adecuado establecer precedencias entre las libertades y garantías, debiendo propenderse a su conciliación. Una sociedad libre ésta amenazada cuando se viola la libertad de prensa, pero el ejercicio abusivo de esa libertad, produce efectos tan o más nocivos que aquella violación. Por lo tanto, se plantea una coexistencia, la búsqueda de un punto de equilibrio entre ambos valores (Zavala de González, 1996).

Personalmente, adhiero a ésta última tesis, donde las hipótesis en conflicto deben resolverse razonablemente, en función de las circunstancias concretas del caso y según la índole de los intereses comprometidos, para así determinar la preeminencia de uno u otro derecho en conflicto.

La única solución admisible es el equilibrio y la conciliación, que admita el sacrificio excepcional de algunos de esos intereses sólo cuando es indispensable y si por las circunstancias del caso median razones de peso para hacerlo. Para la autora cordobesa, Zavala de González (1996), ante todo, debe preservarse con energía a la libertad de expresión, cuando tiende a cumplir una misión institucional, por vía de la crítica de actos de gobierno, de la valoración de la conducta de funcionarios públicos o de asuntos de interés general. Pero esta libertad no puede ser incondicional, cuando la publicación afecta intereses individuales de las personas. No puede olvidarse que no existe interés institucional alguno en divulgar aspectos que atañen a la vida reservada de las personas, sin relevancia social.

De acuerdo a Pizarro y Vallespinos (2012), cada día crece más el interés del público en conocerlo todo: lo bueno lo malo, lo que compromete el interés público y aquello de menor trascendencia. Al mismo tiempo, se incrementa la curiosidad, a veces morbosa, por cuestiones relativas a la vida privada de las personas, situación que es explotada por los medios, con frecuencia, con el fin de obtener beneficios económicos. Como consecuencia de ello, el Estado, dentro del proceso de información debe garantizar el adecuado equilibrio de los intereses comprometidos.

3. *Definición del Principio de “Prohibición de Censura Previa”.*

La censura previa, según el Diccionario de la Real Academia Española, es el “examen y aprobación que de ciertas obras hace un censor autorizado antes de hacerse públicas”. En un sentido amplio se considera como “la supresión de material de comunicación que puede ser considerado ofensivo, dañino, inconveniente o innecesario para el gobierno, o para algún grupo o individuo, según lo determinado por un censor”.

El art. 14 de nuestra Constitución Nacional reconoce a todos los habitantes el derecho de publicar sus ideas por la prensa, sin censura previa. También la prohíbe el Pacto de San José de Costa Rica en su art. 13. inc. 3°. De lo expresado en dichos artículos, puede inferirse que queda prohibida toda censura previa, en cualquier caso, ante cualquier situación, respecto de toda clase de material o contenido que pueda ser objeto de expresión o información. Esta prohibición va dirigida a todos los órganos de poder, incluidos los jueces (Bidart Campos, 2006).

La censura previa implica la interrupción del proceso de comunicación, antes de que éste se haya desarrollado. No deberían calificarse como actos de censura previa las responsabilidades ulteriores que pudieran corresponder, aplicadas a lo efectivamente publicado (Gelli, 2013).

La censura previa comprende algo más que aquellas medidas destinadas arbitrariamente a revisar, controlar o autorizar las publicaciones o difusiones antes de aparecer, o a restringir, circunscribir o limitar sus posibilidades de circulación y comercialización después de aparecidas. También involucra a todas las medidas que sin incurrir en la revisión del contenido, restringen arbitrariamente las libertades de prensa, por ejemplo, las trabas a la instalación de imprentas, la

distribución oficial de cuotas de papel , la obligación de publicar avisos oficiales o privados, la prohibición de dar a luz determinadas noticias, el monopolio de los medios de difusión periodística, las cauciones arbitrarias, la hostilidad y persecución a periodistas, las restricciones en el acceso a las fuentes de información, etcétera (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 669, t. 5).

3.1 ¿Tiene carácter absoluto el derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa?

Para una primera posición, la Constitución (arts. 14 y 32) habría creado un régimen especial para la libertad de prensa, de carácter absoluto, que le impediría ser limitado. Al reconocer este derecho constitucionalmente y otorgarle la protección del art. 28, que prohíbe a las leyes alterar los derechos cuyo ejercicio reglamenten, se ha querido otorgarle una protección tan eficaz como especial y más aun calificando esa protección con las palabras: “sin censura previa”. Quienes participan de estas ideas, a pesar de considerar absoluto el derecho a la “no” censura previa, no dejan de reconocer las responsabilidades ulteriores cuando dolosa o culposamente se transgredan los límites del derecho a informar, lesionando los de un tercero (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Por otra parte, la opinión de los autores Pizarro y Vallespinos (2012), es que la Constitución Nacional no reconoce derechos absolutos. Todos los derechos son relativos y se gozan conforme a las leyes que los reglamentan, no constituyendo la libertad de prensa una excepción. Las limitaciones que puede tener la misma pueden ser extraordinarias, como por ejemplo en caso de estado de sitio donde se suspenden las garantías con el fin de preservar el orden y la seguridad, y las ordinarias que son las que resultan del ejercicio del poder de policía, son limitaciones que por vía reglamentaria

puede experimentar un determinado derecho, y las que resultan de su relación con otros derechos que también gozan de raigambre constitucional (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Concuerdo con la opinión de los autores citados, en que no hay derechos absolutos y que a veces es necesaria su regulación o limitación para evitar perjudicar los derechos de los demás, pero nunca dejando de resaltar y defender la importancia de la prohibición de censura previa aplicada a temas de interés general, ya que ello nos permite avanzar hacia una sociedad cada vez más liberal, más informada, más involucrada y más participativa, impidiendo que se restrinjan informaciones antes de salir a la luz.

3.2 Prohibición de censura previa y responsabilidad civil ulterior.

Los órganos masivos de comunicación pueden causar gravísimos daños al honor, la intimidad, o la dignidad de las personas. Conocida es la repercusión y éxito que tiene la prensa amarillista en el mercado comercial. Quienes cometen delitos o causan daño injusto a través de la prensa quedan sometidos a la responsabilidad consiguiente. Pues la eliminación de la censura previa en el art. 14 de la C.N. no excusa el deber ulterior de responder por el ejercicio abusivo de la actividad de los medios (Zavala de González, 1996).

La prohibición de censura previa no obsta la posible responsabilidad civil o penal ulterior de quien publica informaciones falsas, inexactas, o agraviantes. Más aún, acentúa la obligación de reparar el daño, pues la ausencia de contralor a priori refuerza la obligación de rendir cuentas a posteriori, por el mal que se infiere. Se sigue el principio de que “a mayor libertad, mayor responsabilidad” (Pizarro y Vallespinos, 2012; Zavala de González, 1996).

3.3 Formas y maneras de producir censura a la prensa.

La censura a la prensa puede originarse por cualquier medio que signifique un control o una revisión anticipada de la expresión, por ejemplo establecer normas con carácter general o particular para impedir la publicación de ciertas noticias, o crear un ambiente socio-político represivo, persecutorio, hostil, que amedranante a la gente, lo que también conlleva al fenómeno de la autocensura que realiza sobre sí mismo el autor; por miedo o temor a sufrir un mal inminente por parte del gobierno, o de un grupo o de un individuo de poder (Bidart Campos, 2006).

Otras formas de producir censura es a través de medidas destinadas a revisar, controlar o autorizar las publicaciones o difusiones antes que aparezcan, o a restringir, circunscribir o limitar sus posibilidades de circulación y comercialización después de aparecidas; también, obstaculizar la instalación de imprentas, la distribución oficial de cuotas de papel, la obligación de publicar avisos oficiales o privados, la prohibición de dar a luz determinadas noticias, el monopolio de los medios de comunicación periodística, las cauciones arbitrarias, el despido, la amenaza, la hostilidad y persecución a periodistas, las restricciones en el acceso a las fuentes de información, entre tantas otras formas (Pizarro y Vallespinos, 2012).

3.4 Distinción entre información, noticia, hechos, ideas y opiniones.

La información relativa a “hechos” presupone una constatación directa, indirecta, mediata o inmediata de la realidad del informador. Se opera un “juicio de existencia” cuando el informador comunica lo sucedido, que es algo distinto del “juicio de valor” que puede contener el mensaje informativo cuando se añade lo que se piensa sobre dicho acontecimiento (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La corte suprema para distinguir entre enunciados sobre hechos y opiniones, verifica si es posible predicar su verdad o falsedad, cuando la respuesta es positiva, estamos en el terreno de los hechos, caso contrario, nos hallaríamos en el ámbito de la expresión de ideas y opiniones. La información de “hechos” debe ser verdadera; idónea para transmitir la realidad como es. El informador debe describir esa realidad, haciéndola conocible por terceros, y para ello no debe alterarla o hacer de ella otra diferente, ya que la falta de adecuación entre la realidad y lo informado priva a la noticia de exactitud. A su vez, el requisito de exactitud es una actitud exigible y no un resultado, de allí que no habría falsedad en la medida en que existiese un obrar diligente y de buena fe por parte del informador, aun cuando la noticia no llegase a reproducir fiel y exactamente la realidad (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Los medios deben ser cuidadosos a la hora de publicar o difundir noticias que tengan potencialidad difamatoria para sus protagonistas, deben ponderar:

- Que, en virtud del principio de “inocencia”, nadie puede ser tenido por culpable de un ilícito hasta que se demuestre en sentencia firme.
- Que no es el rol del medio calificar o juzgar la conducta presuntamente delictiva de los presuntos implicados.
- Que la propagación de información relacionada a investigaciones policiales o a procesos judiciales en trámite debe efectuarse atribuyendo el contenido a su fuente, utilizando un tiempo de verbo potencial, o preservando la identidad de los implicados en el hecho ilícito.
- Que la valoración de la información debe ser realizada contextualmente (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Las “ideas” constituyen una manifestación subjetiva de quien las emite. Una idea puede ser acertada, desacertada, razonable, sensata o sólida, agravante para los derechos de alguien, pero nunca verdadera o falsa. La idea proviene del “mundo interior” del informador a diferencia de la información que proviene del “mundo exterior”, tiene siempre un efecto más trascendente, porque está dirigida a la voluntad del destinatario del mensaje (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La “opinión” se desarrolla en un campo que oscila siempre entre la duda y la certeza. La concurrencia de opiniones permite al hombre optar por un juicio u otro, formular el suyo propio e ir depurando las opiniones para acercarse a la certeza (Pizarro y Vallespinos, 2012).

El “juicio” está entre la objetividad (en cuanto supone la captación y comunicación de hechos) y la subjetividad (propia de las opiniones de las que no es posible reclamar objetividad ni veracidad) (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La veracidad sólo puede exigirse respecto de la información sobre los hechos, y no de la expresión de ideas y opiniones, la subjetividad es ínsita a las opiniones, de modo que no cabe aquí el recaudo de la verdad. Así pues, las sugerencias, comentarios, suposiciones o conjeturas de un ente periodístico, aunque puedan lesionar o rozar el honor de los ciudadanos, constituyen un ejercicio regular del derecho a informar cuando, por una parte, existe basamento objetivo que les suministre alguna razonabilidad y, por la otra; están presentados como tales, es decir como creencias y elaboraciones subjetivas, y no, como afirmaciones fácticas (Zavala de González, 1996).

Las especulaciones o sospechas dadas a conocer como tales, pueden ser desacertadas, pero no generan responsabilidad (aun cuando fueren inexactas) si había algún fundamento para esa interpretación de la realidad. Es necesario resaltar que siempre rige el límite que veda el sensacionalismo, o las suposiciones descabelladas o absurdas, si son injustamente lesivas de la integridad personal y no ha habido motivos suficientes para expresarlas (Zavala de González, 1996).

4. Conclusión Parcial del Capítulo.

Después de haber leído el capítulo tres, puede extraerse algunas conclusiones. En primer lugar, es necesario resaltar la importancia que reviste la libertad de expresión en nuestra sociedad, nos permite conocer, opinar, elegir, participar y tener acceso a informaciones que de otro modo sería imposible. Así mismo esta libertad de expresión, de prensa o de información conlleva a que un Estado sea cada vez más democrático, republicano y liberal, pues permite la difusión de hechos acerca del actuar del gobierno y de funcionarios y personajes públicos, lo que funciona como un control del pueblo para aquellos actos que sean arbitrarios o abusivos. Por otro lado, la Prohibición de Censura Previa, cumple un papel esencial en garantizar el derecho a la libertad de expresión, procurando que no se censuren opiniones; ideas; notas; hechos; imágenes; expresiones artísticas; etc., que puedan provocar descontento en ciertos grupos de poder, y que la información pueda llegar al conocimiento de los ciudadanos para que sean capaces de formar su opinión y decidir conscientemente.

Capítulo 4

“Los Principios Constitucionales que pueden verse afectados por la actividad de la prensa”.

1. Introducción Parcial del Capítulo.

A lo largo de este capítulo, se desarrollarán los derechos personalísimos que pueden verse afectados por el accionar de los medios masivos de comunicación social, en la publicación o difusión de informaciones inexactas, erróneas, o agraviantes. Entre estos derechos, se estudiarán los que se encuentran más severamente vulnerados cuando surge una noticia o se publica alguna información; como el derecho a la intimidad, analizando el fallo “Ponzetti de Balbín, Indiana c. Editorial Atlántida S.A.” y la clara afectación a la esfera de la privacidad; el derecho al honor, con el respectivo análisis del fallo “Campillay, Julio C. c. La Razón, Crónica y Diario Popular” y el fallo “Costa Héctor R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, en donde se dan casos de atentados al honor de los demandantes; y finalmente, el derecho a la imagen, que también reviste especial importancia en cuanto que sólo la persona, por su propia voluntad, puede autorizar la retratación o difusión de su imagen.

2. Derechos Personalísimos afectados por el órgano de prensa.

Desde el punto de vista axiológico todos los derechos de la personalidad son valores de igual jerarquía, porque el interés jurídico que protegen es el goce o satisfacción de los bienes de la persona humana, cuya unidad, como ser ético-físico, no tolera el ataque o desconocimiento de cualquiera de ellos, que son parte inescindible de su existencia misma. Aunque la existencia física no experimente daño alguno, el desmedro de los otros bienes significaría privación o lesión de su goce, frustrándose un interés legítimo que el orden jurídico no puede dejar de repudiar como un agravio a la dignidad del hombre (Bustamante Alsina, 1997, p. 233).

Los derechos de la personalidad son aquellos que constituyen manifestaciones determinadas, físicas o espirituales de la persona, fijadas por el ordenamiento normativo y llevadas al rango de bienes jurídicos. Estos bienes no tienen en sí mismos un valor económico, pues son derechos extrapatrimoniales, pero su violación puede dar lugar a una reparación del daño material o moral que se satisface en una suma de dinero; esto es, en un valor pecuniario. Es que si bien, no tienen valor económico, son sin duda de mucha importancia, porque el hombre los posee por su calidad de tal y le sirven para desenvolver su personalidad en el ámbito de la sociedad en que vive, satisfaciendo sus necesidades materiales y los fines éticos que está destinado a cumplir (Bustamante Alsina, 1997).

2.1 Derecho a la Intimidad. Concepto.

El respeto a la intimidad de la vida privada constituye uno de los llamados derechos de la personalidad, juntamente con el derecho a la vida, a la integridad física, a

la libertad, al honor, a la disposición del propio cuerpo, etc. El derecho a la intimidad es el derecho a exigir el respeto de la vida privada y familiar de cada persona, garantizándose el normal desenvolvimiento y la tranquilidad particular, sin que, en modo alguno, y fuera de los casos permitidos por la ley, se admitan intromisiones extrañas (Bustamante Alsina, 1997).

El derecho a la intimidad tiene sustento en lo dispuesto por el art. 19 de nuestra Constitución: “Las acciones privadas que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados”. También en el art. 18: “El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados, y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación”.

El derecho a la intimidad ampara el derecho a ser dejado a solas, pues la incolumidad del principio de determinación autónoma de la conciencia requiere que la persona sea dejada a solas por el Estado, no por la religión y la filosofía, cuando toma las decisiones fundamentales de la vida, o cuando se enfrenta a ellas (Gelli, 2013, p. 354).

Con el resguardo a la intimidad se protege de la mirada de terceros, un área personal vedada a los demás, al poder público o los particulares (Gelli, 2013).

Cifuentes lo ha expresado a través de bellas palabras: “Es, en fin, en la soledad o aislamiento total donde el hombre se encuentra para interiorizarse y alimentar el vuelo de su

espíritu. Allí puede nacer el genio; desarrollarse el talento; descubrirse el misticismo; aparecer la inspiración estética; explayarse el amor... alguna bajeza, algún defecto que no se desea difundir. Masivo y destrozado aquel ser que en alguna medida no obtiene la soledad, momentos de vida interior y propia” (Zavala de González, 1996, p. 26, vol. 2d).

Acorde con el art. 12 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre: “Nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o reputación”. A su vez, en el art. 5° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre se proclama: “Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar” (Zavala de González, 1996).

El actual Código Civil y Comercial en su art. 1770 expresa: “El que arbitrariamente se entromete en la vida ajena y publica retratos, difunde correspondencia, mortifica a otros en sus costumbres o sentimientos, o perturba de cualquier modo su intimidad, debe ser obligado a cesar en tales actividades, si antes no cesaron, y a pagar una indemnización que debe fijar el juez, de acuerdo con las circunstancias. Además, a pedido del agraviado, puede ordenarse la publicación de la sentencia en un diario o periódico del lugar, si esta medida es procedente para una adecuada reparación”.

El goce de la intimidad sólo es factible en sociedades democráticas, respetuosas del pluralismo personal. En cambio, en sociedades autoritarias, no se respeta este derecho, porque todo autoritarismo necesita ser intrusor, a través de mecanismos represivos, pues la subsistencia del sistema se logra a partir del control y manipulación de la vida privada (Zavala de González, 1996).

2.1.1 Intimidad y actividad de los medios masivos de comunicación.

La intimidad puede verse afectada por el ejercicio del derecho a informar.

Debido a que los derechos a expresarse, informar y a recibir información constituyen libertades preferidas en los sistemas democráticos, pues ayudan en el control que ejercen sobre la actividad gubernamental, las autoridades o las personas con actividad pública son las más expuestas por la difusión de aspectos de su vida privada (Gelli, 2013).

La regla según la cual a mayor responsabilidad política o social menor protección de la intimidad, no debería ser tan absoluta. Aunque suele suceder que muchas personalidades políticas y sociales utilizan la prensa para lograr la atención y consideración positiva del público, y en ello develan aspectos de su intimidad sobre los que podrían reservarse (Zavala de González, 1996).

Ello, sin embargo, no quita el hecho de que los medios masivos de comunicación suelen ser grandes agresores del derecho a la intimidad. Ya sea que se trate de una persona pública o privada existe un área de exclusión reservada a cada persona y sólo penetrable por su libre voluntad. Tal exclusión no sólo se impone como un límite al poder estatal, sino también a la acción de los particulares, especialmente cuando estos integran grupos que, como los medios de comunicación, ostentan un poder social considerable, ante el cual debería protegerse a los ciudadanos (Zavala de González, 1996).

2.1.2 Las figuras públicas y el derecho a la intimidad.

Las personas que han alcanzado cierta fama o notoriedad, en razón de su actividad pública cualquiera sea la índole de esta última (política, sindical, artística,

literaria, deportiva, etc.) tienen también derecho a la intimidad (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Según cierta doctrina en Estados Unidos de América, la tutela de la vida privada de las personas públicas sufriría una minoración sustancial o resultaría casi inexistente. Ello por cuanto, existirían intereses superiores que autorizarían a penetrar en el ámbito de su intimidad. También se alude a que ellos exponen su intimidad voluntariamente y que por esa razón puede llegar a conocerse sus aspectos más íntimos, e inclusive ser atacados y agraviados, y que respecto a ellos la comunidad tiene derecho a conocerlo todo (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Para Pizarro y Vallespinos (2012), los hombres o personajes públicos tienen como cualquier otra persona, derecho a la vida privada y gozan, de tutela jurídica a su intimidad. Sin embargo, los niveles de tutela pueden decrecer cuando la función social que cumplen estos personajes y su divulgación responda a un interés general prevaleciente en el caso concreto. Así, forma parte de la intimidad de una persona su estado de salud, pero tratándose, por ejemplo, del Presidente de la Nación, es necesario conocer los aspectos atinentes a ella por la lógica vinculación con la función que desempeña. En tanto la vida afectiva o familiar de un funcionario público, mientras no se vincule con su actividad, están al margen de la curiosidad de terceros.

2.1.3 Análisis del Fallo "Ponzetti de Balbín, Indiana c. Editorial Atlántida S.A."

En el célebre caso "Ponzetti de Balbín" se encontraban en juego los límites jurídicos al derecho de información en relación directa con el derecho a la privacidad o intimidad reconocido por el art. 19 de la Constitución Nacional, puesto que la difusión de

fotografías del doctor Balbín cuando se encontraba internado provocó el sufrimiento y mortificación de su esposa e hijo, quienes accionaron por daños y perjuicios (Cossari, 2015).

En el caso, en el mes de septiembre de 1981, la revista “Gente y Actualidad” había fotografiado al líder político, quien no ejercía cargo gubernamental alguno, en la sala de terapia intensiva en la que se lo asistía. La fotografía, obtenida sin conocimiento del afectado ni de su familia, fue publicada en la tapa de la revista y causó conmoción. Por esos días, el público seguía con interés la enfermedad de Ricardo Balbín, un personaje público de la política nacional; la esposa y el hijo del enfermo demandaron a la editorial por los daños y perjuicios causados con la publicación, amparándose en el entonces art. 1071 bis del Código Civil, alegando la violación al derecho a la intimidad del Dr. Balbín y al derecho a la intimidad familiar (Pizarro y Vallespinos, 2012; Gelli, 2013).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala F, confirmó el decisorio de primera instancia, que había acogido la demanda resarcitoria.

La Corte Suprema, con fundamento en el derecho a la privacidad e intimidad consagrados en el art. 19 de la Constitución Nacional, desarrolló una regla en virtud de la cual la actuación pública o privada de los personajes célebres cuya vida tiene carácter público, o la de los personajes populares, puede divulgarse en lo que se relaciona con la actividad que les confiere prestigio o notoriedad, siempre y cuando lo justifique el interés general. No obstante, para el Tribunal el avance sobre la intimidad de esas personas no autoriza a dañar la imagen pública ni el honor de ellas y menos a sostener que no tienen un sector o ámbito de la vida privada protegida de toda intromisión (Gelli, 2013).

El decisorio resuelve sobre numerosas cuestiones relativas al tema:

1. Se proclama que el derecho a publicar ideas por la prensa no es absoluto, es decir el Tribunal admite la aplicación de la Teoría del abuso del derecho en materia informativa.
2. Se afirma que la protección del ámbito de intimidad de las personas, tutelado por la legislación común, no afecta la libertad de expresión garantizada por la Constitución, ni cede ante la preeminencia de ésta. También es necesario para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad.
3. Se advierte la existencia de una verdadera intimidad familiar. Debe repararse en que los actores, esposa e hijo del citado dirigente político, invocaron un perjuicio propio, a raíz de la turbación de la intimidad familiar, producida por la divulgación de las fotografías.
4. Se reconoce que los personajes públicos tienen como todo otro habitante el amparo constitucional para su vida privada. Si bien había interés público en conocer sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín, esto no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió con la publicación de la fotografía, en la que la prensa se excedió con “innoble brutalidad” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 692, t. 5).
5. Por último, la Corte establece los límites del derecho a la vida privada que tampoco es absoluto. Se sostiene que la seguridad nacional, la seguridad pública y las situaciones de emergencia en tiempos de guerra o de paz, el bienestar económico del país, la lucha contra el desorden y el crimen, la protección de la

salud, la administración de justicia civil, y la libertad de expresión son límites del derecho a la intimidad (Pizarro y Vallespinos, 2012).

El Tribunal es categórico en esta materia: “sólo podrá justificarse la intrusión en la intimidad cuando en el caso concreto medie un interés superior y siempre que por ley se disponga tal solución” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 693, t. 5).

La sentencia en “Balbín”, procura un equilibrio ajustado entre derechos constitucionales, “intimidad y responsabilidad por el ejercicio de la libertad informativa” y distingue diferentes hipótesis, personales y circunstanciales, para fijar la responsabilidad de los medios de comunicación (Gelli, 2013).

2.2 Derecho al Honor. Concepto.

El honor puede dividirse en honor subjetivo y honor objetivo. El honor subjetivo, también llamado “honra”, es “el aprecio de la propia dignidad” o sea, la “valoración que cada uno tiene de sí mismo en cuanto sujeto de relaciones ético- sociales” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 695, t. 5). Es un estado de consciencia individual, un sentimiento de autovaloración (Pizarro y Vallespinos, 2012).

El concepto de honor objetivo, en cambio, se refiere a “la valoración que otros hacen de la personalidad ético-social de un sujeto” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 695, t. 5); se relaciona con la reputación, la buena o mala fama, la estima y el respeto que el sujeto puede merecer frente a terceros. De esa valoración depende, a veces, la valoración que tenga el individuo de sí mismo; no porque ella se encuentre condicionada por lo que otros piensan, “sino porque pocos sentimientos son tan gratos para el hombre y le

provocan mayor satisfacción personal que saberse aceptado y honrado por lo demás” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 695, t. 5; Zavala de González, 1997).

La distinción no tiene sólo un valor didáctico. Además, posee trascendencia para determinar el alcance del daño. Así, éste será más reducido en el caso de injuria sólo conocida por el ofendido o cuyo contenido es inverosímil y no creído por los demás; en cambio, el perjuicio es más grave cuando, además de la autoestima, se afecta la fama o reputación de una persona (Zavala de González, 1997).

“El honor es el bien más elevado, pues su pérdida priva al hombre de relación con la sociedad, que es indispensable para el desarrollo de la personalidad” (Zavala de González, 1997, p. 346, vol. 2c).

De la fama de una persona dependen sus posibilidades de éxito. Quien es bien valorado es merecedor de confianza, de crédito moral, de oportunidades en lo económico y en lo social. Lo contrario, una persona tenida socialmente por deshonesto, sufre una minoración en sus posibilidades objetivas, con secuelas espirituales y patrimoniales. Por ello, se entiende que el honor, representa para el hombre sinónimo de dignidad y que su pérdida pueda significar casi una muerte civil (Pizarro y Vallespinos, 2012).

El honor comprende facetas éticas, susceptibles de ser lesionadas por terceros. Pero también existen hechos, circunstancias, o situaciones que no son inmorales, delictivos o despreciables, y que afectan el prestigio o consideración social de una persona y que integran jurídicamente el concepto de honor. La protección no se limita sólo al honor moral también abarca el honor político, intelectual, económico, social, profesional, etcétera. No se tutela sólo las ofensas contra la personalidad ético-social,

además se tutelan las ofensas al carácter, y a las capacidades. Así, por ejemplo, que se diga de un abogado, que carece de conocimientos, o no tiene el temperamento necesario para ejercer su profesión (Zavala de González, 1997).

2.2.1 Atentados contra el honor. Calumnias e injurias cometidas a través de la prensa.

Los ilícitos que atentan contra el honor pueden ser cometidos a través de los medios masivos de comunicación. La necesidad de vender más, el rating, las urgencias económicas que impone la publicidad, la competencia y el trastocamiento de valores éticos y profesionales hacen que los medios no resistan la tentación de publicar lo que no deben, aun cuando puedan atentar gravemente contra los derechos esenciales de una persona (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Basta con observar en la televisión los numerosos programas que conciben a la información como un “show” o como un “espectáculo” de entretenimientos en donde abunda el morbo, o leer buena parte de los diarios y revistas que se lanzan al mercado. El daño que se puede llegar a causar al protagonista de la noticia es inmenso y sus proyecciones difíciles de percibir de manera total. De allí que surge la necesidad de una protección individual y comunitaria frente a estos abusos (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Tanto periodistas, profesionales y medios masivos de comunicación deben extremar los recaudos para ejercer regularmente su derecho a informar sin agraviar a terceros. Por tal motivo, cuando se trate de informaciones que puedan importar lesión al honor de una persona, deben utilizarse formas no asertivas, el modo potencial para los

verbos y, eventualmente, de ser necesario reservarse la identidad de los implicados (Pizarro y Vallespinos, 2012).

“Constituyen injuria las expresiones orientadas a provocar al destinatario final un sentido de afrenta y que busca su desconcepto, no sólo ante los demás, sino ante sí mismo” (Zavala de González, 1997, p. 345, vol. 2c). Injuriar puede hacerse, incluso, diciendo lo que es verdadero y se responsabiliza a quien expresa una verdad, cuando la misma es nociva para el honor ajeno y no existe un motivo justificado para darla a conocer (Zavala de González, 1997).

Sólo hay ofensa contra el honor cuando los hechos o la imputación que se hace, son disvaliosos en función de las valoraciones sociales. Ello implica que debe descartarse la responsabilidad cuando la imputación no tiene un contenido despectivo, aunque hiera la susceptibilidad del interesado. Así pues, es injuria imputar a alguien una actividad indeseable, pero no atribuirle ineficacia en su desarrollo, por ejemplo, jurídicamente no ofende el honor decir de un sujeto que, como proxeneta, es un pésimo comerciante y sí en cambio, afirmar que es proxeneta (Zavala de González, 1997).

Acorde con el Código Penal, calumnia es la falsa imputación de un delito que dé lugar a la acción pública (art. 109, Código Penal), mientras que incurre en injuria quien “... deshonrarse o desacreditare a otro...” (art. 110, Código Penal). La calumnia es generalmente más grave que la injuria y genera un perjuicio superior (Zavala de González, 1997).

2.2.2 *El caso “Campillay, Julio C. c. La Razón, Crónica y Diario Popular”.*

El caso “Campillay” constituye uno de los fallos más significativos dictados hasta el presente por nuestra Corte Suprema de Justicia acerca de la responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación por noticias inexactas (Pizarro y Vallespinos, 2012).

En medio de los conflictos de los derechos constitucionales como la intimidad, el honor, la privacidad, etcétera, con la libertad de expresión, la Corte Suprema estableció reglas de protección a la libertad de informar, sin menoscabo de aquellos derechos. Con la creación de la doctrina “Campillay” se busca proteger la noticia de interés o relevancia pública, que reproduce lo manifestado por un tercero, aunque aquélla resulte inexacta (Gelli, 2013).

En el caso, en 1980, los tres diarios demandados publicaron una información que involucraba y calificaba al actor como integrante de una asociación delictiva, dedicada al robo y tráfico de estupefacientes. La fuente de la información provenía de un comunicado de la Policía Federal, contenía inexactitudes y subjetividades respecto del actor, que los diarios se limitaron casi a reproducir, aunque sin revelar su origen. La pretensión resarcitoria fue acogida en primera y segunda instancia y este último pronunciamiento, confirmado por la Corte Suprema, con disidencias de los ministros Caballero y Fayt (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La Corte reiteró que el derecho a dar y recibir información no es absoluto e impone las responsabilidades ulteriores que puedan generarse a raíz de los abusos producidos. El ejercicio del derecho a informar no puede extenderse en detrimento de la necesaria armonía con los restantes derechos constitucionales, entre los que se encuentra el de la integridad moral y el honor de las personas. A partir de estas premisas, se elaboró

una aceptable doctrina, que llevó en el caso, a atribuir responsabilidad a los medios involucrados en la causa mencionada (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La Corte sostuvo, con buen criterio, que el honor de las personas puede verse afectado no sólo por los delitos penales de injuria y calumnia, sino también por cualquier lesión injustificada, que “resulte de un acto meramente culpable o aun del ejercicio abusivo del derecho de informar”. De allí, que el propietario o el editor del periódico que da a conocer las falsas imputaciones no puede quedar exento de la responsabilidad civil emergente de tales actos. Conforme a estas valoraciones, se amplía sensiblemente la tutela de la dignidad de la persona, que puede verse traspasada por conductas dolosas, culposas, o abusivas (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Otro enfoque sostenido por la Corte, fue que la seriedad debe primar en la misión de difundir noticias que puedan dañar la reputación de personas. Admitida la imposibilidad de verificar la exactitud de la noticia, el Alto Tribunal, imponía atribuir la información directamente a la fuente pertinente, utilizando un tiempo de verbo potencial, o dejando en reserva la identidad de los implicados en el ilícito. En el caso, la fuente emanaba de un comunicado policial, pero los periódicos no lo mencionaron. Para el Tribunal eso significó que aquellos hicieron suyas las afirmaciones vertidas y aceptaron la responsabilidad consecuente. Por otra parte, el afectado no era un funcionario ni una persona pública, pero la noticia (asociación delictiva, tráfico de estupefacientes) tenía interés público (Pizarro y Vallespinos, 2012; Gelli, 2013).

La exigencia de la mención de la fuente, excepto si el informador empleaba el tiempo de verbo potencial o silenciaba la identificación del implicado, se mantuvo en el tiempo. De este modo, la doctrina del Tribunal requiere la “veracidad objetiva en la

transcripción” de la fuente, aunque la noticia, en sí misma, fuese falsa o total o parcialmente errónea (Gelli, 2013).

Esta regla, tuvo como fin equilibrar los intereses en conflicto: la necesidad social de la circulación de las noticias relevantes o de interés público, para que se puedan oír todas las voces, y la protección del honor de las personas (Gelli, 2013).

2.2.3 *El caso “Costa Héctor R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”.*

Pocos tiempo después del caso “Campillay”. La Corte Suprema dictó otro trascendente fallo, que sigue los lineamientos de aquél, aunque con algunas particularidades.

En mayo de 1987 un equipo periodístico de Canal 11 filmó una conversación en la vía pública, entre el actor, que era agente municipal, y un vendedor ambulante, acto seguido procedió a entrevistar a este último, en un marco de serias sospechas por la presunta comisión del delito de cohecho (Pizarro y Vallespinos, 2012).

El acontecimiento tuvo repercusión en ciertos medios de comunicación, que dieron por cierta la consumación del delito, utilizando títulos sensacionalistas: “Con las manos en la masa”. “Por primera vez se filmó una coima”. Sin embargo, las imputaciones resultaron falsas y el actor, sobreseído definitivamente en sede penal por inexistencia del delito (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, hizo lugar a la demanda resarcitoria por daño moral y condenó a los medios a la obligación accesoria de publicar

la sentencia. Este decisorio fue confirmado, por mayoría, por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.3 Derecho a la imagen. Concepto.

Tradicionalmente, se había encuadrado la violación de la imagen dentro de la órbita de la protección del honor o de la intimidad. Ello por cuanto la imagen al representar los rasgos físicos de una persona, se convertía en el vehículo idóneo para mostrar cualidades desfavorables desde el punto de vista de la reputación, para dar a conocer aspectos reservados, o bien, para falsear la personalidad (Zavala de González, 1996).

Con motivo de lo expuesto, algunos niegan la existencia de un verdadero derecho a la imagen, sin excluir que su obtención o explotación constituyan, un medio de invasión de otros derechos o intereses jurídicos (Zavala de González, 1996).

Aunque es innegable la relación del derecho a la imagen con otros derechos personalísimos, como el honor y la intimidad (con respecto a este último pueden citarse dos casos coincidentes: las publicaciones de las fotografías de dos personajes políticos, obtenidas en momentos de su agonía; Bismark y Balbín), el derecho a la imagen tiene autonomía y se percibe con claridad cuando se hace cesar por ilícita una publicación abusiva, aunque no ofenda el honor, la intimidad u otro derecho personalísimo; como por ejemplo en el caso que se utilice la foto de una persona tomada en la vía pública para una publicidad (Zavala de González, 1996).

Salvo factores de excepción, está prohibida la exposición no consentida, a pesar de que no cause ningún gravamen al decoro, reputación o identidad personal de él o los

afectados. Es decir, no es necesario demostrar que como consecuencia de la exposición se ha afectado el honor o la reputación del sujeto, pues como ya se afirmó el derecho a la imagen es autónomo y ocupa un alto puesto en la escala de valores humanos íntimamente relacionados con la personalidad. Por ello, debe concluirse que la violación de la voluntad de la persona de no autorizar la reproducción artística o fotográfica de la imagen es, por sí misma, un daño de tipo moral (Zavala de González, 1996).

El art. 31 de la ley 11.723 establece: “El retrato fotográfico de una persona no puede ser puesto en el comercio sin el consentimiento expreso de la persona misma; y muerta ésta, de su cónyuge e hijos o descendientes directos de éstos o, en su defecto, del padre o de la madre. Faltando el cónyuge, los hijos, el padre o la madre, o los descendientes directos de los hijos, la publicación es libre. La persona que haya dado su consentimiento puede revocarlo resarcido daños y perjuicios. Es libre la publicación del retrato cuando se relacione con fines científicos, didácticos y en general culturales o con hechos o acontecimientos de interés público o que se hubieran desarrollado en público”.

Esta norma podría decirse que esta metodológicamente mal ubicada, porque está emplazada dentro de una ley sobre tutela de la propiedad intelectual, pero del contenido de aquella surge la protección al derecho a la imagen, a su reproducción, en cuanto entraña creación artística y no afecta el derecho del autor del retrato, sino el que posee el mismo retratado sobre su imagen (Zavala de González, 1996).

Acorde con lo previsto por el art. 31 de la ley 11.723, y como regla general, se prohíbe en el comercio el retrato fotográfico de una persona. Sin embargo, la prescripción resulta extensible a cualquier otra técnica de reproducción de los rasgos físicos de una

persona, independientemente del procedimiento utilizado y del soporte material en el cual se fija la imagen. Es necesario aclarar, que la reducida y aun inexistente explotación comercial no libera de responsabilidad, ya que la expresión “poner en el comercio”, utilizada por la ley, debe entenderse en el sentido amplio de exhibición, difusión o publicación con cualquier finalidad (Zavala de González, 1996).

Las excepciones previstas por el art. 31 ley 11.723, que son los supuestos que autorizan la utilización de la imagen ajena, son: el consentimiento del interesado, ya que el permiso de la persona de cuya imagen se trata constituye una condición general para que sea legítima su instrumentación; asuntos de interés general, serían los fines científicos, didácticos y en general culturales; los acontecimientos desarrollados en público y el fallecimiento de la persona cuya imagen se trate, si no existen parientes sobrevivientes o si ha vencido el plazo máximo legal (Zavala de González, 1996).

3. Conclusión parcial del capítulo.

Hay que destacar la trascendencia que tienen los derechos personalísimos: intimidad, honor, imagen, como elementos que hacen a la dignidad del hombre, los cuales se ven seriamente lesionados, muchas veces, por el accionar de los medios, en su trabajo de difundir o publicar notas, noticias, ideas u opiniones. Este conflicto entre los derechos de la personalidad y los derechos de la libertad de expresión, de prensa, o de información podría solucionarse procurando una armonización entre ellos, teniendo en cuenta que ningún derecho es absoluto ni superior a otro en la escala de valores. Puesto que, aquí, el problema no se trata de considerar a uno u otros más importantes o dignos de protección, pues todos han de ser protegidos. Se trata, simplemente, de compatibilizarlos, de que ambos puedan ejercitarse, sin que uno se imponga sobre los demás, debería estarse al

caso en concreto para así analizar sus circunstancias particulares y poder el intérprete o juez decidir conforme un justo razonamiento cual de ello es el que debe primar en la decisión judicial.

En principio podemos decir que: “la libertad de expresión puede y debe ejercerse sin lesionar otros intereses personalísimos” (Zavala de González, 1996, p. 224, vol. 2d)

En el próximo apartado abarcaremos el tema de la “Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación Social”, sus presupuestos, antijuricidad, factor de atribución, y cómo debe repararse el daño derivado de noticias o informaciones inexactas o agraviantes.

Capítulo 5

“Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación Social”.

1. Introducción parcial del capítulo.

En el Capítulo V, se tratará la Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación Social, es decir se analizarán los distintos presupuestos de la responsabilidad civil proyectados a la responsabilidad de los medios masivos de comunicación: la antijuricidad, el factor de atribución y las distintas doctrinas que fundan la responsabilidad de la prensa. Sumado a ello, se elaborará, una breve reseña acerca de la Doctrina de la Real Malicia, la Doctrina Campillay, y el Derecho a Réplica, como así la importancia que revisten estos institutos como factores que podrían excluir la responsabilidad de los medios.

2. Los Presupuestos de la Responsabilidad Civil de los Medios Masivos de Comunicación.

Analizaremos ahora, los distintos presupuestos de la responsabilidad civil proyectados a la responsabilidad de los medios masivos de comunicación social.

2.1 La Antijuricidad.

En este presupuesto valdría preguntarse ¿cuándo la actividad de los medios de comunicación social puede ser reputada antijurídica y cuáles han de ser los límites entre lo lícito y lo ilícito en materia de publicaciones y difusión de noticias, ideas u opiniones?;

¿tienen los medios el derecho de publicar lo que les plazca, aun lesionando gravemente el honor, imagen, intimidad o dignidad de los protagonistas de la información?

Para responder a estas preguntas se debe partir de un principio fundamental que es que: “toda transgresión al honor, a la intimidad y a la imagen de la persona por los medios masivos de comunicación debe ser reputada antijurídica, salvo que medie causa de justificación” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 679, t. 5).

No existe motivo que permita al medio de comunicación apartarse del principio rector en la materia, el “alterum non laedere”. Dichos medios no gozan de una situación privilegiada, y deben, como cualquier otro sujeto, ser alcanzados por el juicio de antijuricidad cuando causen daños a terceros derivados de su actividad. Salvo, claro está, que medie causa de justificación como podría ser el ejercicio legítimo y regular de su derecho a informar (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La causa de justificación más frecuente e importante que pueden invocar los medios de comunicación para desvirtuar el juicio de antijuricidad es “el ejercicio legítimo y regular de su derecho a informar”. Por lo tanto, es necesario precisar los alcances de ese derecho a la libertad de informar, pues más allá de ellos ninguna protección podrá ser dispensada (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2 El Factor de Atribución.

Con respecto al análisis sobre el factor de atribución que justifica la obligación de resarcir de los medios de prensa; en primer lugar, veremos el tema con relación a los daños causados por informaciones inexactas o agraviantes, y, en segundo término, con

relación a los daños provenientes de la expresión de ideas y opiniones (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.1 Daños provenientes de informaciones inexactas o agraviantes.

En cuanto a los daños por informaciones inexactas o agraviantes, saber cuál es el factor de atribución aplicable en los supuestos de responsabilidad civil, ha dividido a la doctrina:

2.2.1.1 Doctrina de la responsabilidad subjetiva.

Para una primera posición, ampliamente mayoritaria en la doctrina nacional y avalada por precedentes jurisprudenciales, el factor de atribución es subjetivo y basado en la idea de culpa o dolo. Quienes adhieren a esta idea sostienen que la responsabilidad derivada de la difusión de noticias inexactas sólo puede tener fundamento en la culpabilidad porque así lo exigirían los arts. 1721, 1724, 1725 del Código Civil y Comercial, y atento a que resultarían inaplicables los arts. 1722, 1732, 1757, 1758 C. C. y C., por no tratarse de daños provenientes de cosas (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Dentro de este orden de ideas, se distingue la información falsa de la errónea. En ambos casos la información no es verdadera, pero cuando ella se da falsamente consiste en un acto consciente y deliberado con el fin de engañar, el informador obra con dolo o de mala fe. En cambio, cuando la información se da por error consiste en un acto no consciente que no se quiere, no se siente, no se piensa, el informador obra de buena fe. Si la información no verdadera es transmitida con falsedad el autor es responsable penal y civilmente según la naturaleza del bien jurídico afectado, y si la información no verdadera es transmitida por error, el autor no sería responsable civilmente del perjuicio

causado si el error fuese excusable, es decir, si hubiese empleado los debidos cuidados, atención y diligencia para evitarlo. Sí sería responsable, si hubiere faltado al deber de veracidad que consiste en el obrar cauteloso y prudente en recibir y transmitir informaciones (Bustamante Alsina, 1997).

De acuerdo con esta concepción, los medios de comunicación social no deberían responder siempre por las inexactitudes deslizadas en lo que publican, porque tener que hacerlo en todos los casos reduciría seriamente sus posibilidades informativas. La verdad informativa no sería sino la realidad vista por el informador diligente que, como todo hombre, está condicionado por sus limitaciones y es propenso al error. La veracidad, objetividad, y exactitud de la información resultan, de tal modo, meras actitudes subjetivas del informador y no resultados exigibles por la actividad desplegada (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Este sistema basado en la culpa es defendido por los autores como un prudente modo de armonizar el equilibrio de los intereses comprometidos: libertad de expresión y derechos personalísimos. De allí, que toda solución en contrario, que consagre responsabilidades objetivas, dejaría a los medios de comunicación social expuestos a resarcir cualquier daño, por el mero hecho de haber difundido noticias inexactas o agraviantes, y provocaría un menoscabo irreparable para las libertades de expresión y de prensa (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Se advierten, sin embargo, matices dentro de esta corriente, que varían según los autores. En tanto algunos sólo admiten el factor subjetivo de atribución, rechazando de plano los factores objetivos incluso en hipótesis de excepción (abuso del derecho, riesgo creado), otros, en posición más flexible no descartan esto último, reconociendo en mayor

o menor medida, supuestos excepcionales de responsabilidad objetiva de los medios de prensa (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.1.2 Doctrina que funda la responsabilidad de los medios en la culpa, pero que admite hipótesis residuales de responsabilidad objetiva, por aplicación de la teoría del ejercicio abusivo de los derechos.

Esta variante, pese a admitir el principio de la responsabilidad subjetiva antes mencionado, reconoce ciertas excepciones, en las que, la responsabilidad de los medios sería objetiva. La mayoría de los autores que participan de esta tesis coinciden en admitir la responsabilidad objetiva de los medios de prensa cuando se ejerce abusivamente el derecho a informar (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Si la libertad de expresión excede los límites, en virtud de los cuales ha sido reconocida, se abusa y causa perjuicio, genera responsabilidad ante el damnificado. Aquí el abuso no se predica de la veracidad o falsedad de la noticia o información, sino de haber traspasado el límite externo de la libertad, atendiendo a los fines que en una sociedad democrática han conducido a garantizarla. Por ejemplo, la intimidad sería un límite externo del derecho de informar y toda intrusión arbitraria, es decir sin que medie un interés público prevaleciente, resultaría abusiva y apta para generar responsabilidad objetiva (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.1.3 Doctrina de la responsabilidad objetiva fundada en el deber legal de garantía del principal por el hecho de sus dependientes.

Esta posición, compatible con las anteriores, ha sido sustentada por Kemelmajer de Carlucci y Parellada. Para estos autores, debería formularse una necesaria distinción:

por un lado, la responsabilidad objetiva del medio de comunicación, fundada “en el deber legal de garantía o el riesgo provecho por la actividad de sus dependientes u órganos”, y por otro, la de los periodistas, que sería una responsabilidad profesional, con base subjetiva, en la que “del error o inexactitud de la información surge la presunción de culpa que debe desvirtuar quien ha difundido la noticia errada, acreditando que ha tomado las diligencias debidas para evitarlo” (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Según esta doctrina se aplicarían para los medios la responsabilidad del principal por el daño causado por sus dependientes, administradores o representantes, en ejercicio u ocasión de sus funciones (art. 1753 Nuevo Código Civil y Comercial). Conforme a ello, sería indispensable que el dependiente haya obrado de manera antijurídica y culpable en ejercicio u ocasión de sus funciones, para que pueda comprometerse la responsabilidad objetiva del medio. Por lo tanto, siempre será necesario indagar sobre la culpabilidad del dependiente, como requisito condicionante para que funcione la responsabilidad objetiva del principal (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.1.4 Doctrina que consagra como principio la culpa, pero que admite con mayor amplitud otros supuestos de responsabilidad objetiva.

Esta posición subjetivista, pero mucho más flexible, es sostenida por Zavala de González, quien, luego de proclamar que en materia de responsabilidad de los medios de prensa es suficiente la presencia de culpa, reconoce que pueden configurarse supuestos de responsabilidad objetiva, como el abuso del derecho y la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. Esta autora cordobesa admite, además, otros supuestos de responsabilidad objetiva de los medios de prensa, como “la responsabilidad con fundamento en la equidad, por aprovechamiento económico de una información errónea y

nociva, aunque se la haya brindado por error excusable”, y “la responsabilidad del titular de la actividad por fallas en la organización del servicio, humanas o materiales” (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Así valorada la cuestión, el subjetivismo solo quedaría en el plano de los principios que se proclaman ya que, en los hechos, la mayor parte de los supuestos de responsabilidad de los medios cae, dentro del campo de la responsabilidad objetiva. Otra interesante posición sustentada por Andrada, encuadra la responsabilidad de los medios bajo la órbita del factor objetivo “abuso del derecho”, salvo en el ámbito de la crítica política, donde regiría el principio de culpa (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.1.5 Doctrina de la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado. El riesgo de la actividad.

Pizarro y Vallespinos (2012), y un sector minoritario de la doctrina nacional, se inclinan por esta solución. Los autores sostienen que la responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación (y de los periodistas) derivada de informaciones que versan sobre hechos, noticias inexactas o agraviantes, es objetiva y basada en la idea de riesgo creado por la actividad desarrollada (art. 1757 del Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, antes era el art. 1113 del Código Civil).

Las dependencias económicas de los medios, la nueva dinámica informática, la comercialización de la información, la industrialización de la prensa, el rol de la publicidad, el impacto tecnológico en la comunicación social, la concentración de empresas, la velocidad con que se difunde una noticia, que no siempre es corroborada o confirmada como correspondería, y, la vertiginosidad que imponen los nuevos tiempos,

son aspectos decisivos para configurar una actividad típicamente riesgosa para terceros (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Negar el carácter riesgoso de la actividad que despliegan los medios cuando publican informaciones es negar la realidad. Se sostiene, erróneamente, que someter a los medios en casos de noticias inexactas o agraviantes a una responsabilidad objetiva implicaría aniquilar la libertad de prensa, por cuanto sería imposible verificar siempre la exactitud o veracidad de todo lo que se publica. Para los autores citados, tales aseveraciones no revisten el menor análisis, bajo el ropaje de la culpa del medio, de la denominada “verdad periodística”, de la veracidad y de la objetividad de la información no como resultados, sino como meras actitudes del informador, se esconde un privilegio económico inadmisibles a favor de los medios (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Se puede decir, para revertir estas ideas, que los órganos de prensa despliegan una actividad fundamental para la sociedad por ser un pilar de intereses superiores de la comunidad democrática, y que ello debería mitigar la responsabilidad. Sin embargo, no se debe otorgar a las empresas de comunicación un trato diferenciado en materia de responsabilidad, consistente en la no aplicación del tipo de responsabilidad que corresponde conforme a la actividad que despliegan (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Las empresas de comunicación podrían manifestar que están al servicio de una institución fundamental, la libre opinión pública, y que se les obliga a constatar las noticias de manera exhaustiva y a responder en caso de que no sean rigurosamente ciertas, y que, adoptar esa actitud permanentemente podría llevar a que la actividad dejase de ser rentable (Pizarro y Vallespinos, 2012).

A pesar de ello, y para concluir podemos decir que los medios de comunicación social deben asumir el riesgo que representan posibles inexactitudes como una consecuencia propia de la actividad por ellos desplegada y que sostener que su responsabilidad es objetiva no importa descartar que pueda haber mediado culpa o dolo del informador (Pizarro y Vallespinos, 2012).

2.2.2 Daños provenientes de la expresión de ideas y opiniones.

El tema presenta especial complejidad, pues aquí no es posible predicar la exactitud o inexactitud de lo informado: la expresión de ideas y opiniones provienen del interior del emisor. Las mismas pueden ser justas o injustas, agraviantes o no, pero nunca exactas o inexactas, verdaderas o falsas. Sólo de la afirmación de hechos se puede sostener la existencia de un deber de veracidad (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La expresión de ideas y opiniones goza de una muy amplia tutela constitucional (art. 14 y 32 C. N.), y como regla general, no genera responsabilidad civil (ni penal), salvo que transgreda ciertos límites internos, que deben ser precisamente determinados. Límites que a diferencia de lo que sucede con la información de hechos (noticia), no toman como referencia los requisitos de exactitud y veracidad ni objetividad sino otros, más delicados, como el agravio y el insulto innecesario e injustificado. Una inadecuada ponderación de estos aspectos puede llevar a cercenar peligrosamente la libertad de expresión (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Las manifestaciones que sean fundamentalmente opiniones, críticas y pensamientos referidos a cuestiones públicas, no pueden ser limitadas prácticamente en modo alguno, en tanto no implique la atribución de un proceso a otra persona, toda vez

que ello impediría la existencia de un proceso de discusión indispensable para el mejoramiento del manejo de las cuestiones públicas (CSJN, 24/6/08, “Patitó, José Ángel y otro c. Diario La Nación y otros”, CSJN-Fallos, 331:1530, dictamen del procurador general, punto VII).

La protección de la expresión de “ideas y opiniones”, está absolutamente consagrada por la Constitución en la etapa previa a la publicación, al abolir la censura previa. Permitir la publicación de ideas y opiniones, y, al mismo tiempo, consagrar límites demasiado rígidos a la hora de trazar la línea divisoria entre lo jurídico y lo antijurídico, puede en los hechos, llevar a la paradoja de desnaturalizar la garantía constitucional (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Ahora bien, una vez admitido el hecho de que el principio en esta materia es el de la “irresponsabilidad” por la expresión de ideas y opiniones y que la responsabilidad sólo opera cuando se transgreden ciertos límites, una vez constatada la conducta objetivamente antijurídica ¿Cuál sería el factor de atribución en materia de daños causados por la expresión de ideas y opiniones agraviantes? En el área penal, se exige que el autor actúe con conocimiento del valor agravante de la expresión empleada y con la finalidad de ofender (dolo). En el ámbito civil, la opinión está dividida, para quienes sustentan dicha responsabilidad en parámetros subjetivos, será menester siempre la presencia de culpa, probada o presumida, en la conducta del periodista o del medio que formula la idea u opinión agraviante. Otros aluden a un factor de atribución objetivo, con la aplicación de la doctrina del abuso del derecho, porque quien transgrede los límites que el ordenamiento reconoce al derecho de emitir ideas y opiniones puede, incurrir en un “ejercicio abusivo de su derecho”, idóneo para generar consecuencias resarcitorias. Una

tercera posible solución sería aplicar la responsabilidad civil objetiva por actividades riesgosas, cuando la expresión de ideas y opiniones agraviantes, se realice a través de los medios masivos de comunicación, de acuerdo con lo expresado para los daños por informaciones que versan sobre hechos (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Para los autores citados, Pizarro y Vallespinos (2012), tratándose de daños derivados de la expresión de ideas y opiniones agraviantes, el factor de atribución no puede ser sino “subjetivo”, basado en la idea de dolo o culpa, a diferencia de lo que sucede con los daños causados por informaciones en sentido estricto (noticias), ámbito en el que rige (según la opinión de los autores), la doctrina del riesgo creado.

Para concluir podemos decir que en materia de expresión de ideas y opiniones rige el principio de la irresponsabilidad, sólo en forma excepcional, cuando aquéllas transgredan sus “límites internos”, incursionando en el campo del insulto o del agravio injustificado, opera la antijuricidad en la conducta del medio y la responsabilidad civil en tales circunstancias sería “subjetiva”.

3. Descripción de la Doctrina de la Real Malicia. “Actual Malice”.

3.1 Breve reseña histórica.

Todo comienza con el caso “New York Times contra Sullivan”, donde L.B. Sullivan comisionado de la ciudad, se siente agraviado por las expresiones vertidas en el diario New York Times por una solicitada contra la policía ya que ésta estaba bajo su autoridad (Carbonell, 2014).

En la solicitada, cuatro clérigos afroamericanos del Estado de Alabama criticaban la actuación de las autoridades respecto a algunas manifestaciones en favor de los

derechos civiles, varias de ellas encabezadas por Martin Luther King. El señor Sullivan se sentía aludido por la inserción, ya que era el responsable del cuerpo de policía al que se criticaba, y señalaba que varias de las afirmaciones que se vertían eran falsas, como en efecto se demostró que lo eran en el curso del juicio. Sullivan obtuvo de los tribunales de Alabama el derecho a una indemnización por daños en su reputación, profesión, negocio u oficio, pero la Corte Suprema revocó esas sentencias al declarar inconstitucional la ley en la que se basaban, ya que violaba las enmiendas Primera y Decimocuarta y suponía una vulneración de la libertad de expresión (Carbonell, 2014).

La sentencia de la Corte fue dictada el 9 de marzo de 1964 y con una votación de 9 a 0 (Carbonell, 2014).

En la opinión de Brennan, cierto grado de abuso es inseparable del uso adecuado de la libertad de expresión, a partir de la cual el gobierno y los tribunales deben permitir que se desarrolle un debate “desinhibido, robusto y abierto”, lo que puede incluir expresiones cáusticas, vehementes y a veces ataques severos desagradables hacia el gobierno y los funcionarios públicos. Los enunciados erróneos son inevitables en un debate libre, y deben ser protegidos para que la libertad de expresión pueda sobrevivir. Las normas deben impedir que un funcionario público pueda demandar a un medio de comunicación o a un particular por daños causados por una difamación falsa relativa a su comportamiento oficial, a menos que se pruebe con claridad convincente que la expresión se hizo con malicia real, es decir, con conocimiento de que era falsa o con indiferente desconsideración de si era o no falsa (Carbonell, 2014).

En la jurisprudencia posterior, la Corte se ha mostrado oscilante acerca de si la doctrina del caso Sullivan podía extenderse a particulares, y concretamente a personajes

públicos como actores, atletas o personas que, sin ser funcionarios públicos, eran conocidos por la opinión pública. Bajo ciertas circunstancias la Corte ha extendido a estos sujetos la tesis de Sullivan, pero en otros casos no (Carbonell, 2014).

3.2 Doctrina de la Real Malicia.

Elaborada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en 1964, la Doctrina de la Real Malicia tuvo por fin proteger a la prensa de las demandas de los funcionarios públicos afectados en su honor por informaciones de aquélla, que no se ajustaban a la verdad objetiva de lo sucedido (Gelli, 2013).

Según ella, los funcionarios públicos y las figuras o personajes públicos afectados en su honor por noticias inexactas o agraviantes deben probar que la información fue efectuada a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación acerca de las circunstancias; en cambio, a los particulares les basta, en principio, con acreditar una negligencia simple para que proceda la reparación (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Los fundamentos de dicha doctrina radican en la necesidad de brindar una adecuada tutela a la libertad de expresión. En este orden de ideas, se sostiene que los simples particulares son más “débiles” que los funcionarios públicos y también que las figuras o personajes públicos (deportistas, artistas, escritores, políticos, etc.), puesto que estos últimos tienen siempre la posibilidad de acceder fácilmente a los medios de comunicación para defenderse (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Según Bidart Campos (2006), se trata en realidad, de una “inversión en la carga de la prueba”, porque es el afectado quien debe acreditar que el acusado obró con “real malicia”.

La incorporación de la doctrina al derecho positivo de la República Argentina fue considerada innecesaria. Sin embargo, en los últimos años se ha proyectado decididamente en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, sin duda alguna, la recepta de manera decidida y categórica (Gelli, 2013; Pizarro y Vallespinos, 2012).

Cabe ver, en la sentencia del 12 de noviembre de 1996 en el caso “Morales Solá Joaquín”, suscripta por los nueve jueces de la Corte, el tribunal acogió las pautas vertebrales de la doctrina, al dejar sin efecto la condena penal que en segunda instancia había sido impuesta por el delito de injurias, es interesante destacar que no se trataba de noticias, informes o notas periodísticas, sino de una narración que Morales Solá había incluido en un libro de su autoría, por lo que el caso extendió la aplicación de esta doctrina de la real malicia más allá del “periodismo”, porque abarcó una obra escrita en forma de libro (Bidart Campos, 2006).

Para Pizarro y Vallespinos (2012), la doctrina de la real malicia carece de bases normativas que la sustenten dentro de nuestro derecho positivo. Ni en la Constitución Nacional, ni en los Pactos Internacionales sobre derechos humanos que tienen jerarquía constitucional, ni en el Código Civil se encuentra sustento para su aplicación. Nuestra Constitución Nacional otorga, a la libertad de publicar ideas por la prensa una enorme importancia, al tutelar las informaciones en la etapa previa a la publicación, impidiendo la censura previa. Pero una vez efectuada la misma, “no hay privilegios posteriores a la publicación”. Los medios de prensa y los periodistas son alcanzados por la responsabilidad, sin que puedan invocar algún privilegio. Una solución contraria debería estar expresamente consagrada por la Constitución Nacional, pues, de otro modo, se

quebrantaría inexorablemente el principio de igualdad que surge del art. 16 de la Carta Magna. Por ende, para estos autores, la denominada “doctrina de la real malicia” no sólo carece de bases constitucionales, sino que, además, es notoriamente inconstitucional, por quebrantar el principio de igualdad.

En mi opinión, es correcta la aplicación de esta doctrina, como lo hace la jurisprudencia argentina, por cuanto permite mayor libertad de expresión al no ser tan exigente con respecto a la veracidad y exactitud de la noticia, y sólo exigir que respondan los medios a las personas públicas, cuando se publiquen informaciones falsas, erróneas o agraviantes hechas con “real malicia”, ya que estos tienen mayor facilidad de acceso a la prensa para defenderse de alguna acusación, no así los simples particulares que carecen de esta facilidad y cuentan con una menor protección social para las injurias o calumnias que pueda manifestar la prensa hacia su persona.

Los autores Pizarro y Vallespinos (2012), manifiestan que la tutela de la libertad de expresión y de prensa, alcanzó durante los últimos años una adecuada protección en las cuestiones relativas a las responsabilidades civil y penal derivadas de abusos en el ejercicio de tal libertad, por lo que no hay necesidad de acudir a esta construcción importada de la real malicia, que los autores rechazan de plano. Las cuestiones atinentes a los daños derivados de la actividad de los medios de comunicación tienen, en nuestro sistema, un marco normativo preciso, conformado por las normas de derecho común que regulan la responsabilidad por daños.

A pesar de ello, la Corte Suprema ha tomado la decisión de aceptar la doctrina de la real malicia en materia civil. Debe ahora fijar sus límites subjetivos y objetivos y precisar sus alcances y sus posibles excepciones (Pizarro y Vallespinos, 2012).

4. *Explicación de la Doctrina Campillay.*

Conforme a esta doctrina, fuertemente tutelada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la información sobre asuntos de relevancia pública, cuyo contenido sea fiel y verazmente atribuido a una fuente, no genera responsabilidad al medio (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Así entendida, la Doctrina Campillay se ubica dentro del ámbito de las causas de justificación como factor que enerva la antijuricidad.

Los requisitos que surgen de la doctrina sentada por la Corte para que se configure esta causa de justificación son:

- Una fuente individualizada que emita la información. Carácter público y confiable de la fuente.
- Un medio informador que reproduce la información emitida por la fuente: Debe haber un informador que se limite a reproducir de manera objetiva y veraz la información emitida por la fuente.
- Adecuación objetiva, exacta y completa entre lo expresado por la fuente y lo informado: La ausencia de fidelidad a la hora de efectuar la transmisión de lo expresado por otro, obsta a la aplicación de la doctrina.
- Interés público relevante de la información: Sólo en los casos en los cuales la información tenga un interés público relevante la doctrina es aplicable. Quedan al margen de la “Doctrina Campillay” las cuestiones que no sean de interés público, en especial las relacionadas con la intimidad de las personas; aquellas que, aun pudiendo resultar de interés público, versan sobre aspectos que, por ley, son

considerados “secretos”. Y, las noticias relativas a menores de edad, cuando media una prohibición legal de difusión.

- Ausencia de dolo por parte del informador: La doctrina no puede funcionar cuando se acredita el dolo del informador. Quien dolosamente reproduce una información que es falsa, se vuelve cómplice de un acto ilícito doloso y no puede invocar privilegios de ninguna índole.
- La reserva de la identidad del sindicado como responsable: Se admite también, la eximición de responsabilidad del medio, cuando la información agravante para el honor sea efectuada manteniendo en reserva la identidad de los implicados en el hecho. Mantener la reserva de la identidad es más que no divulgar el nombre y el apellido del protagonista. Supone, además no aportar otros datos que permitan individualizarlo.
- Utilización del modo verbal potencial: Tampoco compromete la responsabilidad del medio la información que pueda rozar la reputación de un individuo, cuando se utilice el modo de verbo potencial. Pero, la mera utilización del modo potencial, si no está respaldada por circunstancias fácticas que puedan justificar la información que se emite, puede ser tan agravante como la efectuada en términos asertivos.
- El afectado por la información: En cuanto a si debe tratarse de una persona pública o si también la doctrina es aplicable cuando se trate de una persona privada, de la lectura de los fallos de la Corte, la respuesta parecería imponerse ampliamente. La existencia de un interés público prevaeciente, no depende del

carácter que asuma el legitimado activo ni se ve condicionada por él (Pizarro y Vallespinos, 2012).

5. *La reparación del daño derivado de noticias o informaciones inexactas o agraviantes.*

5.1 *La publicación de la sentencia como modo de reparación.*

Se admite que la publicación de la sentencia condenatoria o, en su caso, de la retractación del ofensor (en ilícitos contra el honor) puede tener virtualidad resarcitoria del daño moral y resultar idónea para neutralizar sus efectos futuros. Algunos autores sostienen que constituye una verdadera reparación “in natura”. Otros, en cambio, en posición que comparten Pizarro y Vallespinos (2012), asignan a tales publicaciones el carácter de reparación del daño por equivalente no dinerario, con aptitud para neutralizar sus efectos futuros.

En los atentados contra el honor, la imagen y la identidad personal, la publicación de la sentencia, o de la retractación, importa una condena al sensacionalismo periodístico y un duro golpe a la credibilidad del medio ante la opinión pública. En cuanto, a los atentados contra la intimidad, cabría preguntarse si la publicación de la sentencia es un medio idóneo para reparar o neutralizar los efectos del daño, la normativa ha tenido juicios encontrados. Para un sector de la doctrina, la publicación de la sentencia no tendría idoneidad para neutralizar los efectos del daño, por el contrario, lejos de mitigar el menoscabo, se agravarían sus efectos, al darle al caso mayor divulgación. Para otro sector, es el interés del propio damnificado el que determina y torna viable el carácter

reparador de la publicación y su idoneidad para neutralizar los efectos del daño moral, de allí la necesidad de petición de parte (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Admitida la publicación de la sentencia como medida idónea para reparar o naturalizar ciertos daños, surgen otras cuestiones como la que se vincula con el soporte a través del cual ella pueda operarse. Según cierta corriente, la publicación sólo podría efectuarse en el mismo periódico en que se cometió la ofensa. Sin embargo, la publicación o difusión de la sentencia debe realizarse de modo tal que asegure una divulgación suficiente y acorde con la entidad del menoscabo. Es posible que, por lo general, sea suficiente con la publicación del decisorio en el mismo medio a través del cual se cometió el agravio, pero, pueden darse casos en que ello no resulte así y deba publicarse el fallo en otro medio (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Tampoco existen razones para reducir las posibilidades de publicación sólo a los medios impresos de carácter periódico. Aunque la ley no lo contemple expresamente, puede también hacerse a través de otros soportes técnicos, como la radio y la televisión, especialmente en aquellos supuestos en que el agravio se hubiere canalizado o potenciado por dichas vías (Pizarro y Vallespinos, 2012).

5.2 La publicación de la retractación del ofensor como modo de reparación.

La retractación es la manifestación que realiza el ofensor en la cual admite públicamente la existencia de la ofensa y la revoca. Retractarse importa, de tal modo, desdecirse y arrepentirse de lo dicho, supone admitir la preexistencia de la ofensa y revocarla. Para que opere debe ser efectuada en forma oportuna y de manera pública. En materia civil, la retractación no libera de la reparación de los daños y perjuicios que se

hubieran producido, aunque tiene eficacia para la neutralización de daños futuros. Se admite, pacíficamente, que la publicación de la retractación puede constituir un modo de reparación por equivalente no pecuniario o “in natura” (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Los autores Pizarro y Vallespinos (2012), rechazan la posibilidad de una retractación impuesta coactivamente por un tribunal. Para ellos, la retractación, para ser tal, requiere de espontaneidad en el arrepentido, objetivo que no se alcanza cuando quien se desdice lo hace constreñido por una decisión judicial.

6. El Derecho a Réplica, Rectificación o Respuesta. Nociones Básicas.

El derecho a réplica es un medio instrumental de tutela preventiva de los derechos de la personalidad. En virtud del cual toda persona afectada por una publicación que considere falsa, inexacta o agravante, difundida por un medio de comunicación social, puede hacer insertar gratuitamente en el mismo las aclaraciones o respuestas que estime conducentes para revelar la verdad objetiva y proteger su dignidad (Pizarro y Vallespinos, 2012).

El derecho a réplica guarda íntima conexión con el derecho a la información, en cuanto procura que por la misma vía del medio de comunicación dirigido al público ingrese al circuito informativo de la sociedad la rectificación o respuesta de la persona afectada por el informe agravante o inexacto. Y en tal sentido, se trata de tutelar, además de los derechos personalísimos, aquel derecho a la información como bien social, que es parte o contenido esencial de la libertad de expresión (Bidart Campos, 2006).

Pueden extraerse los caracteres más significativos de esta institución:

A. Medio instrumental idóneo para tutelar preventivamente los derechos de la personalidad: A través del derecho de réplica el afectado por la información encuentra un mecanismo idóneo para acceder con celeridad al mismo medio por el cual se canalizó la noticia, y brindar a la comunidad “su” versión de los hechos (Pizarro y Vallespinos, 2012).

B. Compulsivo: tiene carácter compulsivo, por cuanto no depende de la voluntad del editor o propietario del medio (Pizarro y Vallespinos, 2012).

C. Gratuito: además de ser compulsiva, la rectificación o respuesta es gratuita para quien la ejercita. El costo de la publicación debe estar, en principio, a cargo del medio de comunicación. La gratuidad asegura la eficacia de este remedio (Pizarro y Vallespinos, 2012).

D. Compatible con acciones civiles y penales: El derecho de réplica es un remedio distinto (e independiente) de las acciones civiles y penales que puedan derivar de la publicación agravante. Por ello, no es incompatible con éstas, ni importa renunciar a ellas (Pizarro y Vallespinos, 2012).

La legitimación activa la tiene toda persona de existencia visible, que se encuentre en condiciones de ejercerlo, sin discriminaciones de ningún tipo. Por otro lado, en la legitimación pasiva, el requerimiento debe articularse contra el director responsable de la publicación, el periodista, el editor y, eventualmente, contra el propietario del medio. Las agencias informativas también pueden ser sujetos pasivos del derecho de réplica, en cuyo caso deberán publicar la respuesta en todos los medios de

información a los que les fue transmitida la noticia que dio origen a aquélla (Pizarro y Vallespinos, 2012).

En cuanto a las publicaciones que dan lugar a réplica, rectificación o respuesta, debe tratarse de noticias e informaciones en sentido estricto. Quedan al margen de este derecho las “ideas y opiniones”, dado que su inclusión desnaturalizaría el sentido de la institución e importaría un grave peligro para la libertad de prensa (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Para que proceda la réplica es menester que la publicación inexacta o agravante haya sido emitida por un medio de comunicación masiva, aspecto éste que potencia la entidad del agravio y requiere de la puesta en igualdad del protagonista de la información. Además de lo expresado anteriormente, la información debe resultar lesiva para un interés personalísimo de un sujeto determinado o de un grupo, igualmente determinado. El requerimiento debe formularse en un lapso relativamente breve y razonable, contado desde la publicación de la información perjudicial. Debe circunscribirse a los hechos de la información que se pretende rectificar. En caso de negativa del medio a publicar la respuesta, expresa o tácita, el perjudicado está facultado para accionar judicialmente por la vía más sumaria posible, como la acción de amparo (Pizarro y Vallespinos, 2012).

En opinión de Pizarro y Vallespinos (2012), el derecho a réplica constituye un medio instrumental de tutela preventiva de los derechos personalísimos, que posibilita eficazmente acceder a los medios de comunicación a fin de contrarrestar los efectos de una publicación falsa, inexacta o desnaturalizada. Importa, un mecanismo idóneo para neutralizar los posibles efectos futuros de la acción dañosa. Según cierta doctrina, el derecho a réplica asumiría carácter de verdadera reparación del perjuicio moral causado a

raíz de la publicación. Pero los autores antes mencionados, no creen que este derecho tenga carácter resarcitorio, porque la publicación de la réplica, importa tan sólo una suerte de justificación ante la opinión pública, que de ninguna manera alcanza para satisfacer el daño derivado de la lesión a derechos personalísimos.

7. Conclusión parcial del capítulo.

Como conclusión podríamos adherir a la tesis de Pizarro y Vallespinos, que consideran a la responsabilidad civil de los medios de comunicación derivada de informaciones sobre hechos (noticias) inexactos o agraviantes, como una responsabilidad de tipo objetiva fundada en el riesgo creado. Mientras que en la información derivada de la expresión de ideas y opiniones rige el principio de la irresponsabilidad, sólo en forma excepcional, cuando aquéllas transgredan sus “límites internos”, incursionando en el campo del insulto o del agravio injustificado, opera la antijuricidad en la conducta del medio y la responsabilidad civil en tales circunstancias será “subjetiva”.

Por otro lado, cabe resaltar la importancia que tienen los institutos de la “Real Malicia”; la “Doctrina Campillay”; y el “Derecho a Réplica, Rectificación o Respuesta”, como elementos que pueden servir para excluir la antijuricidad de la conducta lesiva efectuada por los medios.

Capítulo 6

“La prevención del daño derivado de la actividad de los medios masivos de comunicación social”.

1. Introducción Parcial del Capítulo.

Para finalizar este trabajo, en este capítulo desarrollaremos el tema central de nuestra investigación, es decir analizaremos la prevención del daño derivado de la actividad de los medios de comunicación, analizando las distintas corrientes de pensamientos, aquellas que están a favor, las que se encuentran en contra, o las que plantean un punto medio entre las medidas preventivas del derecho de daños y la prohibición constitucional de censura previa, se estudiarán los casos más relevantes relacionados y qué ha manifestado la Corte Suprema de Justicia de la Nación al respecto. Luego se extraerá una conclusión general de la temática analizada.

2. La trascendencia de los daños a la persona.

Todavía se encuentra descuidada la faceta de protección a los intereses personalísimos. El gran desafío de nuestros tiempos no es determinar cuáles y cuántos son estos derechos, si son naturales o históricos, absolutos o relativos, sino en alcanzar las vías más idóneas para garantizarlos, e impedir que sean violados (Zavala de González, 1996).

Es por ello, que se confiere importancia a todos los elementos de control sobre actos riesgosos para los intereses personalísimos, como la actividad informativa nociva.

Las diversas técnicas al servicio de la protección de los intereses personalísimos, tienden a impedir la lesión (evitar la producción del daño que amenaza causarse, mediante medidas preventivas); hacer cesar la lesión (eliminar la continuidad o la repetición del daño que ya ha comenzado a producirse); restablecer el goce del interés lesionado (reponer al damnificado en la situación precedente al hecho lesivo); indemnizar dinerariamente el daño causado (el resarcimiento pecuniario puede ordenarse de manera concurrente con los anteriores remedios); y prevenir la causación de daños futuros similares (Zavala de González, 1996).

La preocupación preventiva ha existido siempre, pero se ha acentuado últimamente de manera extraordinaria, y no sólo por la multiplicación de riesgos y perjuicios. El eventual responsable de un daño, prefiere muchas veces asumir la reparación del daño, en lugar de intentar su prevención, toda vez que ésta exige, por ejemplo, la paralización provisoria o permanente de la actividad creadora de los perjuicios ajenos (y del beneficio propio) o bien, la introducción de técnicas costosas para impedir o eliminar las consecuencias nocivas anexas a esa actividad. A veces es más conveniente o “barato” afrontar el resarcimiento que impedir la producción del daño. Lo expuesto es así en general, pero muy especialmente cuando los daños derivan de entes empresarios poderosos, como lo son los medios de comunicación masiva. El remedio resarcitorio suele inducir a las empresas a soportar el costo del daño antes que a evitarlo, ya que pueden trasladarlo a los consumidores, recargándolo en el precio de venta. Para la empresa todo es más conveniente que la adopción de técnicas de bajo índice de peligrosidad y riesgo, pero por eso mismo, de menor rendimiento y elevado costo de gestión (Zavala de González, 1996).

Para los bienes y valores fundamentales del hombre, como son todos los vinculados con su dignidad y su seguridad, la más válida defensa reside en la adopción de técnicas de tutela “ex ante”, por vía preventiva o de la inmediata cesación de la actividad ilícita, de modo tal que se impida la repetición y la reproducción de ulteriores lesiones. Entre tales bienes se encuentran la igualdad, el libre desenvolvimiento de la personalidad, el honor, la intimidad, la paternidad intelectual de obras, la salud, la identidad personal y, en general, todos los derechos y situaciones existenciales del ser humano (Zavala de González, 1996).

En materia de protección de los derechos personalísimos, el propósito debe ser “actuar antes y no después”; no interesa tanto la reparación o el resarcimiento patrimonial sino impedir o bloquear toda actividad lesiva. Esa necesidad de prevenir se acentúa porque es irreparable el daño a la vida, y lo son también los perjuicios espirituales por lesiones a la salud y a la dignidad. Así pues, existe una directiva, que es práctica y axiológica: “los daños que se pueden evitar, se deben prevenir” (Zavala de González, 1996, p. 312, vol. 2d).

3. Las medidas preventivas judiciales. Presupuestos.

Son presupuestos genéricos de la prevención por vía judicial:

a) La previsibilidad del daño o de su agravación, ante una actividad lesiva ya emprendida o una amenaza verosímil de lesión.

b) La antijuricidad de la conducta fuente de ese menoscabo iniciado o probable, lo que supone la inexistencia de una causa de justificación.

No se requiere culpabilidad en el autor u otro factor de atribución de responsabilidad civil, ni tampoco la demostración de la existencia de un perjuicio concreto (Zavala de González, 1996).

Los instrumentos procesales para hacer efectiva la prevención son variados: desde una acción que la tenga como objeto (exclusivo o bien complementario de los daños ya causados) e, inclusive, a través de medidas cautelares. Existe general consenso en que la acción debe ser sumaria. La sumariedad es ínsita a las acciones de amparo y de habeas data, que son especialmente eficaces para prevenir la lesión a derechos personalísimos o para restablecer el goce de los ya conculcados (Zavala de González, 1996).

Las medidas cautelares tradicionales tienden a conservar una determinada situación de hecho, a fin de impedir que su alteración prive de los elementos necesarios para tornar eficaz la sentencia. En cambio, en materia de intereses personalísimos, normalmente las medidas cautelares idóneas serán las innovativas, que imponen al demandado una determinada modificación de su conducta, orientada al cese de la lesión. Por ejemplo, el secuestro de un material destinado a difusión, que lesiona la reputación, la identidad personal o la intimidad de un sujeto (Zavala de González, 1996).

Mientras que en otros casos el peligro en la demora radica en la posibilidad de que el derecho no resulte satisfecho, en este caso reside en que el derecho sea satisfecho demasiado tarde (Zavala de González, 1996).

Las técnicas preventivas asumen especial importancia en la tutela de la intimidad, ya que las acciones resarcitorias implican el riesgo de una publicidad todavía más amplia sobre la reserva vulnerada por la indiscreción y, con ello, el remedio puede resultar peor

que el mal. Cuando se acciona por considerarse afectado el derecho a la intimidad, se está habilitado para solicitar el dictado de medidas precautorias suficientes que dispongan, hasta el dictado de la sentencia, el cese de los actos que el actor considere lesivos, siempre y cuando se acredite la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora, presupuestos básicos de toda medida cautelar (Zavala de González, 1996).

4. Los Medios Masivos de Comunicación Social en la Actualidad.

Las democracias liberales de los siglos XVIII y XIX concibieron idealmente a la libertad de expresión (y, en particular, la de prensa) como uno de los derechos fundamentales de la persona y como un instrumento indispensable para la configuración del Estado liberal y de la sociedad liberal. Se trataba de una prensa de “opinión” más que de divulgación de noticias o informaciones. Lo verdaderamente importante en ese entonces, eran las opiniones individuales y por eso los textos constitucionales de la época hicieron referencia al derecho de publicar “ideas” libremente por la prensa, sin censura previa (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Desde el punto de vista político, la prensa era el medio idóneo para canalizar el pensamiento de la burguesía dominante. Ella posibilitaba una activa participación del ciudadano en la vida comunitaria y contribuía a asegurar la plena emancipación del individuo frente al riesgo “entonces tan temido” del Estado omnipotente. A través de la libre publicación de ideas y opiniones por la prensa se controlaba el ejercicio del poder, de modo que no había asunto que no pudiera ser discutido y sometido a la opinión pública. Se comprende, de tal modo, que el régimen jurídico aplicable para aquella prensa de opinión debiera rechazar categóricamente la intervención de los poderes públicos, eliminando toda medida preventiva que pudiera importar censura previa directa o

indirectamente y determinar con criterio limitado la responsabilidad ulterior de quienes ejercieran indebidamente dichas libertades. Al poder público le correspondía asegurar el pleno ejercicio y desenvolvimiento de la libertad de prensa, objetivo que sólo podía alcanzarse no interviniendo en la actividad informativa (Pizarro y Vallespinos, 2012).

A fines del siglo XVIII y en las primeras décadas del siglo XIX se produjo una profunda transformación de los medios de comunicación social, en general, y de la prensa, en particular. El fenómeno asumió mayor dimensión después de la Segunda Guerra Mundial y adquirió vertiginosidad en los últimos cuarenta años. Ocurrió un tiempo de profundos cambios políticos, culturales, filosóficos, económicos, tecnológicos y sociológicos, a los que no pudieron permanecer ajenos los medios de comunicación, que debieron experimentar profundas transformaciones. El advenimiento de la denominada “sociedad de masas” ha sido una de las causas determinantes de su transformación. La empresa periodística de nuestro tiempo, aun cuando siga teniendo entre sus objetivos principales el de brindar información, experimenta hoy necesidades y circunstancias condicionantes diferentes de las que tenía aquella prensa de opinión de los siglos XVII y XVIII. Y es a partir de esta realidad que se potencia el riesgo, cada vez más frecuente, de conflicto con los derechos del protagonista de la noticia (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Otro aspecto importante a tener en cuenta es el incremento en el número de consumidores de información, como consecuencia de la reducción del analfabetismo y de la extensión del sufragio. En efecto, la proliferación de lectores pertenecientes a distintas clases sociales, con diferentes inquietudes, expectativas y necesidades, marcó un hito en la historia de los medios de comunicación (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Creció el interés por el manejo de la cosa pública, con lo que se amplió el espectro de la opinión pública, consolidada definitivamente como verdadera fuerza política. Paralelamente, se incrementó la curiosidad y las expectativas de conocimiento de la comunidad. La irrupción de los modernos medios masivos de comunicación, televisión, radio, cable, etcétera, contribuyó a potenciar este fenómeno hasta extremos sorprendentes. Ello produjo una gran comercialización de la información que, cada vez con mayor frecuencia, avanza en forma indebida sobre otros derechos fundamentales de la persona (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Otro factor de suma importancia que debe ser computado es el desarrollo de la tecnología y su aplicación concreta en materia de comunicaciones. Desde el punto de vista de quien emite la información, la tecnología posibilitó notables progresos para la captación, almacenamiento, conservación y distribución de informaciones (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Sin embargo, el derecho de informar ideas y opiniones por la prensa que las constituciones liberales, reconocen formalmente a todas las personas, sólo tiene concreción práctica en aquellos que disponen de los medios necesarios para su realización. Es una consecuencia de la estrecha vinculación entre “la libertad de expresión” y “la propiedad de los medios”. Por lo que existe una fuerte limitación al ejercicio efectivo de dicho derecho y una minoración concreta a la libertad de expresión de gran parte de la comunidad. El control de los medios masivos de comunicación pertenece a sus propietarios, cuyos intereses prevalecen, a la hora de definir el contenido y el perfil de la información. La orientación que le imponen puede estar determinada por ánimo de lucro o por la voluntad de inclinar a la opinión pública en un sentido favorable a

intereses de distinta índole. Muchas veces, el periodista encuentra aminorada su libertad al verse condenado a servir a los intereses correspondientes (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Actualmente, hay una especie de “despersonalización” en el manejo de la información, que no siempre es debidamente confirmada o corroborada como correspondería. Poco importa que en esa vertiginosidad puedan inmolarse indebida y arbitrariamente la intimidad, el honor, la identidad personal, o la imagen del protagonista de la noticia. Se podría decir que la bandera de la libertad de prensa todo lo justifica; que sostener lo contrario es atentar contra ella y defender ideas totalitarias. Nada de eso es real, los modernos medios masivos de comunicación social están tan alejados de los medios de opinión que previeron nuestros constituyentes que no tomar en cuenta esta realidad es traicionar la interpretación de las normas de la Constitución y lo que es más grave inmolar frecuentemente la dignidad de los ciudadanos bajo el manto de intereses corporativos (Pizarro y Vallespinos, 2012).

4.1 Daños por Informaciones Inexactas o Agravantes.

La información inexacta es aquella que no concuerda con la verdad por ser falsa o errónea. La información es falsa cuando ella es engañosa, fingida o simulada para dar al hecho una apariencia distinta a la realidad. La información es errónea cuando ella es resultado de un concepto equivocado que en la mente del informante difiere de la realidad. En uno u otro caso la información no es verdadera, pero cuando ella se da falsamente, consiste en un acto consciente y deliberado con el fin de engañar. El informador obra con dolo o mala fe. Cuando la información se da por error consiste en un

acto no consiente que no se quiere, no se siente, ni se piensa. El informador obra de buena fe (Bustamante Alsina, 1997).

Si la información no verdadera es transmitida con falsedad, el actor es responsable civil y penalmente según la naturaleza del bien jurídico afectado. Si la información no verdadera es transmitida por error, el autor no sería responsable civilmente del perjuicio causado si el error fuese excusable; esto es, si hubiese empleado los debidos cuidados, atención y diligencia para evitarlo. En cambio, sí sería responsable si hubiese faltado al deber de veracidad, que consiste en el obrar cauteloso de recibir y transmitir la información (Bustamante Alsina, 1997).

La información es agravante, independientemente de ser inexacta o no, cuando afecta la dignidad de las personas hiriendo la propia estima que cada uno tiene de sí mismo, o cuando ataca la reputación, fama o decoro que se goza ante los demás (Bustamante Alsina, 1997).

Tanto la información inexacta desde una apreciación objetiva, como la información agravante, desde una apreciación subjetiva, producen efectos civiles además de las consecuencias penales, si ellas tipifican delitos que la ley reprime (Bustamante Alsina, 1997).

El medio de información tiene el deber de aplicar la mayor diligencia y prudencia en la obtención de ella y en el modo de divulgarla. El derecho a informar está condicionado al ejercicio razonablemente cuidadoso y diligente, lo cual no supone restricción alguna a la libertad de expresión (Bustamante Alsina, 1997).

5. *La prevención del daño y la actividad de los medios: la prohibición constitucional de censura previa.*

¿Cuáles son las medidas preventivas que pueden admitirse en nuestro derecho, cuando la lesión a derechos personalísimos, potencial o con comienzo de ejecución, proviene de la actividad de los medios masivos de comunicación social?

El tema es verdaderamente complejo y trascendental, pues entran a jugar por un lado la prohibición de orden constitucional que veda la censura previa cuando se trate de expresar las ideas por la prensa (art.14 Constitución Nacional), que debe ser extendida, indudablemente, a cualquier otra forma de expresión, sin importar el soporte técnico (radio, televisión, etcétera), y por el otro el tema de la prevención de los daños en que pueden incurrir los medios de comunicación al publicar o difundir informaciones que puedan resultar agraviantes o ultrajantes para los derechos del involucrado en la noticia.

Es decir, es necesario definir si la censura previa que rechaza el art. 14 de la Constitución Nacional es un principio de carácter absoluto, que no admite excepciones o si, por el contrario, las autoriza.

La pregunta aquí, sería, ¿pueden los jueces prohibir la realización total o parcial de ciertas publicaciones, o impedir su circulación cuando atenten en forma manifiesta y arbitraria contra derechos fundamentales de la persona (intimidad, honor, imagen)?

Ante estos interrogantes, la doctrina se haya realmente dividida:

5.1 Doctrina que rechaza en forma absoluta todo tipo de medidas de prevención.

Para un importante sector de nuestra doctrina y jurisprudencia, la protección constitucional del derecho de publicar ideas por la prensa sin censura previa (art.14 y 32

Const. Nac.), resultaría absoluta en este aspecto, y alcanzaría a todos los poderes del Estado, incluido el judicial. En consecuencia, estaría vedado a nuestros jueces un proceder semejante, porque de hacerlo, se convertirían en censores, con las consecuentes responsabilidades civiles y penales. Lo expresado, sin embargo, no obstaría a las responsabilidades derivadas luego de la publicación. Es decir, en suma, esta doctrina propone “ausencia de control previo y responsabilidad civil ulterior” (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Además, se sostienen argumentos como que la libertad de expresión adquiere los caracteres de un derecho absoluto no susceptible de ser reglamentado por la ley, y que el honor y la intimidad de las personas no admiten protección judicial preventiva sino remedio reparatorio, ya que en el conflicto entre un mínimo estado de incertidumbre sobre la potencialidad agravante de la noticia y las exigencias inmediatas de libertad de expresión, debe prevalecer ésta (Zavala de González, 1996).

5.2 Doctrina que como regla general rechaza todo tipo de medidas preventivas, salvo las contempladas expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Esta es una posición próxima a la anterior, que en principio, se pronuncia por el rechazo categórico de todo tipo de medida preventiva, incluida la judicial, por la aplicación de los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, quienes adhieren a estas ideas señalan que el principio absoluto de la prohibición de censura previa encontraría una excepción, consagrada por la propia Convención en su art. 13, inc. 4º, en donde prevé expresamente que los espectáculos públicos puedan ser “sometidos por ley a censura previa con el

exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia”, cuestión que no debería considerarse en sí censura, sino más bien constituye una forma de protección a la integridad del menor (Pizarro y Vallespinos, 2012; Bidart Campos, 2006; Gelli, 2013).

Esta orientación difiere muy poco de la anterior, ya que la excepción que reconoce es muy limitada sólo en el inciso mencionado.

5.3 Doctrina que admite de manera excepcional, con criterio más flexible, otras posibles medidas preventivas de carácter judicial.

Para otra posición, de la que participan los autores Pizarro y Vallespinos (2012), se admite que, como regla general, está vedado a los jueces la adopción de remedios preventivos que puedan importar censura previa, por aplicación de los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Sin embargo, en supuestos de excepción, y con el propósito de evitar o de hacer cesar un atentado manifiesto, grave y arbitrario contra la intimidad, el honor o la imagen de una persona, los jueces pueden ordenar (incluso preventivamente) la prohibición temporaria o definitiva de una publicación, o de parte de la misma, o impedir o restringir su circulación.

Las excepciones, para los autores, a la prohibición de medidas de prevención judicial, mal llamada censura previa, van más allá del supuesto previsto en el art. 13, inc. 4º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y se extiende a otros posibles supuestos:

1. La prohibición de censura previa que consagran los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no asume el sentido absoluto que a veces se le asigna. A través del art. 14 de la C. N. se procuró proteger y garantizar la libre publicación de ideas, sin controles o discriminaciones estatales, principalmente del poder político. Es necesario tener en cuenta el tiempo histórico en el que fue establecida esta prerrogativa. La prensa de opinión, que existía en el siglo XIX y la que previeron nuestros constituyentes, no debía dar lugar a medidas de prevención judicial, porque las opiniones y creencias estaban al margen de la actividad de los jueces, aun cuando podían dañar a terceros. De allí que la doctrina clásica constitucionalista considerara a la censura previa de forma tan categórica y a los actos del Poder Judicial con el fin de impedir o limitar ciertas publicaciones, una forma de producirla.

Pero los tiempos han cambiado. Hoy en día tenemos una prensa distinta, que agudiza y potencia el conflicto con derechos que hacen a la dignidad humana, y ya no se trata sólo de publicar ideas y creencias, sino de difundir noticias e informaciones, cuyo contenido puede afectar derechos de la personalidad.

2. Existen otros pactos internacionales sobre derechos humanos, que tienen exactamente la misma jerarquía que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que permiten una interpretación menos rígida de la cuestión. Tal lo que sucede con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos cuyo art. 19 tiene una redacción marcadamente más flexible que la que presenta el art. 13, inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: “1) Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2) Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho

comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 3) El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2º de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, está sujeto a ciertas restricciones que deberían, sin embargo, estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para: a) Asegurar el respeto a los derechos o a la reputación de los demás y b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”.

Mientras la Convención Americana sobre Derechos Humanos remarca la prohibición de censura previa y responsabilidad civil ulterior, el art. 19, inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que tiene la misma jerarquía constitucional que aquel, atribuye a la libertad de expresión deberes y responsabilidades especiales; y dentro de ese contexto, admite que ella (la libertad de expresión) pueda estar sujeta a restricciones especiales orientadas a asegurar el respeto de los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la moral públicas. Este Pacto no sólo no prohíbe la adopción de medidas judiciales orientadas a impedir que se lesione, por ejemplo, el honor o la intimidad, sino que específicamente admite la posibilidad de restricciones, siempre que sean fijadas por ley y estén orientadas a aquella finalidad. Además, el art. 20 del citado Pacto prohíbe toda propaganda a favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial, religioso que constituya incitación a la discriminación, la hostilidad y la violencia.

Si la interpretación del art. 14 de la C. N. se realiza, como se debe, complementando dicha normativa con la totalidad de los pactos internacionales sobre

derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 de la Const. Nacional), en particular con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y no se circunscribe solamente a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se alcanzan soluciones más flexibles en esta materia (Pizarro y Vallespinos, 2012).

Ante un conflicto como éste, entre normas que tienen la misma jerarquía constitucional, debe tratar de procurarse su armonización sacrificando lo menos que se pueda cada uno de los derechos en conflicto.

Ello lleva a admitir la existencia de una regla general que es la prohibición de censura previa, incluida la proveniente del Poder Judicial, pero al mismo tiempo, a reconocer que siempre que se den los requisitos que exige el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, puedan con carácter excepcional establecerse medidas de prevención judiciales, orientadas a proteger otros valores que también se consideran dignos de tutela (Pizarro y Vallespinos, 2012).

3. Otra excepción al principio de prohibición de censura previa, es cuando se trate de asegurar la seguridad nacional, el orden público o la salud y la moral públicas (art. 19, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

4. También, cuando se trate de proteger los derechos de menores de edad y adolescentes (arts. 13, inc. 4º, Convención Americana sobre Derechos Humanos, y arts. 13 y 16, Convención sobre los Derechos del Niño).

5. Cuando medie estado de sitio, en los términos y alcances que fija el art. 23 de la Constitución Nacional.

“En consecuencia, puede admitirse con carácter excepcional la adopción de medidas judiciales preventivas en esta materia, con suma prudencia y con criterio restrictivo” (Pizarro y Vallespinos, 2012, p. 768, t. 5).

La opinión de Zavala de González (1996), es que la proscripción de censura previa no reconoce excepciones: no cabe que, a título cautelar, el magistrado restrinja o coarte de modo alguno la actividad informativa o de expresión del pensamiento. Las excepciones que se postulan en realidad implicarían convertir en regla la posibilidad de censura previa.

La solución tampoco es la supuesta mayor jerarquía del derecho informativo sobre otros intereses espirituales o sociales, sino que, por el valor institucional que tiene la libertad de comunicación, ésta se tutela de modo incondicional en la faz inicial de su ejercicio. De allí, que, por ejemplo, el secuestro de los ejemplares o la proscripción de publicaciones no son posibles a título preventivo y antes del hecho, sino después de la violación; es decir, cuando la publicación ya ha tenido lugar. Esto no es censura “previa”, sino “posterior” al hecho lesivo (Zavala de González, 1996).

En otros términos no caben medidas cautelares a priori, frente a un ataque o injerencia ya emprendidos, pero si estos se verifican y concurren los presupuestos generales (verosimilitud, peligro en la demora y contracautela), no es menester el desenvolvimiento de todo el proceso para condenar al órgano lesivo, sino que son admisibles las medidas cautelares, de no innovar (como la prohibición de continuar difundiendo la publicación) o bien, inclusive, las innovativas (como el retiro de circulación de los ejemplares ya distribuidos) (Zavala de González, 1996).

6. *Lesión de derechos personalísimos (intimidad, honor, etcétera).*

Para una posición liderada por Zannoni y Bíscaro, solamente podría admitirse la tutela preventiva de las intromisiones a la intimidad por la prensa. No así cuando se trate de atentados al honor o a otros derechos personalísimos, pues estiman que los arts. 14 de la Constitución Nacional y 13 inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos impedirían tal cuestión (Pizarro y Vallespinos, 2012).

En cambio, Pizarro y Vallespinos (2012), creen que no es razonable circunscribir la tutela normativa solamente al derecho a la intimidad, dejando minusválidos a otros derechos de no menor importancia como, por ejemplo, el honor o la reputación. Existen supuestos donde la entidad del agravio de quien pretende ejercitar su libertad de expresión no genera dudas sobre su ilicitud. En este supuesto no es irrazonable conceder al juez la facultad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión, sobre todo cuando el daño pueda adquirir graves proporciones y no sea razonablemente posible su reparación por otros medios.

Para Bustamante Alsina (1997), la garantía del artículo 14 de la Constitución Nacional que atribuye a todos los habitantes de la Nación el derecho de publicar sus ideas sin censura previa, tiene el alcance de autorizar a cualquiera a escribir y publicar sobre otra persona, sin embargo, éste derecho no es absoluto, pues tiene sus límites legales en el respeto a la honra que merece el sujeto y en la preservación de su intimidad, es decir en sus derechos personalísimos. Para el autor, no se puede aplicar la policía preventiva que provoca la censura previa, por intermedio de ningún Poder del Estado para impedir una publicación, ante la mera sospecha o temor de que a través de ella se cometa una ilicitud. La garantía constitucional de la libertad de expresión constituye el amparo absoluto de

ese derecho, lo cual no quiere decir la impunidad ulterior para quienes cometieron ilícitos, que resultan consumados desde el momento en que se hacen públicos. Pero tampoco se puede invocar la garantía constitucional de la libertad de expresión como un valor superior a aquellos que protegen el honor y la intimidad.

El Pacto de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos en su artículo 11 dispone: “1) Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad. 2) Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación. 3) Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques”. Asimismo, el artículo 14 establece: “1) Toda persona afectada por informaciones inexactas o agraviantes emitidas en su perjuicio a través de medios de difusión legalmente reglamentados y que se dirijan al público en general, tiene derecho a efectuar por el mismo órgano de difusión su rectificación o respuesta en las condiciones que establezca la ley. 2) En ningún caso la rectificación o la respuesta eximirán de las otras responsabilidades legales en que se hubiese incurrido. 3) Para la efectiva protección de la honra y la reputación, toda publicación o empresa periodística, cinematográfica, de radio o televisión tendrá una persona responsable que no esté protegida por inmunidades ni disponga de fuero especial”. Vemos en estos artículos como se tutelan los derechos de la personalidad cuando pueden verse comprometidos por la prensa.

7. *La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la prevención del daño derivado de la actividad de los medios.*

7.1 *El caso-fallo “Servini de Cubría”.*

Este es el fallo más importante que registra la jurisprudencia de la Corte Suprema hasta el presente, que tuvo en su momento una profunda repercusión pública. Los hechos que dieron lugar al mismo fueron los siguientes: el viernes 8 de mayo de 1992, la juez federal María Servini de Cubría articuló una acción de amparo contra Mauricio Borenstein, Canal 13 y el COMFER, en la que solicitaba se procediera al secuestro del “tape” correspondiente al programa televisivo del humorista Tato Bores, que se iba a difundir dos días más tarde. Solicitó que se impidiera la proyección de partes desdorosas para su persona. A tales efectos, expresó que en emisiones anteriores de dicho programa había sido gravemente injuriada y que, a raíz de un llamado telefónico anónimo, presumiblemente de una persona que trabajaba en el canal, se la había alertado acerca de que en respuesta a una querrela articulada por la actora se emitiría el domingo siguiente un programa en el que se agraviaría e injuriaría aún más.

El juez de primera instancia denegó la medida cautelar, por considerar que dicha conducta importaba incurrir en actos configurativos de censura previa. La resolución fue apelada y resuelta en pocas horas por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, en día inhábil, que dispuso por vía cautelar, sin haber visto el “tape”, ordenar al canal de televisión y al cómico que se abstuvieran de emitir imágenes o conceptos relacionados con la actora, bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia judicial.

El pronunciamiento fue recurrido ante la Corte Suprema, que hizo lugar al recurso extraordinario, revocando la resolución recurrida. Salvo el ministro Barra, todos los miembros de la Corte coincidieron en el resultado del recurso. No así en los fundamentos del decisorio.

El fallo de la Corte presenta una riqueza de contenido notable y muestra que el tema está lejos de haberse agotado y que mantiene latente numerosos aspectos de relevancia en torno a la cuestión principal que nos ocupa.

Tres ministros de la Corte (Nazareno, Moliné O' Connor y Fayt) no se pronunciaron expresamente sobre la cuestión relativa a la interdicción de censura judicial, basando su decisión en la arbitrariedad en que habría incurrido la Cámara al haber resuelto la medida cautelar sin haber visto el "tape". El juez Levene, en su voto, se pronunció sobre la interdicción de censura previa, remarcando que la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos tutelan la libertad de expresión en forma amplia, sin distinguir entre lo que constituye opinión, manifestación estética, de arte, o humor. Conforme a ese orden de ideas, entendió que la medida ordenada por la Cámara lesionaba la garantía constitucional de publicar libremente ideas sin censura previa, supuesto que, para el ministro, sólo admite como excepción la previsión del art. 13 inc. 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El voto más categórico, a favor de la interdicción de la mal llamada censura judicial fue, sin dudas, el del ministro Belluscio, quien sostuvo que según lo expuesto en la Constitución y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se veda la censura previa en cualquiera de sus manifestaciones, incluida la que emane del Poder Judicial. Sólo se admite como excepción, la censura previa en materia de espectáculos públicos

con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección de la infancia y la adolescencia (art. 13, inc. 2°).

El juez Boggiano, sostuvo que “la denominada ‘censura judicial’ no es equiparable a la censura de los hombres libres del siglo XVIII, esto es, a la que pudiese provenir de los Poderes Legislativo o Ejecutivo. La intervención preventiva de los jueces (que impropriamente podría denominarse censura) supone siempre la actuación de un órgano rodeado de garantías constitucionales que resguardan su independencia respecto de los otros poderes del Estado, y que toma sus decisiones observando el respeto al derecho de defensa en juicio de los involucrados” (consid. 9°). Agregó que si bien, el honor y la intimidad de las personas no admiten como regla, la protección judicial preventiva sino remedios reparatorios no parece irrazonable conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la libertad de expresión cuando la conducta de quien da a conocer sus ideas no suscita dudas sobre su ilicitud. Pese a esa concepción, entendió que, en el caso concreto, no se daban los requisitos necesarios para esa intervención judicial preventiva, al no mediar abuso en la libertad de expresión.

El ministro Petracchi, luego de compartir el criterio de la mayoría, respecto de la arbitrariedad que implicaba haber prohibido una difusión, sin previo conocimiento del “tape” (consid. 4°), se pronunció por ideas similares a las de los dos anteriores.

El voto del juez Barra, difiere de los anteriores y revela una visión que se aproxima bastante a la interpretación que Pizarro y Vallespinos, juzgan correcta. Barra, de modo coincidente con Boggiano, señala que la aludida censura judicial en modo alguno resulta equiparable a la censura que despertó las más vivas reacciones de los hombres libres. La hipótesis de intervención preventiva de los jueces, supone siempre la

existencia de un caso concreto en el que se plantee un conflicto de derechos. Agregó que el honor y la intimidad de las personas no admiten como regla, protección judicial preventiva, sino remedios reparatorios, ya que, en el conflicto entre un mínimo de potencialidad dañosa de la noticia y las exigencias inmediatas de la libertad de expresión, debe prevalecer ésta. Sin embargo, si la conducta de quien intenta dar a conocer sus ideas, no suscita dudas sobre su ilicitud, no es irracional conceder al juez la potestad de impedir o limitar el ejercicio de la expresión, sobre todo en supuestos en los que el daño pueda adquirir graves proporciones y no se estime suficiente su reparación por otros medios. En estos casos no hay vinculación con el debate de ideas necesario para una sociedad autogobernada, no se puede hablar aquí de coartación del proceso de formación de pensamiento de la comunidad, pues no se observa de qué manera enriquece la opinión pública el uso de expresiones simplemente insultantes, injuriosas o procaces, el lenguaje desmedido, o la difusión de un ámbito irreductible de intimidad (consid. 9°).

Ello llevó a Barra a pensar que nada de antijurídico existió en el hecho de haber la Cámara dictado la medida cautelar en día y hora inhábil, porque posibilitaba la sanción de un acto judicial eficaz; ni tampoco en el hecho de haber dictado la medida sin conocimiento del “tape”, ya que aquella tenía fundamentos suficientes y no era necesario su exhibición para disponer la medida, aspecto este último con el que discrepan los autores Pizarro y Vallespinos. Sostuvo que la medida cautelar en cuestión debía circunscribirse en forma exclusiva a la medida preventiva de prohibición de la repetición de difusiones de carácter agravante para la actora, y no sobre cualquier tipo de mención, noticia, o crítica humorística, como lo hizo la Cámara. Por tal motivo, se pronunció por la revocación de la medida en cuestión, con los alcances precedentemente indicados.

8. *Conclusión Parcial del Capítulo.*

La preocupación preventiva ha existido siempre, pero se ha acentuado últimamente de manera extraordinaria. Hoy el Derecho de Daños atiende especialmente a los perjuicios que lesionan la dignidad y la plenitud de la vida, en todas sus facetas espirituales y sociales.

Es por ello, que se confiere importancia a todos los elementos de control sobre actos riesgosos para los intereses personalísimos, como puede ser la actividad informativa nociva. Pero el hecho de aplicar medidas preventivas en la actividad de la prensa, puede llevar a los jueces, en algunos casos, a incurrir en “censura previa” y a atentar contra la libertad de expresión.

En ese caso, habría que definir si la censura previa que rechaza el art. 14 de la Constitución Nacional es un principio de carácter absoluto, que no admite excepciones o si, por el contrario, las autoriza. La doctrina se encuentra dividida entre aquella que rechaza en forma absoluta todo tipo de medidas de prevención, aquella que, como regla general rechaza todo tipo de medidas preventivas, salvo las contempladas expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y aquella que admite de manera excepcional, con criterio más flexible, otras posibles medidas preventivas de carácter judicial. Considerando a esta última la más acertada.

Conclusión final

Para extraer una conclusión final luego de haber leído toda la obra, se debería responder a la pregunta ¿Cómo convergen las variables función preventiva y censura previa? ¿Se crea tensión entre ambas? Es innegable el conflicto que se produce, en numerosos casos, entre los derechos de la libertad de expresión y los derechos de la dignidad del hombre cuando se hace pública una información, noticia, nota de opinión, fotografía, etc., que pueda menoscabar la integridad moral o espiritual de un individuo. Ante esta situación, estamos en presencia de dos bandos igualmente protegidos por nuestro ordenamiento jurídico. Por un lado, la libertad de expresión (y en particular de prensa), consagrada en el art. 14 de la Constitución Nacional y en el art. 32, como así también en la Convención Americana sobre Derechos Humanos art. 13, esta libertad es considerada como uno de los derechos fundamentales de la persona y como un instrumento indispensable para la configuración de un Estado liberal y de una sociedad liberal. Como contraparte tenemos a los derechos personalísimos, éstos no tienen contenido económico, pero cuando alguien los daña su titular o herederos tienen derecho a que se fije por ello una compensación dineraria. Son extrapatrimoniales y su fin consiste en proteger la personalidad humana en sus distintos aspectos, es decir aquellas libertades y derechos propios del hombre, sin los cuales no sería posible su existencia como tal. Se hayan explícitos e implícitos en nuestro ordenamiento jurídico y en los tratados internacionales.

Como podemos observar ambos derechos revisten una significativa importancia, y se encuentran en situación de tensión toda vez que, aparece una información vertida por

medios masivos de comunicación social que pueda causar un gravamen al protagonista de la misma, ya sea que se afecte su honor, privacidad, imagen, libertad, identidad personal, entre otros derechos. Teniendo en cuenta que proteger estos bienes (personales) constituye uno de los máximos fines que ha tenido en miras a lo largo de la historia el derecho y más específicamente el derecho de daños, implementar medidas preventivas que restrinjan la actividad de los medios de prensa; sea incautando material de lectura, notas de opinión, videos, “tapes”, fotografías, cintas radiofónicas; enviando órdenes judiciales impidiendo que salga a la luz determinada noticia; restringiendo el acceso a páginas de internet; secuestrando documentación; o imponiendo cualquier otra medida cautelar con el fin de prevenir un potencial daño, daño que ocurriría si alguna información se diera a conocer al público. En general, estarían los jueces incurriendo en la tan temida por las sociedades liberales, “censura previa”, la cual nuestro ordenamiento jurídico argentino veda específicamente en su normativa escrita y cuya prohibición ha sido defendida a ultranza por los pensadores del siglo XVIII y XIX.

Como hemos podido observar de la lectura de este trabajo, la doctrina está dividida entre quienes piensan que la prohibición de censura previa es un derecho absoluto, que debe respetarse sin excepciones de ningún tipo, debido a que así lo ha manifestado explícita y específicamente la Constitución Nacional Argentina. Están quienes opinan que si bien hay que brindarle una tutela especial a la libertad de expresión y evitar la censura previa, cuando ésta afecte arbitrariamente derechos, o perjudique a un menor o individuo en situación de vulnerabilidad, de manera excepcionalísima, puede otorgarse primacía a los derechos de la personalidad, y en este caso estaría dispensada y autorizada la aplicación de medidas preventivas con el objeto de evitar un gravamen

irreparable para la subjetividad moral y espiritual de la potencial víctima. Por último, existe otro sector de la doctrina que expresa que aunque ambos derechos (derecho a la libertad de expresión, información y prensa vs. derechos de la personalidad) deben ser ampliamente tutelados, cuando el órgano de comunicación masiva esté próximo a emitir o publicar una información que lesione severamente los bienes espirituales de una persona, debería estarse a favor de la aplicación de la función preventiva del derecho de daños y de esa manera impedir que los derechos de la dignidad del hombre, cuya tutela, para esta corriente resulta fundamental, se vean menoscabados o ultrajados.

¿Cuál sería la solución ideal, por decirlo de alguna manera, o más idónea para conjugar estos derechos y evitar que entren en conflicto o que uno supere al otro? Para comenzar, habría que procurar la armonía o el equilibrio entre ambos intereses en juego y atenerse al caso concreto para analizar cuál debe primar en el caso en particular. Mi postura es que la libertad de expresión; (la libertad de dar y recibir información ; y la libertad de prensa) debe prevalecer en la gran mayoría de los casos, porque cumple una función trascendental para las democracias liberales; para evitar la dominación de un Estado autoritario; la publicidad engañosa; la ignorancia sobre temas que afectan nuestras vidas en lo cotidiano, y al mismo tiempo permite a los ciudadanos formarse una opinión propia, ayuda a conocer, colabora en la práctica del libre debate, estimula la capacidad de decisión y elección de autoridades, etc. Claro está, siempre que se trate de informaciones que incumban al público en general. Pero, aun cuando se trate de informaciones de interés privado, en algunos casos resulta positiva su exposición, ello puede ayudar a que se trate o se instale un tema en la comunidad, como se da, por ejemplo, en los casos de

violencia de género, donde si el hecho privado de una víctima se da a conocer, la sociedad toma conocimiento y elabora formas de frenar la problemática.

Ahora bien, si los órganos masivos de comunicación social publican informaciones de manera abusiva o arbitraria, de mala fe, imprudentemente, con intención notable de corromper la reputación de un sujeto; realiza intromisiones graves en la intimidad; o reproduce imágenes privadas sin el consentimiento del sujeto implicado, está traspasando los límites que competen a todo derecho, cuyo ejercicio nunca debe ser abusivo. Estarían los medios, en el caso, amparando bajo la bandera de la libertad de expresión y la no censura previa (que todo lo justificaría), conductas altamente ultrajantes para la persona humana y que pueden ocasionar perjuicios inconmensurables cuya reparación posterior se tornaría prácticamente imposible. A modo de ejemplo, cuando se difama la reputación de una persona con acusaciones graves, o cuando se viola la intimidad de un menor de edad, o de una persona víctima de abuso sexual, o la privacidad de situaciones completamente íntimas propias de todo ser humano. Es así que, en estos casos, sí puede llegar a ser necesario el empleo de medidas preventivas por parte del Poder Judicial con el objeto de evitar estas arbitrariedades e impedir que se difundan ciertas publicaciones. Lo descripto es así, si además, ellas, no son determinantes para la creación del libre debate o de la opinión pública. Entonces aquí, la función preventiva del derecho de daños cumpliría un importante propósito al impedir que pueda concretarse el menoscabo que provocaría el medio de comunicación de hacer pública la información.

Por otro lado, considero que si bien la Constitución garantiza la igualdad de las personas ante la ley. Entre personas públicas y privadas no siempre pueden aplicarse los mismos parámetros. Las personas públicas exponen conscientemente ciertos aspectos de

su vida privada con el objetivo de ganar mayor reconocimiento, popularidad y por ende más trabajo y dinero. Es decir, utilizan los medios de prensa para publicitarse, como lo vemos actualmente en políticos, artistas, deportistas, e incluso profesionales matriculados como médicos, abogados o psiquiatras, por lo que permitir cierto grado de intromisión por parte de los medios en su vida privada debería ser disculpado, siempre que no sea una intromisión grave o que atente enormemente contra su intimidad u honor. Además, estos sujetos cuentan con la posibilidad de acceder a los órganos de prensa de manera más fácil para poder rectificar o responder a los dichos en su contra. No ocurre lo mismo con la persona privada, el simple ciudadano civil, que nunca ha expuesto su intimidad o puesto en conocimiento su reputación, y que, de un momento a otro, se ve menoscabado en su honra o vida privada a consecuencia de una información inexacta o agravante. Es menester tener en cuenta, que el sujeto civil no cuenta con la misma facilidad de acceso a los medios, o simplemente no desea dar explicaciones sobre su vida, y que entrometerse en su intimidad o arruinar su reputación puede provocar daños más graves que los causados a los sujetos públicos, pues estas personas civiles son socialmente más vulnerables. Razón por la cual, considero que la tutela de los derechos de la dignidad del individuo debe ser para ambas personas, públicas y privadas, pero se debe resguardar aun con mayor firmeza y eficacia los derechos de los ciudadanos comunes basado en lo explicado anteriormente.

La función preventiva del derecho de daños y la prohibición de censura previa son variables que pueden converger en el ordenamiento jurídico, siempre procurándose a su armonización y equilibrio; y en caso de tener que resolver que variable debe prevalecer, es necesario analizar la circunstancia determinada, el caso en concreto en que

se presenta el conflicto de intereses, y de acuerdo a un estudio minucioso y razonable que debe realizar el juez, decidir cuál será la que prevalecerá.

Como conclusión podemos afirmar que la prohibición constitucional de censura previa reconoce algunas excepciones, que autorizarían medidas cautelares tuitivas contra publicaciones lesivas de la intimidad, el honor, la imagen, o de otros bienes personalísimos. Es decir, cabe, adoptar medidas judiciales preventivas del daño que la difusión de noticias pudiera ocasionar, con criterio restrictivo y suma prudencia.

Bibliografía.

Doctrina:

- Bidart Campos, G. J., (2006). *Manual de la Constitución Reformada. Tomo 2.* Buenos Aires. Argentina: Ediar.
- Bidart Campos, G. J., (2008). *Compendio de Derecho Constitucional.* (1ra edición, 1ra reimpresión). Buenos Aires, Argentina: Ediar.
- Bustamante Alsina, J. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil.* (9na edición ampliada y actualizada). Buenos Aires. Argentina: AbeledoPerrot.
- Camps, Carlos E. (2015). “La pretensión preventiva de daños”. LA LEY ONLINE, www.laleyonline.com.ar. Publicado en: RCCyC 2015 (agosto), 3 • RCyS 2015-XI, 12. Cita Online: AR/DOC/2482/2015.
- Carestia, Federico S. (2016). “Prevención del Daño y libertad de expresión”, LA LEY ONLINE, www.laleyonline.com.ar., Publicado en: RCyS 2016-VI, 39, Cita Online: AR/DOC/1245/2016.
- Colarusso, N. S. (2015). “Daños Punitivos en el Nuevo Código Civil y Comercial. La Inclusión que no fue” [Versión electrónica], Recuperado de: UTSUPRA: <http://server1.utsupra.com/site1?ID=articulosutsupra02A00393369773>
- Cossari, Maximiliano N. G. (2015). “Daños por reproducción de información inexacta en la prensa”, LA LEY ONLINE 29/07/2015, www.laleyonline.com.ar., Publicado en: LA LEY 29/07/2015.

- Diccionario de la Real Academia Española.
- Gelli, M. A., (2013). *Constitución de la Nación Argentina, Comentada y Concordada., Tomo 1*, (4ta edición, 6ta reimpresión). Buenos Aires. Argentina: La Ley.
- Lascano, C. J. (2005). *Derecho Penal Parte General*. (1° ed. / 1° reimpresión). Córdoba. Argentina: Advocatus.
- Mpolás Andreadis, Alejandra (2015). “Deber de prevención del daño y acción preventiva”. LA LEY ONLINE, www.laleyonline.com.ar. Publicado en: DJ 30/12/2015. Cita Online: AR/DOC/3251/2015.
- Perdía Natalí (2015). “La Responsabilidad preventiva en el nuevo Código Civil y Comercial”. LA LEY ONLINE, www.laleyonline.com.ar, Publicado en: RCyS 2015-IX, 26. Cita Online: AR/DOC/1968/2015.
- Peyrano, Jorge W. (2015). “Más sobre la acción preventiva”. LA LEY ONLINE, www.laleyonline.com.ar. Publicado en: LA LEY 28/12/2015, 1 • LA LEY 2016-A, 1221 Cita Online: AR/DOC/4163/2015.
- Peyrano, Jorge W. (2015). “Noticias sobre la acción preventiva”. LA LEY ONLINE, www.laleyonline.com.ar. Publicado en: LA LEY 09/12/2015, 1 • LA LEY 2015-F, 1230. Cita Online: AR/DOC/4310/2015.
- Pizarro, R. D. y Vallespinos, C. G., (2012). *Instituciones de Derecho Privado: Obligaciones, Tomos 2; 3 y 5*, (1° edición). Buenos Aires, Argentina: Hammurabi.

- Sagarna, Fernando Alfredo (2016). “Las funciones de la nueva responsabilidad civil”. LA LEY ONLINE, www.laleyonline.com.ar. Publicado en: RCyS 2016-II, TAPA. Cita Online: AR/DOC/317/2016.
- Sema, José Ignacio (2015). “La función preventiva de la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial. Fundamentos de su reconocimiento legal”, LA LEY ONLINE, www.laleyonline.com.ar, Publicado en: DJ 16/09/2015. Cita Online: AR/DOC/2287/2015.
- Wierzba, Sandra M. (2016). “El Derecho de Daños y sus límites”. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación 2015-10-20, R., H. c. Primera Red Interactiva de Medios y otros/ daños y perjuicios. Publicado en LA LEY ONLINE 22/02/2016, www.laleyonline.com.ar. Cita Online: AR/DOC/4195/2015.
- Zavala de González, M. (1996). *Resarcimiento de Daños: Daños a la Persona. Integridad Espiritual y Social, Vol. 2d*, (2da edición ampliada, 2da reimpresión). Buenos Aires. Argentina: Hammurabi.
- Zavala de González, M. (1997). *Resarcimiento de Daños: Daños a la Persona. Integridad Espiritual y Social, Vol. 2c*, (2da edición ampliada, 2da reimpresión). Buenos Aires. Argentina: Hammurabi.
- Zavala de González, M. (1999). *Resarcimiento de daños. Presupuestos y Funciones, Tomo 4*. Buenos Aires. Argentina: Hammurabi.

Legislación:

- Código Civil de la Nación
- Código Penal Argentino
- Constitución de la Nación Argentina.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos: “Pacto de San José de Costa Rica”, art. 13.
- Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 19 y 20.
- Régimen Legal de la Propiedad Intelectual, Ley 11.72, art. 31.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos, art. 19.

Jurisprudencia:

- C.S.J.N., “Campillay, Julio C. c. La Razón, Crónica y Diario Popular” (1986).
- C.S.J.N., "Roviralta, Huberto c/Primera Red Interactiva de Medios Argentinos SA y otros/daños y perjuicios" (20/10/2015).
- C.S.J.N., “Costa Héctor R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros” (1987).
- C.S.J.N., “Morales Solá, Joaquín M. s/ injurias" (1996).
- C.S.J.N., “Patitó, José Ángel y otro c. Diario La Nación y otros”. Fallos 331:1530. 24/6/08.
- C.S.J.N., “Ponzetti de Balbín, Indiana c/Editorial Atlántida S.A., “daños y perjuicios”11/12/1984.

- C.S.J.N., “Sevini de Cubría, María R. /Amparo.” Fallos 315-245, 8/9/92.
- C.S.J.N., “Verbitsky, Horacio y otros”. Fallos 133- 839, 13/6/89.

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR

TESIS DE POSGRADO O GRADO

A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista	Zalazar, Analuz
DNI	33967204
Título y subtítulo	“La Función Preventiva del Derecho de Daños en la actividad de los Medios Masivos de Comunicación y la tensión con el Principio Constitucional de Prohibición de Censura Previa”.
Correo electrónico	luli_zalazar@hotmail.com
Unidad Académica	Universidad Siglo 21
Datos de edición:	Córdoba,

Firma

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de toda la Tesis	SI
Publicación parcial	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha:

_____ Firma _____ Aclaración

Esta Secretaría/Departamento de Posgrado de la Unidad Académica: _____
_____ certifica que la tesis adjunta es la aprobada y registrada
en esta dependencia.

_____ Firma _____ Aclaración

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado