

Responsabilidad civil de los medios de comunicación masiva

Ramón Daniel PIZARRO

Resumen

En este artículo se expone el problema jurídico y ético relacionado con la responsabilidad de los medios en la exploración de los límites de la libertad de expresión y de información. Pizarro contextualiza dicho problema en la relevancia de los valores democráticos de la comunicación y de la información, como pueden ser la veracidad y la objetividad del mensaje a la luz del interés general. Revisa el conflicto entre las libertades informativas y la vida privada, así como la búsqueda de su equilibrio normativo. En el artículo se analiza de paso la jurisprudencia argentina y estadounidense, principalmente en el caso de daños y opiniones agraviantes y se profundiza en la doctrina de la real malicia.

Abstract

This article discusses the legal and ethical problems involved in the communications media's responsibility in exploring the limits of freedom of expression and information. Pizarro contextualizes this problem in terms of the relevancy of democratic values in communication and information, such as the veracity and objectivity of the message in the light of the general interest. The author reviews the conflict between informational freedoms and private life and the quest for a balance between them on a normative level. The article also analyzes Argentinean and U.S. jurisprudence, mainly in the case of aggravated damages and libel, and delves into the doctrine of malicious intent.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

1. Introducción

Nos proponemos abordar sintéticamente los distintos presupuestos de la responsabilidad civil proyectados a la responsabilidad de los medios de comunicación masiva. Dado que el daño y la relación de causalidad no presentan particularidades en esta materia, centraremos nuestro enfoque en la antijuridicidad y en el factor de atribución.¹

2. La antijuridicidad en la responsabilidad de los medios de comunicación masiva

A. Planteamiento de la cuestión

¿Cuándo la actividad de los medios de comunicación social puede ser reputada antijurídica? ¿Cuáles son los límites de lo lícito y lo ilícito en materia de publicación y difusión de noticias, ideas y opiniones? ¿Existe un derecho por parte de los medios de publicar lo que les plazca, aun cuando puedan lesionar gravemente el honor, la imagen, la intimidad o la dignidad de los protagonistas de la información?

Habremos de enfocar la cuestión partiendo de la base de un principio fundamental: *toda transgresión al honor, a la intimidad y a la imagen de la persona por los medios de comunicación masiva debe ser reputada antijurídica, salvo que medie causa de justificación.*²

1 Nos hemos ocupado de los presupuestos de la responsabilidad civil con mayor detenimiento en Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*, Buenos Aires, Hammurabi, 2000, tt. II y III y en Pizarro, Ramón Daniel y Vallespinos, Carlos Gustavo, *Daño moral*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

2 Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990. Sobre esa base y en similares términos, se formuló un agregado al punto I) del despacho de la Comisión, suscrito por los doctores Cifuentes, Kemelmajer de Carlucci, Banchio, Parellada, Vallespinos, Leiva,

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

Ello por varias razones:

1. En primer lugar, no existe motivo valedero que permita apartarse del principio rector en la materia — el de *alterum non laedere*—, por el mero hecho de ser el dañador un medio de comunicación masiva.

Dichos medios no gozan de una situación privilegiada y deben, como cualquier otro sujeto, público o privado, ser alcanzados por el juicio de antijuridicidad cuando causen daños a terceros derivados de su actividad. Salvo, claro está, que medie causa de justificación —como, por ejemplo, el ejercicio legítimo y regular de su derecho de informar— que, en principio, deberá *ser invocada y probada por el medio*.

2. En segundo lugar:

La cuestión no puede, evidentemente, ser resuelta sobre la base simplista de que la difusión de ideas por la prensa constituye un derecho de carácter constitucional. El punto de partida es justamente el inverso: la consideración de que tal acto es ilícito hasta tanto el análisis axiológico y sustancial del problema no demuestre que, a pesar de aquella violación, el acto guarda armonía con los fines perseguidos por el ordenamiento jurídico y es por ello autorizado y aprobado por éste.³

3. Los derechos que hacen a la dignidad de la persona tienen un valor relevante dentro del plexo normativo de la Constitución argentina, al igual que en todas las Constituciones de América. Estos derechos se erigen en un valor primario hasta el extremo de identificar y definir el orden público constitucional.

Boulin, Vallone y Márquez y por nosotros. En sentido coincidente: despacho de la Comisión I del Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños, Buenos Aires, 1989, aps. 4) y 5).

³ Zavala de González, Matilde, “La libertad de prensa frente a la protección de la integridad espiritual de la persona”, *Jurisprudencia Argentina*, 1982-II-783, en especial p. 784, núm. II.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

La causa de justificación más importante (y frecuente) que pueden invocar los medios de comunicación para desvirtuar el juicio de antijuridicidad es el ejercicio legítimo y regular de su derecho de informar. Urge, por lo tanto, precisar los alcances del derecho (libertad) de informar más allá de los cuales ninguna protección podrá ser dispensada.

B. El objeto del derecho a informar. Los denominados “límites internos de la libertad de expresión”

El derecho a informar tiene, como todo derecho, un objeto y un contenido, cuya determinación resulta necesaria a fin de calibrar sus alcances. A la primera cuestión buena parte de la doctrina dominante suele denominarla “el problema de los límites internos” del derecho de informar.⁴

1. *Objeto y contenido del derecho a informar.*⁵ El objeto del derecho a la información está constituido por la actividad informativa, por el mensaje, que es siempre un determinado contenido simbólico que expresa hechos, ideas u opiniones; el *contenido*, por el conjunto de facultades que comprende y que son imprescindibles para su ejercicio, “de mo-

4 Sobre el tema, véase Ghestin, Goubeaux, *Traité de droit civil* (sous la direction de Jacques Ghestin), t. I: *Introduction générale*, 2a. ed., París, LGDJ, 1983, pp. 612 y ss., 693 y ss. y 616 y ss., 697; Zannoni, “El factor de atribución de la responsabilidad de los medios masivos de comunicación”, Bueres, A. J. (dir.), *Responsabilidad por daños, homenaje al profesor doctor Jorge Bustamante Alsina*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1990, vol. II, pp. 7 y ss., en especial p. 14, n. 3; García Herrera, “Estado democrático y libertad de expresión (I)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, Madrid, núm. 64, 1982, pp. 141 y ss.

5 Sobre el derecho a la información, resultan de enorme importancia las obras de Villanueva, Ernesto, *Derecho comparado de la información*, México, Universidad Iberoamericana y Fundación Konrad Adenauer, 2002; *Autorregulación de la prensa*, México, Universidad Iberoamericana, 2002; *El sistema jurídico de los medios de comunicación en México*, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1995.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

do que sin su concurrencia... quedaría inerte".⁶ Ha sido justamente la expansión del objeto y del contenido del derecho de informar uno de los factores determinantes de la transformación de la tradicional prensa de opinión que previeron las democracias liberales de los siglos XVIII y XIX en los modernos medios de comunicación masiva de nuestro tiempo.⁷

2. *La información. La noticia. Hechos, ideas y opiniones.* Las definiciones de noticia son tan numerosas como los autores que se han ocupado del tema.⁸ Los enfoques varían según la perspectiva adoptada por el analista; de allí que los comunicadores sociales, por ejemplo, pongan énfasis en aspectos no siempre coincidentes con los ponderados por los sicólogos sociales, los sociólogos o los juristas.

Por nuestra parte, preferimos utilizar un método diferente: describir los atributos que debe reunir el acontecimiento noticiable y señalar, de ese modo, el objeto del derecho de informar. Anticipamos que el tema no puede ser sometido a soluciones rígidas, de corte dogmático y que debe estar pre-

⁶ La doctrina no es uniforme a la hora de concretar esas facultades. Entre las principales, y en consonancia con lo dispuesto por el artículo 19 de la Declaración de Derechos de 1948, se señalan las de investigar, recibir y difundir informaciones de diferente naturaleza y por cualquier medio. Sobre el tema, véase Conesa Sánchez, Fernando, *La libertad de empresa periodística*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 1978, p. 237, n. 3; Desantes Guanter, José María, *La información como derecho*, Madrid, Editora Nacional, 1974, pp. 72 y ss.

⁷ Nos hemos ocupado del tema con mayor detenimiento en nuestra obra *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2003, caps. I y II.

⁸ Sobre el concepto de noticia: Xifra Heras, *La información (análisis de una libertad frustrada)*, Barcelona, Hispano-Europea, 1972, pp. 79 y ss., n. III; Conesa Sánchez, *La libertad de empresa periodística*, cit., nota 6, pp. 232-237, n. 2; Desantes Guanter, José María, *La verdad en la información*, Valladolid, Servicios de Publicaciones de la Diputación Provincial de Valladolid, 1976, pp. 57-63; id., *La información como derecho*, cit., nota 6, pp. 50 y ss.; Ibarrola, Javier, *La noticia*, México, Guernica, 1986, pp. 15 y ss.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

sidido por una ponderación pragmática y flexible de las distintas circunstancias.

El soporte de la noticia “es siempre un acontecimiento, o sea, algo que ocurre o sucede de una manera singular”⁹ y que resulta susceptible de ser comunicado a terceros. Debe advertirse que no sólo son comunicables *los hechos* sino también *las ideas* y *las opiniones o juicios*.

Estas tres manifestaciones presentan algunos aspectos diferenciables, que deben ser señalados a fin de aventar errores.

3. *La información de hechos*. La información relativa a hechos que se producen en el mundo exterior presupone una constatación (directa o indirecta, mediata o inmediata) de la realidad por el informador. Para informar sobre algo que ha ocurrido es preciso, en primer lugar, tomar conocimiento de ese hecho, lo que implica un acto de percepción inicial por el informador.

Se opera, de tal modo, un *juicio de existencia*, cuando el informador comunica *lo sucedido*, que es algo distinto del *juicio de valor* que puede contener el mensaje informativo, o sea, cuando añade *lo que piensa sobre dicho acontecimiento*. Cabe admitir que, aunque conceptualmente pueda y deba distinguirse según se trate de informar un hecho o de opinar respecto del mismo, rara vez la presentación de aquél se realiza de manera pura, esto es, con asepsia de interpretaciones u opiniones. La mera circunstancia de comunicar una noticia de una manera determinada o, simplemente, de silenciarla, puede importar una forma de valoración subjetiva.

No obstante ello, cuando del juicio de existencia se trata, debe exigirse al informador *objetividad* y *exactitud*, tanto a la hora de aprehender dicha realidad que pretende comunicar

⁹ Xifra Heras, *op cit.*, nota 8, p. 80.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

cuanto al tiempo de realizar el mensaje informativo. Toda consideración subjetiva que el hecho pueda merecer en la opinión del informador debe ser cuidadosamente diferenciada de aquel relato.

4. *La exactitud y la verdad.* La información de hechos debe ser verdadera, esto es idónea para transmitir *la realidad como es*. Por “realidad” entendemos aquello “con que me encuentro y tal como me lo encuentro”.¹⁰ El informador debe describir o desvelar esa realidad, haciéndola conocible a terceros, y para lograr esa tarea debe dejarla ser lo que es, sin alterarla, sin hacer de ella otra diferente.

La falta de adecuación entre la realidad y lo informado priva a la noticia de exactitud. La verdad en la información, por ende, no es otra cosa que la reproducción objetiva y exacta de la realidad por el medio.

Algunos autores pretenden relativizar esta conclusión, sosteniendo que la exigencia de exactitud informativa tendría como base no solamente la mera adecuación de lo informado al objeto, *sino también el cumplimiento de ciertos deberes ético-jurídicos del sujeto informador*. Así valorado, el requisito de exactitud (verdad) en la información no pasaría de ser una mera *actitud exigible a quien informa y no un resultado, predicable de la información en sí misma*. 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.

Como puede advertirse, esta teoría necesariamente debe proyectar sus consecuencias hacia el ámbito de una responsabilidad subjetiva, basada en la idea de dolo o culpa.

¹⁰ Marías, Julián, *Introducción a la filosofía*, 2a. ed., Madrid, Revista de Occidente, 1981.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

Por nuestra parte, nos inclinamos por ideas diferentes y sostenemos que la exactitud de la información, que versa sobre hechos noticiables, no puede ser ponderada como una mera actitud del informador. Es un resultado y como tal ha de ser valorada.

La mayor o menor diligencia de quien informa, al tiempo de captar la realidad y traducirla en el mensaje informativo, nada agrega o quita a esta conclusión. Si existe desarmonía entre el presupuesto fáctico que sirve de base a la noticia y esta última, habrá necesariamente inexactitud de lo informado.¹¹

Lo expresado asume especial significación si se tiene en cuenta que, en la mayoría de los casos, los informadores son meros intermediarios que no conocen la realidad de manera directa, por sí mismos, sino que se limitan a reproducir noticias proporcionadas por fuentes “confiables” (por ejemplo, agencias internacionales o nacionales, que son algo así como los “mayoristas” de la información).

Suele sostenerse que esta circunstancia determinaría la virtual imposibilidad de los medios de controlar la “verdad de lo que estas informaciones contienen”; por lo tanto, sólo serían responsables “por la *veracidad* de la noticia que propagan con base en la información recibida”. La verdad, como tal, atañería a la exactitud intrínseca del hecho o acontecimiento informado, en tanto que la veracidad haría “a su verosimilitud y a la fidelidad con que se transmite lo informado”.¹²

¹¹ Señala Marías que “La ‘veracidad o *veritas*’ tiene una referencia primaria a lo que *fue*, al tiempo pretérito; la narración escrupulosa y veraz cuenta lo que es real y efectivamente fue o sucedió; concierne al *acontecer pasado*: es el modo de verdad de la historia”, *op. cit.*, nota 10, p. 95.

¹² Zannoni, su voto en CNCiv., Sala A, 7/7/86, “Gutiérrez Ardaya c. Clarín S. A.”, *La Ley*, 1986-D-379; “El factor de atribución de la responsabilidad de los medios masivos de comunicación”, *Responsabilidad por daños, homenaje al profesor*

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

No compartimos esta idea, que tiene, a nuestro modo de ver, una seria deficiencia: *trasladar el riesgo de posibles inexactitudes al protagonista de la noticia*. Ello supone eximir al medio del coste de verificar exhaustivamente lo que publica y de asumir los riesgos de las posibles inexactitudes como una contingencia propia de la actividad desplegada.¹³ Una vez más, las razones financieras presiden buena parte del razonamiento jurídico.

No existe, pues, una “verdad periodística”, distinta de la verdad real. Admitir lo contrario importa reconocer, implícitamente, que el periodista, “por la múltiple existencia de verdades sobre un mismo hecho, puede informar lo que le plazca, como le parezca conveniente o como crea que le conviene a la empresa, o al público o a una ideología”.¹⁴

5. *Quid* del requisito de objetividad. En cambio, el requisito de la *objetividad*, que suele ser también predicado en esta materia, no se refiere tanto al mensaje en sí mismo cuanto al informador: constituye un acto del propio mensaje, orientado a despojarse de todo elemento subjetivo para captar el hecho tal cual es y comunicarlo fidedignamente.

Conviene, sin embargo, tener presente que la falta de objetividad en el informador puede, frecuentemente, distorsionar el mensaje y ser determinante para la falsedad de la información suministrada.

También la objetividad exigible a quien informa debe ser valorada como un resultado y no como un mero deber de diligencia atribuible al mismo. Si entre el presupuesto fáctico que sirve de base a la noticia y esta última existe desarmo-

doctor Jorge Bustamante Alsina, *op. cit.*, nota 4, vol. II, pp. 21 y ss. *Cfr.* Desantes Guanter, *La verdad en la información, op. cit.*, nota 6, pp. 79-84; Xifra Heras, *op. cit.*, nota 8, pp. 95 y ss.

¹³ Véase, de sumo interés: Pantaleón Prieto, Fernando, “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, 10 de mayo de 1996, núm. 4033, p. 1

¹⁴ Brajnovic, Luka, *Deontología periodística*, 2a. ed., Pamplona, Universidad de Navarra, 1978, p. 102.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

nía por no haberse despojado el informador de elementos subjetivos que incidan en el contenido de la información, habrá falta de objetividad de su parte y, consiguientemente, lo informado será inexacto.

Ahora bien, no siempre la exactitud, la objetividad y la veracidad de la información serán suficientes para importar un ejercicio regular del derecho de informar. Existen supuestos de suma importancia (*verbi gratia*, atentados contra la intimidad) en los cuales una información verdadera que avance sobre zonas no comunicables de la existencia humana puede resultar antijurídica.

6. *Actualidad de la noticia*. Es necesario que el acontecimiento noticiable tenga actualidad. “La actualidad —enseña Xifra Heras—¹⁵ expresa una relación entre el acontecimiento y el tiempo”.

El valor informativo y comercial de la noticia está estrechamente ligado al elemento temporal. Un acontecimiento que no es dado a conocer a su tiempo, pierde su condición de noticiable y no resulta idóneo para despertar el interés del consumidor. Lo que hoy es noticia, mañana bien puede ser historia.

La falta de actualidad de la noticia puede determinar una clara trasgresión a los límites internos del derecho de informar.

La jurisprudencia nacional ha tenido oportunidad de pronunciarse reiteradamente sobre este particular. Así se ha dicho, con acierto, que:

Si la publicación cuestionada consistió en una noticia mediante un gran título que hablaba de prisión para un médico y un abogado por violación —a secas, sin aclarar siquiera que se trataba de una violación de domicilio— dando por responsable del delito al letrado actor, silenciando que la sentencia penal con-

¹⁵ Xifra Heras, *op. cit.*, nota 8, p. 83.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

denatoria databa de dos meses y días anteriores a la publicación de la noticia, y que la misma no estaba firme sino apelada, desde antes del tiempo en que la hizo pública, no cabe duda [de] que en el caso no hubo urgencia de actualidad y sí opinión dañosa al difundir como definitiva una condena penal no firme.¹⁶

La falta de actualidad de una información verdadera puede, también, conculcar el *derecho a la identidad personal* del protagonista de la información, al presentar una imagen distorsionada de su realidad actual.

7. *Interés general*. La doctrina suele exigir que la noticia esté orientada a satisfacer un interés general. Esta pretensión —de tanta importancia para calibrar si ha mediado un ejercicio abusivo (antifuncional) del derecho de informar— es, sin embargo, difícil de precisar.

Por nuestra parte, sostenemos que no puede formularse una regla general en esta materia y que, por el contrario, toda solución deberá estar imbuida de un profundo pragmatismo. En tal sentido, la actualidad, la importancia pública del acontecimiento, sus proyecciones sociales, la proximidad no sólo espacial o temporal, sino también temática con el destinatario, la notoriedad, son algunos de los factores que permiten inferir el interés general de la información.

Contrariamente, quedan fuera de ese interés general, en principio, las cuestiones que hacen a la vida privada (intimidad) de las personas, salvo cuando, por razones que hemos analizado oportunamente, ella pueda ceder ante el interés general por conocer los hechos, prevaleciente en el caso concreto.

8. *Comunicabilidad*. La noticia ha de ser comunicable. No lo es aquella información que indebidamente agravia de

¹⁶ CNCiv., Sala C, 27/12/89, “Warszawsky, Paul c. Editorial Sarmiento S. A.”, *El Derecho*, 138-455 (voto del doctor Cifuentes).

RAMÓN DANIEL PIZARRO

manera injustificada la intimidad, el honor, la imagen u otros derechos fundamentales de la persona. Tampoco es comunicable, en principio, aquella información apta para lesionar el interés público prevaleciente en el caso concreto. Tal como sucede, por ejemplo, cuando se limita la información sobre procesos judiciales en los que intervienen menores de edad, o con la difusión de fotografías de personas que son imputadas de delitos, mientras no recaiga sentencia firme, o en épocas de guerra con la publicación de secretos militares.¹⁷

El tema se vincula estrechamente con los denominados “límites externos” de la información.

9. *Forma de expresión.* Otro aspecto de fundamental importancia es el atinente a la forma de efectuarse la información o difusión de noticias. La cuestión tiene especial significación en materia de publicaciones que puedan atentar contra el honor de una persona, conforme habremos de verlo más adelante. Los medios deben ser especialmente cuidadosos a la hora de publicar o difundir noticias que tengan potencialidad difamatoria para sus protagonistas.

Para ello, deben ponderar, entre otras circunstancias:

1. Que en virtud del principio de inocencia constitucional —¡tantas veces olvidado!— nadie puede ser tenido por culpable de un ilícito hasta tanto no medie condena judicial.
2. Que no es el rol del medio calificar o juzgar la conducta presuntamente delictiva de los presuntos implicados.
3. Que, en principio, la propagación de cualquier información relativa a investigaciones policiales comunicables

17 Sobre el tema, véase Toinet, Marie-France, “La liberté de la presse aux Etats-Unis (Des documents du Pentagone au scandale du Watergate)”, *Revue Française de Science Politique*, vol. XXII, núm. 5, 1973, pp. 1020 y ss.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

o a procesos judiciales en trámite debe efectuarse atribuyendo directamente el contenido a su fuente, “utilizando un tiempo de verbo potencial” o “guardando reserva de la identidad de los implicados en el hecho ilícito”.¹⁸

4. Que la valoración de la información debe ser realizada contextualmente, ponderando los parámetros antes mencionados y su relación con la forma en que es presentada la noticia. La *mise en valeur* de las informaciones es resultado de varios factores, que deben ser debidamente calibrados por quienes informan y por aquellos que deben, eventualmente, juzgar sus conductas: “la colocación (página, columna, situación), la titulación (altura, superficie, prioridad, columnaje) y la presentación (ilustración, tipografía)”.¹⁹

10. *Las ideas*. La información puede comprender, también, la difusión de ideas, que constituyen siempre una manifestación subjetiva de quien las emite.

A diferencia de lo que sucede con la difusión de hechos, no tenemos aquí un parámetro referencial externo para formular el contraste con lo informado. Una idea puede ser calificada de acertada o de desacertada, de razonable, sensata o sólida, o de lo contrario. Puede, inclusive, ser tildada de agravante para los derechos personalísimos de una persona. Pero nunca de verdadera o falsa. Como bien lo sostiene

18 CSJN, 15/5/86, “Campillay, Julio C. c. La Razón, Crónica y Diario Popular”, *ED*, 118-305; *ibidem*, 12/3/87, “Costa, Héctor R. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires y otros”, *El Derecho*, 123-128. En contra: CNCiv., Sala B, 20/6/89, “Aramouni c. Editorial Tiempo Argentino S. A. y otros”, *El Derecho*, 135-152, con nota desaprobatoria de Bidart Campos.

19 Xifra Heras, *op. cit.*, nota 8, p. 77.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

Desantes Guanter,²⁰ las ideas se mueven en el mundo “de lo opinable y no en el mundo inamovible de la certeza”. De allí que deban ser otros los parámetros que tendremos en cuenta a la hora de precisar los límites de este tipo de información.

La comunicación de ideas, que provienen del *interior* del informador, tiene una trascendencia distinta de la que está orientada a informar acerca de hechos del “mundo exterior”, dirigida principalmente al conocimiento. Las ideas tienen siempre un efecto más trascendente, porque están dirigidas a la voluntad del destinatario del mensaje.

La comunicación de ideas políticas, por ejemplo en un mitin —dicen Desantes Guanter y Soria—, se dirige a captar afiliados o a conseguir votos para la candidatura del partido de que se trate. Por eso se ha dicho, con razón, que la comunicación ideológica es persuasiva, atrae voluntades con fuerza psicológica. Y por eso, además de persuasiva, la comunicación ideológica es naturalmente expansiva, ya que cada persuadido se convierte en un foco potencial de persuasión.

Esto explica que dicha comunicación esté dirigida, más que al conocimiento, a la propia voluntad del destinatario.

11. *Las opiniones y los juicios.* El panorama se complica aún más cuando se trata de opiniones que participan por su propia entidad de los caracteres de los otros dos posibles objetos de la información (hechos e ideas).

La opinión se desarrolla en un campo que oscila siempre entre la duda y la certeza.

Si son relativamente pocas las certezas que el hombre puede tener y la duda es un estado angustioso, la opinión es el gran remedio contra la perplejidad que puede ser paralizante para el

²⁰ Desantes Guanter, *La verdad en la información*, cit., nota 8, pp. 62 y ss.; *id.*, *La información como derecho*, cit., nota 6, pp. 55 y ss.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

hombre. Hay dudas insalvables y sobre ellas no cabe opinión. Pero la mayor parte de ellas no lo son; y la concurrencia de opiniones en el mercado libre de la información permite al hombre optar por un juicio u otro, formular su propio juicio e ir depurando las opiniones para que se acerquen, en la medida de lo posible, a la certeza.²¹

El juicio está en el punto medio entre los extremos de la objetividad (en cuanto presupone la captación y comunicación de hechos, y el consecuente deber de objetividad, exactitud y veracidad) y la subjetividad (propia de las opiniones, a las que, como ya vimos, no es posible reclamar ni objetividad ni veracidad).

Parece, a esta altura, necesario señalar que la distinción entre hechos y opiniones impone profundizar la relación que media entre ambos. En tal sentido, para valorar una opinión, es menester tener en cuenta que ella pueda ser reconocida como tal y que además sea susceptible de compararse con los hechos que son motivo de apreciación.

C. Transgresión *lato sensu* y ejercicio abusivo del derecho a informar

La transgresión del ordenamiento jurídico (y en particular, de los límites del derecho a informar) no opera siempre de la misma manera. A veces, se manifiesta en forma franca, abierta, *lato sensu*. En otras, en cambio, asume un carácter solapado: se respeta en apariencia la letra de la ley, pero quebrantando su espíritu o la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico al tiempo de brindar tutela jurídica.

Sostenemos que tanto la transgresión “formal” o *lato sensu* del ordenamiento jurídico cuanto la “material” (confi-

²¹ Desantes Guanter, José María y Soria, Carlos, *Los límites de la información*, Madrid, Asociación de la Prensa de Madrid, 1991, pp. 58 y 59.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

gurada por el abuso del derecho, el fraude a la ley, etcétera) importan procederes antijurídicos. En este sentido se pronunciaron expresamente las V Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Rosario, Argentina, en 1971.

D. El derecho a informar y el derecho a la intimidad

Veamos la problemática en materia del derecho a la intimidad.

El caso Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A.²²

Es importante hacer una breve referencia al trascendente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, en la causa Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A.

En una edición correspondiente a septiembre de 1981, la revista *Gente y la Actualidad*, de propiedad de los demandados, publicó en su portada una fotografía del dirigente político Ricardo Balbín, en momentos en que éste se encontraba en una sala de terapia intensiva de un hospital platense, agonizando de una dolencia que determinaría su deceso, pocas horas más tarde.

La viuda y el hijo del doctor Balbín promovieron demanda en contra de la editorial propietaria de la mentada publicación y en contra de sus editores responsables, reclamando la reparación del daño moral por ellos experimentado, a raíz de la lesión al derecho a la *intimidad familiar*.

La Corte Suprema de Argentina resolvió adecuadamente numerosas cuestiones relativas al tema que nos ocupa:

²² CSJN, 11/12/84, "Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A.", *CSJN-Fallos*, 306:1892; *La Ley*, 1985-B-120; *Jurisprudencia Argentina*, 1985-I-513.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

1. En primer lugar, se proclama que el derecho de publicar ideas por la prensa “no es absoluto en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar a raíz de los abusos producidos mediante su ejercicio, sea por la comisión de delitos penales o de actos ilícitos civiles”.

El tribunal admite —acertadamente— la aplicación de la teoría del abuso del derecho en materia ius informativa.

Libertad de prensa no significa, pues, impunidad de quien utiliza a la prensa como un medio para delinquir.

2. Se sostiene que la libertad de expresión presenta tres facetas bien diferenciables:

- Como ejercicio del derecho de industria o comercio por parte de la prensa, del cine, la radio y la televisión.
- Como derecho individual de emitir el pensamiento a través de esos medios.
- Como derecho social a la información.

3. 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; máxime cuando el artículo 1071 *bis* del Código Civil es consecuencia de otro derecho inscripto en la propia Constitución, también fundamental para la existencia de una sociedad libre, el derecho a la privacidad.

4. La libertad de intimidad tiene sólido sustento constitucional en los artículos 19 de nuestra carta magna y 11, incisos 2 y 3 del Pacto de San José de Costa Rica. El voto de los ministros Carrió y Fayt es muy ilustrativo respecto del objeto y contenido del derecho a la intimidad.

5. Se admite, implícitamente, la existencia de una verdadera intimidad familiar. Debe repararse en que los actores

RAMÓN DANIEL PIZARRO

—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 mentadas fotografías.

6. Se reconoce que “las personas célebres, los hombres públicos, tienen, como todo habitante, el amparo constitucional para su vida privada”. El tribunal ha valorado adecuadamente que

el interés público existente en la información sobre el estado de salud del doctor Ricardo Balbín, en su última enfermedad, no exigía ni justificaba una invasión a su más sagrada esfera de privacidad, como ocurrió con la publicación de la fotografía que da fundamento al litigio, cuya innoble brutalidad conspira contra la responsabilidad, la corrección y el decoro, y otras estimables posibilidades de la labor informativa, y la libertad que se ha tomado la demandada para publicarla ha excedido la que defiende, que no es la que la Constitución protege y que los jueces están obligados a respetar.

7. La Corte dilucida correctamente la cuestión atinente a los límites del derecho a la vida privada, que, como todo derecho constitucional, 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 la justicia civil, la libertad de expresión son límites del derecho a la intimidad.

Sin embargo, 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.

E. El derecho al honor. Calumnias e injurias cometidas a través de los medios masivos de comunicación

Pocos bienes espirituales tienen tanta trascendencia para el hombre como el honor. Buena parte de lo que es y puede llegar a ser depende de su autoestima y de la fama de que goce o que merezca dentro de la comunidad. “La personalidad —dice Cifuentes²³— está sostenida en la reputación; crece, se agranda con la fama y el esfuerzo para consolidarla ante los demás; depende de la opinión ajena, pero también de la estima personal”. Hablar del honor significa, de tal modo, hacer referencia a la valoración integral de la persona, en todas sus proyecciones, individuales y sociales.

Esa valoración puede asumir diferentes aspectos, que llevan a la doctrina dominante a distinguir un concepto objetivo y otro subjetivo de honor.

El concepto subjetivo de honor, también denominado “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. Así concebido, el honor es un estado de conciencia individual, un sentimiento de autovaloración, justificable en el hombre, como ser hecho a imagen y semejanza de su creador.

El concepto objetivo de honor, en cambio, se refiere a la valoración que *otros* hacen de la personalidad ético-social de un sujeto; importa referirnos a la reputación, a la buena o mala fama, a la estima y al respeto que el sujeto puede merecer frente a terceros.

De esa reputación depende, a veces, la valoración que el individuo tenga de sí mismo; no porque ella se encuentre

²³ Cifuentes, Santos, *Derechos personalísimos*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 454, § 91.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

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 los demás.

De la fama de una persona dependen sus posibilidades de éxito. Quien es bien valorado por sus semejantes es merecedor de confianza, de crédito moral, de oportunidades, en lo económico y en lo social. En cambio, aquella persona que socialmente es sospechada o tenida por deshonesto sufre una minoración de sus posibilidades objetivas, con inevitables secuelas espirituales y patrimoniales.

Se comprende, entonces, que el honor, en cualquiera de sus manifestaciones, represente para el hombre sinónimo de dignidad y que su pérdida pueda importar —más allá de las mortificaciones espirituales posibles— casi una muerte civil.

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 siempre resistan la tentación de publicar lo que es impropio, aun cuando puedan inmolarse arbitrariamente los derechos esenciales de una persona.

Señala, al respecto, Julián Marías:²⁴

La denuncia sin pruebas, la calumnia pura y simple, la insinuación que produce los mismos efectos sociales están empezando a producir un clima de inquietud y malestar en unos, irritación en otros, de repugnancia y desaliento en los demás... La táctica es siempre la misma: se lanza la acusación —a veces la

²⁴ Marías, Julián, "Qué queda cuando se calumnia", *La Vanguardia*, Barcelona, 18 de febrero de 1978, citado por Soria, Carlos, *Derecho a la información y derecho a la honra*, Barcelona, ATE, 1981, p. 40.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

mera insinuación vaga e inconcreta— y se “espera” que el injuriado se movilice para probar que es falsa. Lo cual, repito, es casi imposible; pero aunque no lo fuera, pondría sobre el inculpado una carga que en modo alguno le corresponde, sino al que afirma, al que lanza la acusación... Es menester, sobre todo, negar el supuesto vicioso: hay que pedir pruebas al que afirma, y no escucharlo mientras no las presente, no pedir al acusado lo que hay que pedir al acusador.

Los periodistas profesionales y los medios de comunicación social deben extremar los recaudos para ejercer regularmente su derecho de informar sin agraviar a terceros. Ellos, como cualquier otro integrante de la comunidad, deben ser conscientes de que nadie puede ser tildado de delincuente, asesino, violador o corrupto hasta tanto así lo determine la justicia competente. Y de que una persona imputada o procesada, obviamente, goza también de tal derecho constitucional.

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, debe reservarse la identidad de los implicados.

En Argentina, al igual que en los Estados Unidos de América, se afirma que quien reproduce los dichos injuriosos de otro, atribuyendo la información a la fuente, sin adicionarle ningún aporte propio, no incurre en antijuridicidad.

Los antecedentes más significativos de la doctrina que analizamos los encontramos en los Estados Unidos.

Desde mucho antes del precedente *New York Times v. Sullivan* (1964) y de la defensa constitucional allí consagrada por la Corte de ese país, en materia de libelo se ha admitido bajo las reglas del *common law* la defensa basada en el privilegio calificado del *fair comment*.

Remarcamos que, a diferencia de la doctrina de la real malicia (*actual malice*), aquélla no tiene jerarquía constitu-

RAMÓN DANIEL PIZARRO

cional, por lo que su existencia y su mayor o menor eficacia dependen de la legislación imperante en cada estado.

Conforme a ella, quien reproduce en forma fiel y exacta los actos y procedimientos públicos de todo tipo (administrativos, legislativos o judiciales), atribuyendo la información a esa fuente, está exento de todo tipo de consecuencias y tiene inmunidad absoluta, civil y penal. Su ámbito natural son las cuestiones gubernamentales, que siempre tienen relevante interés público.

La razón —dice Bianchi— parece clara: si quien informase extendiera la responsabilidad del emisor de la manifestación, él se transformaría inevitablemente en censor de las expresiones de terceros, temeroso siempre de quedar “pegado” a ellas, como una suerte de “deudor solidario”, por el simple hecho de haberlas difundido. Es fácil imaginar que, más que informador de noticias, sería el timorato *filtrador* y *sopesador* de la información, con el consiguiente debilitamiento del debate colectivo y la posibilidad de libre expresión ciudadana.²⁵

Esta defensa, al igual que la basada en la crítica a los actos de gobierno, contribuye al buen conocimiento del público de los asuntos de trascendencia y permite el control del poder y de los actos de gobierno.

Para que se configure el privilegio²⁶ (o eximente) se requiere:

²⁵ Bianchi, E. T., “La doctrina ‘Campillay’ (o la noticia que reproduce lo expresado por otro)”, *La Ley*, 1997-B-1283.

²⁶ El *Second Restatement of Torts*, en sección 11 (1977), describe la regla de esta manera: “La publicación de cuestiones difamatorias concernientes a otro, en un reporte sobre una acción o un procedimiento oficial, o sobre un mitin abierto al público, en el que se tratan asuntos concernientes al interés público, es considerada privilegio si el reporte es exacto y completo o se hace un adecuado resumen de lo ocurrido”. También el derecho español acepta esta circunstancia eximente, aunque todavía con mayor amplitud que el estadounidense.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

a) Que los reportes emanen de fuentes públicas o de procedimientos oficiales que tengan ese carácter. En los últimos tiempos, sin embargo, en forma prudencial y no generalizada, algunos estados admiten que se extienda el privilegio a reportes de hechos sucedidos en reuniones públicas, donde sea libre la discusión sobre asuntos de interés público.²⁷

b) Que el contenido de la información verse sobre cuestiones de interés público. En cuestiones privadas, el privilegio es absolutamente rechazado.

c) Que la información emitida reproduzca los actos o procedimientos de manera fiel y exacta, sin agregar opiniones o materiales extraños.

d) Ausencia de malicia del informador, esto es, de conocimiento de la falsedad del reporte oficial que se publica.

3. El factor de atribución en la responsabilidad de los medios masivos de comunicación social

Corresponde que efectuemos un análisis sobre el factor de atribución que justifica la obligación de resarcir de los medios de comunicación social; en primer lugar abordaremos el tema con relación a los daños causados por informaciones inexactas o agraviantes, y en segundo término a los daños provenientes de la expresión de ideas y opiniones agraviantes.

a) *Daños por informaciones inexactas o agraviantes.* ¿Cuál es el factor de atribución aplicable en los supuestos de responsabilidad civil extracontractual de los medios

²⁷ Esta última fue la regla que siempre predominó en el derecho inglés. Véase Gillmor Barron, Simon, *Mass Communications Law*, 6a. ed., West Group, 1998, pp. 233 y ss.; Nelson, Teeter y Le Duc, Don R., *Law of Mass Communications (Freedom and Control of Print and Broadcast Media)*, 6a. ed., Nueva York, Foundation Pr, 1989, pp. 205 y ss.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

de comunicación masiva por informaciones en sentido estricto, inexactas o agraviantes?

Se trata de una cuestión opinable, que ha dividido a la doctrina, tanto en el derecho comparado como en nuestro país.

1. *Doctrina de la responsabilidad subjetiva.* Para una primera posición, ampliamente mayoritaria en la doctrina argentina²⁸ el factor de atribución es subjetivo y basado en la idea de culpa o dolo.

Dentro de este orden de ideas, se distingue nítidamente la información falsa de la errónea:

En uno u otro caso —enseña Bustamante Alsina— 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. 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 fal-

²⁸ Entre otros: Alterini, Filippini, “Responsabilidad civil derivada de la difusión de noticias inexactas: acto ilícito o acto abusivo”, *La Ley*, 1986-C-406; Alterini; López Cabana, *Cuestiones modernas de responsabilidad civil*, Buenos Aires, La Ley, 1988, p. 293; Belluscio, “Daños causados por la publicación de noticias”, *Derecho de daños, homenaje al profesor doctor Jorge Mosset Iturraspe*, primera parte, Buenos Aires, La Rocca, 1989, pp. 371 y ss.; López Cabana, “Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación social por la difusión de noticias”, *Responsabilidad por daños, homenaje al profesor doctor Jorge Bustamante Alsina*, cit., nota 4, pp. 27 y ss.; Bustamante Alsina, “Responsabilidad de los órganos de prensa por informaciones inexactas”, *La Ley*, 1989-B-286; *id.*, “Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes (en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)”, *La Ley*, 1989-D-885; Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, t. II: Daños a las personas (integridad espiritual y social), Buenos Aires, Hammurabi, 1996, pp. 267 y ss., § 88, aps. d) y f); Barrancos y Vedia, “Acerca del caso Campillay”, *La Ley*, 1986-D-978. Véase también, en el derecho extranjero: Dumas, *Le droit de l’information*, París, Puf, 1981, pp. 521-523; Soria, *Derecho a la información y derecho a la honra*, cit., nota 21, pp. 104 y ss.; Desantes Guanter, *La verdad en la información*, cit., nota 8, pp. 82 y ss.; Muñoz Machado, *Santiago, Libertad de prensa y procesos por difamación*, Madrid, Ariel, 1988, pp. 82 y ss.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

sedad el autor es responsable penal y civilmente 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 sería responsable si hubiese faltado al deber de veracidad que consiste en el obrar cauteloso y prudente en recibir y transmitir información.²⁹

De acuerdo con esta concepción, los medios de comunicación social no deberían responder siempre por las inexactitudes deslizadas en lo que publican, por cuanto, de tener que hacerlo, verían seriamente reducidas 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 objetividad, la exactitud y la veracidad de la información resultan, de tal modo, meras actitudes subjetivas del informador y no resultados exigibles por la actividad desplegada.³⁰

El sistema basado en la culpa es presentado por los autores que lo defienden 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

²⁹ Bustamante Alsina, "Responsabilidad de los órganos de prensa por informaciones inexactas", *La Ley*, 1989-B-287; *id.*, "Los efectos civiles de las informaciones inexactas o agraviantes (en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación)", *La Ley*, 1989-D-885; López Cabana, "Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación social por la difusión de noticias", *Responsabilidad por daños, homenaje al profesor doctor Jorge Bustamante Alsina, cit.*, nota 4, p. 41, n. X.

³⁰ Zannoni-Bíscaro, *Responsabilidad de los medios de prensa*, Buenos Aires, Astrea, 1993, pp. 82 y ss., §16; Kraut, "La libertad de expresión y los derechos de las personas (algunas precisiones jurídicas sobre un conflicto actual)", *Jurisprudencia Argentina*, 1993-II-780.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

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.

Se advierten, sin embargo, matices de significación dentro de esta corriente, que varían según los autores. En efecto, en tanto algunos sólo admiten el factor subjetivo de atribución, rechazando de plano la aplicación de factores objetivos incluso en hipótesis de excepción (abuso del derecho, riesgo creado); otros, en posición más flexible, no descartan esto último, reconociendo con mayor o menor amplitud, según habremos de verlo seguidamente, supuestos excepcionales de responsabilidad objetiva de los medios de prensa.

Algunos estiman que debería distinguirse según la víctima sea un funcionario público o un simple “ciudadano particular”, siguiendo muy de cerca la jurisprudencia estadounidense a partir de los precedentes *New York Times v. Sullivan* y *Gertz v. Robert Welch*. En el primer supuesto, sería necesario dolo o culpa grave del informador, en tanto que, tratándose de un simple ciudadano, se aplicarían cartabones más estrictos, resultando suficiente la culpa leve. Esta línea de pensamiento se consolida día con día en la actual jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina.

También se propone formular distinciones según la naturaleza de la información (periodismo de opinión y de transmisión de información), utilizando criterios más flexibles para el primer supuesto y afinando los parámetros valorativos en el segundo. O según se trate de noticias frescas o de aquellas que implican un seguimiento, etcétera.

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 abu-

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

sivo de los derechos. Una variante de la concepción anterior ha sido propuesta por otro sector de nuestra doctrina que, pese a admitir el principio de la responsabilidad subjetiva antes mencionado, reconoce ciertas excepciones, con mayor o menor amplitud, en las que la responsabilidad de los medios sería objetiva. La mayoría de los autores que participan de estas ideas coincide en admitir la responsabilidad objetiva de los medios de prensa cuando se ejerce abusivamente el derecho de informar.³¹

3. *Doctrina de la responsabilidad objetiva fundada en el deber legal de garantía del principal por el hecho de sus dependientes*. Otra posición, compatible con las anteriores, ha sido sustentada por Kemelmajer de Carlucci y Parellada.³² 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” (artículo 1113, párrafo 1); por otro, la de los periodistas, que sería una responsabilidad profesional, con base subjetiva, en la que “del error o la inexactitud de la información surge *in re ipsa* la presunción de culpa que debe desvirtuar quien ha difundido la noticia errada, acreditando que ha tomado las diligencias debidas para evitarlo”.

Según este esquema, se aplicaría para los medios la doctrina dominante en materia de responsabilidad del principal

31 Zannoni, “El factor de atribución de la responsabilidad de los medios masivos de comunicación”, *Responsabilidad por daños, homenaje al profesor doctor Jorge Bustamante Alsina*, cit., nota 4, pp. 23 y ss., n. 5; Mosset Iturraspe-Saux, ponencia presentada a las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, núms. 12 y 13, *in fine*; Rivera, “Libertad de prensa y derecho a la intimidad. Un conflicto permanente”, *La Ley*, 1985-B-114; Ferreira Rubio, *El derecho a la intimidad*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1982, pp. 143 y 144 (los dos últimos sólo con referencia expresa a intrusión en la intimidad).

32 Kemelmajer de Carlucci-Parellada, ponencia presentada a las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

por el daño causado por sus dependientes, administradores o representantes, en ejercicio u ocasión de sus funciones (artículos 43 y 1113, párrafo 1, Código Civil).

Conforme a dicha doctrina 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.

Trasladada la cuestión al caso que nos ocupa, la conclusión fluye nítidamente: siempre será necesario indagar sobre la culpabilidad del dependiente, como requisito condicionante para que funcione la responsabilidad objetiva del principal.

4. *Doctrina que consagra como principio la culpa, pero que admite con mayor amplitud otros supuestos de responsabilidad objetiva.* La posición subjetivista moderada más flexible es la 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 (con lo que se adhiere a la tesis subjetivista), reconoce que pueden configurarse importantes supuestos de responsabilidad objetiva, entre los que incluye a los ya mencionados del abuso del derecho (artículo 1071 *bis*, Código Civil) y de la responsabilidad del principal por el hecho del dependiente.³³ Esta autora admite, además, otros supuestos de responsabilidad objetiva de los medios de prensa, entre los que incluye a la

responsabilidad con fundamento en la equidad, por aprovechamiento económico de una información errónea y nociva, aunque se la haya brindado por error excluyente (artículo 907, párrafo 2, Código Civil)... [y a] la responsabilidad del titular de la

³³ Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, cit., nota 28, pp. 276 y 277, §88.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

actividad por fallas en la organización del servicio, humanas o materiales.³⁴

Así valorada la cuestión, el mentado subjetivismo sólo subyace en el plano de los principios que se proclaman, ya que, en los hechos, la mayor parte de los supuestos concebibles de responsabilidad de los medios cae, como lo ha reconocido la propia jurista cordobesa, dentro del campo de la responsabilidad objetiva.

Otra muy interesante posición es la sustentada por Alejandro Andrada,³⁵ quien encuadra la responsabilidad de los medios bajo la órbita de la doctrina del factor objetivo *abuso del derecho* (artículo 1071, Código Civil), salvo en el ámbito de la crítica política, donde regiría el principio de la culpa.

5. *Doctrina de la responsabilidad objetiva fundada en el riesgo creado (artículo 1113, párrafo 2, segunda parte, Código Civil). El riesgo de la actividad. Nuestra opinión.* Por nuestra parte, junto a otro sector minoritario de la doctrina nacional, nos inclinamos por una solución diferente. Sostenemos 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 (artículo 1113, Código Civil).³⁶

³⁴ Señala Zavala de González que, además, “aun en los casos de responsabilidad subjetiva, debe admitirse flexibilidad en la prueba de la culpa, inclusive por vía de presunciones *hominis* ... Ello estrecha la brecha de las eximentes, y aproxima a las mismas consecuencias prácticas inherentes a la tesis sobre responsabilidad objetiva”, *ibidem*, p. 277.

³⁵ Andrada, *Responsabilidad civil de los medios de comunicación. El factor de atribución*, Rosario, Juris, 1998, cap. V, pp. 235 y ss., en especial 301 y ss.

³⁶ Sostuvimos este criterio en las ponencias que presentamos al Primer Congreso Internacional de Derecho de Daños (Buenos Aires, 1989), en colaboración con José Fernando Márquez a las IV Jornadas Sanjuaninas de Derecho Civil (San Juan, agosto de 1989) y a las Jornadas sobre Responsabilidad Civil en Homenaje al doctor Jorge Bustamante Alsina, Buenos Aires, 1990. En dichas Jornadas se ad-

RAMÓN DANIEL PIZARRO

El advenimiento de la “prensa comercial” y de los modernos medios de comunicación masiva constituye un fenómeno que no puede ser pasado por alto a la hora de proyectar criterios aplicables en materia de responsabilidad civil.

Las dependencias económicas de los medios, la nueva dinámica informativa, la comercialización de la información, la industrialización de la prensa, el rol de la publicidad, el impacto tecnológico en la comunicación social y la concentración de empresas son aspectos decisivos para configurar una actividad típicamente riesgosa para terceros.

Parece conveniente insistir en algo que hemos dicho antes: el valor de la noticia se potencia en la medida en que se la difunde con máxima celeridad. Hay una suerte de despersonalización en el manejo de la información, que no siempre es confirmada o corroborada como correspondería. A veces, por las ya mentadas urgencias, y en otros casos, lisa y llanamente por imposibilidad del medio de hacerlo, en razón de provenir la información de agencias internacionales o nacionales.

Estamos en presencia de verdaderas “máquinas de informar”, que actúan con la vertiginosidad que imponen los nuevos tiempos. No debe sorprender que en esa dinámica puedan inmolarse indebida y arbitrariamente los derechos de la persona que hacen a su dignidad.

Negar el carácter riesgoso que representa la actividad que despliegan los medios cuando difunden informaciones en sentido estricto, es negar la realidad. Y, lo que es más grave todavía, pretender trasladar a ella construcciones jurídicas elaboradas para otra prensa, muy distinta de la actual:

hirieron a esta concepción, entre otros, los doctores Cifuentes, Banchio, Vallespinos, Solignac, Weingarten y Biscaro.

Con posterioridad, ha enriquecido esta corriente, con importantes aportes, Cifuentes, *Derechos personalísimos*, cit., nota 23, pp. 494 y ss., §101, en especial 500 a 502. Véase también Aciarri, “Medios de comunicación masiva y responsabilidad civil. Protección del receptor”, *La Ley*, 1987-D-1020.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

aquella que para su tiempo previeron las democracias liberales de los siglos XVII y XVIII.

Suele sostenerse, con notorio error, que someter a los medios a una responsabilidad objetiva en casos de noticias inexactas o agraviantes significaría aniquilar la libertad de prensa, por cuanto sería imposible verificar siempre la exactitud o veracidad de todo lo que se publica.

Tales aseveraciones no pasan de ser meras declaraciones dogmáticas, que no resisten el menor análisis si la cuestión es tratada sin preconceptos.

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.

Flexibilizar la noción de verdad supone eximir a los medios de comunicación en mayor o menor medida, del coste de verificar exhaustivamente la información difundida. Es de dominio público que, a veces, se dan a conocer noticias no contrastadas porque sería muy complicada o costosa su verificación, o, simplemente, porque hay que adelantarse a la competencia. Al desplazar el problema de la veracidad al terreno de la diligencia —por supuesto, a reserva de cómo se valore ésta— pudiera estarse concediendo a algunas empresas un privilegio de difícil justificación. Enriquecerse es una aspiración legítima, que goza incluso de tutela constitucional. Pero ¿debe tener más facilidades para ello quien posee una empresa de medios de comunicación que quien ejerce otro tipo de actividad? ¿Debe ser la libertad de información una coartada para disfrutar de una reducción de costes que —con razón— se niega a otros sectores de la actividad?³⁷

³⁷ Véase el magnífico trabajo de Casas Vallés, “Sobre la libertad de información y sus límites”, *Revista Jurídica de Catalunya*, Catalunya, núm. 3, 1988, p. 195.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

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.

Se podrá decir, para rebatir estas ideas, que los medios despliegan una actividad que interesa a la sociedad por ser pilar de intereses superiores de la comunidad democrática. Y que tal circunstancia debería mitigar el criterio legal en materia de responsabilidad.

Cedemos la respuesta a Casas Vallés,³⁸ quien sostiene que a nivel comunitario existen otras actividades de tanta importancia como la información, que difícilmente podrían sustraerse a la tendencia de objetivizar su responsabilidad cuando medien actividades riesgosas:

Una empresa farmacéutica, por ejemplo, difícilmente se libraría de responder de los perjuicios causados por una vacuna o medicamento defectuoso o de efectos nocivos insospechados, alegando que en las investigaciones anteriores a su comercialización actuó con la diligencia exigible. Seguramente respondería aun en el caso de haber actuado con todas las precauciones. Las empresas de comunicación demandan en cambio sustraerse a esta tendencia. Su razonamiento es simple. Estamos —parecen decir— al servicio de una institución fundamental en una sociedad democrática (la opinión pública libre) y si se nos obliga a constatar las informaciones de manera exhaustiva —y a responder en caso de que no sean rigurosamente ciertas— pudiera suceder que nuestra actividad dejase de ser rentable. El mensaje que lanzan resulta obvio: sin rentabilidad de las empresas de comunicación no hay democracia.

En suma: los medios de comunicación social deben asumir el riesgo que representan posibles inexactitudes como

38 *Idem.*

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

una consecuencia propia de la actividad por ellos desplegada.

6. *Críticas a la doctrina que defendemos. Réplica.* El primer argumento que se utiliza para denostar la responsabilidad objetiva de los medios es de orden normativo: en nuestro derecho común, se dice, no existe una norma que consagre la responsabilidad civil por actividades riesgosas, en general, y en particular que asigne a la que despliegan los medios de prensa tal carácter. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, reiteradamente, ha sustentado este argumento.

Quienes participan de estas ideas sostienen que en nuestro sistema rige con plenitud el principio de la culpa y que, como consecuencia de ello, los supuestos de responsabilidad objetiva que consagra la legislación vigente deben ser objeto de interpretaciones restrictivas. De tal modo, el artículo 1113 del Código Civil no podría ser interpretado sino estrictamente, y su aplicación debería quedar reducida a la responsabilidad del dueño y del guardián por los daños que provienen sólo del riesgo o vicio de la cosa.

Así valorada la cuestión, quedaría al margen toda posibilidad de incluir en la norma los supuestos de daños causados por actividades riesgosas, con cosas o sin ellas, y también la responsabilidad de quien, aun mediante cosas de las que no es dueño o guardián, despliega una actividad riesgosa que, razonablemente, no puede tener un tratamiento distinto del que prevé el artículo 1113 del Código Civil. Tal como sucede, por ejemplo, con la responsabilidad del fabricante o del productor aparente, por daños causados al consumidor, por vicios o defectos del producto.

Nosotros creemos que el artículo 1113, correctamente interpretado, da pie para sostener una interpretación más amplia y flexible, que incluya en su seno a los daños causados por actividades riesgosas.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

Ahora bien, si *de lege lata* existen marcadas discrepancias doctrinarias a la hora de interpretar el artículo 1113 del Código Civil, *de lege ferenda* las diferencias se acortan sensiblemente, hasta el punto de que la mayor parte de nuestra doctrina admite la conveniencia de regular expresamente esa responsabilidad por actividades riesgosas por su naturaleza o por las circunstancias de su realización, como con muy buen criterio lo proponía el Proyecto de Código Único de 1987.

También *de lege ferenda*, no son pocos los autores que se han pronunciado por admitir que la actividad de los modernos medios masivos de comunicación puede ser considerada una actividad riesgosa, sea con fundamento en la idea de riesgo creado o en la de riesgo de la empresa.

Zavala de González rechaza la teoría que defendemos por considerar inaceptable la aplicación irrestricta del principio del riesgo “para toda hipótesis de daño”.³⁹

En tal sentido, sostiene que no procede la responsabilidad objetiva del medio si la ofensa se encuentra justificada (por ejemplo, si media una causa de justificación); tampoco si la noticia difundida es verdadera. Del mismo modo, estima que es irrazonable aplicar la teoría del riesgo en materia de difusión de ideas y opiniones.

Conviene poner de manifiesto que no es exacto que quienes defendemos la responsabilidad objetiva en materia de daños causados por la difusión de informaciones inexactas o agraviantes por los medios de prensa, apuntalemos una atribución sin límites de dicha responsabilidad, propiciando, por ejemplo, consecuencias resarcitorias cuando median causas de justificación. Si la información que se difunde se encuentra justificada (Zavala de González cita como ejemplos una noticia que afecta la intimidad de un funcionario pú-

³⁹ Zavala de González, *Resarcimiento de daños*, cit., nota 28, pp. 275 y ss., §88.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

blico pero que tiene razonable relación con su función, o una noticia verdadera, aunque potencialmente lesiva, de que alguien ha cometido un delito), ninguna responsabilidad es posible inferir, cualquiera que sea el factor de atribución que se sustente. La causa de justificación produce la antijuridicidad y, en materia de responsabilidad de los medios de información, sin antijuridicidad no hay posibilidad de que se configure obligación resarcitoria alguna. La responsabilidad objetiva no impide la configuración ni la eficacia de las causas de justificación que actúan en el plano de la antijuridicidad, ni de eximentes de otra índole que puedan resultar relevantes.

Zavala de González, luego de rechazar la tesis objetivista, con los argumentos antes reseñados, señala que, si bien no es aceptable la existencia de un riesgo genérico, por la actividad de informar en sí misma, esa actividad informativa “resulta indudablemente riesgosa” cuando es

desenvuelta con carácter empresarial (independientemente de que los titulares sean personas físicas o jurídicas), puesto que ello implica despersonalización y el manejo complejo y acelerado de recursos humanos y materiales, muchas veces ajenos (como agencias noticiosas), que no son cabalmente controlables, y en un terreno que entraña grave peligro para la dignidad de los sujetos comprometidos en las noticias, especialmente cuando éstas tienen difusión masiva.⁴⁰

Se trataría, de tal modo, de un riesgo concreto o de defectos concretos en el desarrollo de la actividad empresarial (y, nos parece, conexo a la actividad informativa en sentido estricto).

Advertimos que, a pesar de las observaciones que formulamos, las coincidencias de esta prestigiosa autora con quienes

40 *Idem.*

RAMÓN DANIEL PIZARRO

sostenemos la tesis de la responsabilidad objetiva por riesgo creado, sobre todo en materia de informaciones inexactas o agraviantes, son prácticamente totales. Ninguno de nosotros ha sostenido que la actividad de informar sea riesgosa por sí misma, genéricamente. La tesis objetivista parte de la base de una modalidad informativa propia de nuestro tiempo: aquella que despliegan los modernos medios masivos de comunicación con carácter empresarial.

No se proclama la existencia de un riesgo genérico de la actividad de informar por sí propia: *sólo aquel que surge de la que despliegan los medios masivos de comunicación*, como fruto de la actividad específica que realizan y, específicamente, de su organización empresarial.

Así valorada la cuestión, la crítica deviene exagerada y, a poco que se la analice, permite inferir una conclusión que respetuosamente exponemos: en materia de daños causados por informaciones sobre hechos (noticias) inexactas o agraviantes, Zavala de González sustenta una posición objetivista tan amplia como la que defiende cualquiera de los autores enrolados en lo que ella califica “la tesis sobre el riesgo de la actividad informativa”. Ningún objetivista sentiría el menor reparo en aceptar las ideas expuestas por esta eminente jurista, que, con su fino sentido jurídico, no pasa por alto un dato relevante a la hora del diagnóstico: cuando la actividad informativa que versa sobre hechos es desenvuelta con carácter empresarial, debe ser alcanzada por la responsabilidad por riesgo. El costo (y los riesgos) de la inexactitud debe ser soportado por los propietarios del medio y no por la propia víctima.

Trasladado este razonamiento a la realidad de nuestro tiempo, es dable observar que prácticamente toda la actividad de difusión de informaciones es realizada con carácter empresarial por empresas periodísticas. Si esto es así, conforme lo que sustenta Zavala de González —y también sos-

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

tenemos nosotros—, cae bajo la órbita del riesgo creado y del artículo 1113 del Código Civil.

¿Qué queda, entonces, dentro de este ámbito, para el declamado principio de la culpa? ¿Es posible seguir sosteniendo que la veracidad y la exactitud son actitudes subjetivas exigibles al informador y no un resultado predicable de la información en sí misma? Sólo esto último es compatible con la idea de una responsabilidad objetiva.⁴¹

Parece necesaria, a esta altura, una reflexión que nos parece de suma importancia: las diferencias entre una concepción de responsabilidad subjetiva que admite la inversión de la carga probatoria y el afinamiento de la noción de culpabilidad a la hora de valorar la conducta del medio (más allá de los supuestos donde se admite una responsabilidad objetiva), por un lado, y una doctrina objetivista pura en materia de informaciones inexactas o agraviantes, por otro, es clara en el plano de los principios, pero se diluye sensiblemente a la hora de su aplicación práctica. En la inmensa mayoría de los casos, las soluciones que ambas propician están destinadas a coincidir.

Ambas doctrinas tienen en común un adversario de fuste, que debe ser combatido y desterrado del derecho argentino: la doctrina de la real malicia, inconvincente construcción foránea, que carece de bases normativas entre nosotros y que ha sido introducida con el fin de crear un ámbito de privilegio inadmisibles a favor de los medios.

41 Así parece admitirlo la autora que venimos citando en *Resarcimiento de daños*, cit., nota 28, pp. 276, § 88: “De tal manera, si con apoyo en una fuente policial se informa que ha sido detenida una persona, cuyo nombre se suministra erróneamente, y este error tiene arranque en aquella fuente, el órgano de comunicación se eximirá acreditando dicha causa ajena; en cambio, no cabe liberar de responsabilidad al titular del medio si la equivocación proviene del columnista, el tipógrafo, una falla en el sistema de computación, etcétera, y aunque se haya incurrido en la *inexactitud de buena fe* y a pesar de desplegar las diligencias ordinarias del caso” (cursivas nuestras).

RAMÓN DANIEL PIZARRO

b) *La doctrina de la real malicia —actual malice—*. Desde hace algunos años ha ido cobrando fuerza entre nosotros la idea de que en materia de responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación resultaría aplicable la doctrina estadounidense de la real malicia (*actual malice*). 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.

No son pocos quienes postulan la aplicación de estas ideas también en materia de *responsabilidad penal* de los periodistas y editores responsables.⁴² Los fundamentos de dicha doctrina radicarían en la necesidad de brindar adecuada tutela a la libertad de expresión, a partir de una interpretación amplia y flexible de los textos constitucionales,

⁴² Se pronuncian a favor de la doctrina de la real malicia, entre otros: Barra, "La libertad de prensa en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia", *La Ley*, 1994-B-1139; Barrancos y Vedia, "La doctrina de la 'real malicia' en la jurisprudencia de la Corte Suprema", *La Ley*, 1995-E-871; Zannoni-Bíscaro, *Responsabilidad de los medios de prensa*, cit., nota 30, pp. 65 y ss., n. 13; Badeni, "Doctrina de la real malicia", *La Ley*, 1997-B-1181; Morello, "Libertad de prensa y responsabilidad civil (La legitimación de quien es 'figura pública' y la prueba de la 'malicia real' —actual malice—)", *Jurisprudencia Argentina*, 1992-I-565. El maestro platense, sin embargo, ha modificado su opinión, alarmado por las consecuencias que arroja dicha construcción y por la vulneración del principio de igualdad constitucional; Morello, "¿Es imprescindible la doctrina de la 'real malicia' (*actual malice*)?", *La Ley*, 1997-E-1188—. En contra, rechazando de plano su pretendida aplicación entre nosotros: Bustamante Alsina, "Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la '*actual malice*' (a propósito de los casos 'Morales Solá' y 'Gesualdi')", *La Ley*, 1997-A-936; Cifuentes, *Derechos personalísimos*, cit., nota 23, pp. 494 y ss., n. 101; Zavala de González, cit., nota 28, pp. 262 y ss., §88, ap. b); Rivera, "Responsabilidad civil por daños a los derechos de la personalidad (con especial referencia a su protección frente a la prensa)", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, España, núm. 1, 1992, pp. 41 y ss.; Andrada, *Responsabilidad civil de los medios de comunicación*, cit., nota 35, pp. 282 y ss.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

que permita crear un espacio donde aquélla pueda desplegarse. 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 (*verbi gratia*, futbolistas, artistas, escritores, políticos, etcétera), ya que estos últimos tienen siempre la posibilidad de acceder fácilmente a los medios de comunicación social para defenderse.⁴³

La recepción de esta doctrina, como es fácil advertirlo, presenta especial importancia en dos aspectos fundamentales: *la carga de la prueba* y, especialmente, *el factor de atribución* aplicable en materia de responsabilidad de los medios de prensa.

¿Es posible sustentar la doctrina de la real malicia en el derecho argentino? ¿Existen bases normativas suficientes para ello? Y, en tal caso, ¿cuáles son los límites precisos de su formulación?

El tema es polémico y, sobre todo, opinable.

En los últimos tiempos ha trascendido el plano doctrinario y se ha proyectado, inclusive, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, que en forma ahora definida parece orientarse hacia esas ideas. Sin embargo, el panorama dista mucho de ser claro y evidencia marchas y contramarchas que son perniciosas para la seguridad jurídica. La cuestión se ha renovado con motivo de tres fallos de la Corte, dictados en las causas “Morales So-

⁴³ Para un completo estudio de la doctrina de la real malicia, véase: Barton Carter *et al.*, *The First Amendment and the Fourth State (The Law of Mass Media)*, Nueva York, Foundation Press, 1988, pp. 95-126; Nelson y Le Duc, *Law of Mass Communications (Freedom and Control of Print and Broadcast Media)*, *cit.*, nota 27, pp. 99 y ss.; Shiffrin y Choper, *The First Amendment*, Aspen Publish, 1991, pp. 65 y ss.; Gillmor Barron, *op cit.*, nota 27, pp. 168 y ss.; Denbeaux, “The First World of the First Amendment”, *Northwestern University Law Review*, vol. 8, núm. 5, 1986, p. 1156; Muñoz Machado, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, *cit.*, nota 28, pp. 88 y ss.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

lá”, “Gesualdi” y “Ramos”, que han provocado reacciones dispares en los medios de prensa y en la principal entidad que los nuclea.

1. *La doctrina de la real malicia es ajena a nuestro sistema jurídico. Ausencia de bases normativas.* En nuestra opinión, 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 mucho menos en el Código Civil encontramos sustento para su aplicación. Más aún: si una conclusión puede extraerse de dicha normativa es, precisamente, la contraria a su admisión.

La Constitución argentina otorga, como es sabido, a la libertad de publicar ideas por la prensa una enorme importancia, que se ha visto reflejada en dos normas que han permanecido inalteradas luego de la reforma de 1994: los artículos 14 y 32 de la Constitución nacional.

El primero reconoce a todos los habitantes el derecho “de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa”; el segundo impone una categórica prohibición al Congreso de la Nación de dictar leyes que restrinjan la libertad de prensa.

Esta normativa constitucional guarda plena armonía con lo dispuesto en los pactos internacionales sobre derechos humanos incorporados a nuestro sistema con jerarquía constitucional (artículo 75, inciso 22). En todos ellos campea la misma premisa: ausencia de controles previos —esto es, prohibición de censura previa, en cualquiera de sus manifestaciones— y responsabilidad ulterior del medio que publica informaciones falsas, inexactas o agraviantes.

Adviértase que de los textos constitucionales —y de la normativa supranacional antes citada— ninguna situación de privilegio a favor de los medios de prensa es posible inferir, como no sea la que impide la censura previa. *No hay privilegios posteriores a la publicación.*

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

La tutela constitucional diferenciada de la libertad de prensa tiene, de tal modo, una dimensión superlativa en la etapa previa a la publicación; no así después de efectuada la misma, donde se aplican a los medios tanto los principios como las reglas del derecho común. Los medios de prensa y los periodistas son alcanzados por ellos, sin que puedan invocar en esta etapa ulterior a la publicación ningún privilegio. Una solución contraria debería estar expresamente consagrada por la Constitución nacional pues, de otro modo, se quebraría inexorablemente el principio de igualdad que surge del artículo 16 de la carga magna.

Buscar “el fundamento” de la responsabilidad de los medios en la Constitución, para así apartarse de la aplicación de las normas del derecho escrito y codificado que regulan la actividad de aquéllos, significa una idea inaceptable, carente de sustento normativo.

En materia penal, los jueces no pueden aplicar otros tipos penales que los previstos por la ley, ni admitir causales de eximición de responsabilidad distintas de las previstas por la legislación (artículos 49, 109, 110, 113 y 114, Código Penal).

En materia de responsabilidad civil derivada de publicaciones falsas, inexactas o agraviantes, las normas aplicables son las del derecho común, destinadas a reglamentar el ejercicio de los derechos y garantías fundamentales de toda persona. Se trata de normas que tienen plena vigencia y que resultan de aplicación obligatoria para la solución de los conflictos. Normas que no pueden ser dejadas de lado alegremente, a través de la invocación de precedentes jurisprudenciales ajenos a nuestro sistema. Como bien lo advierte Cifuentes:

no es la jurisprudencia, el sistema del precedente, sino la ley la que formula los principios en un orden jurídico continental como

RAMÓN DANIEL PIZARRO

el nuestro. No son los jueces los encargados de establecer los márgenes reglamentarios de la conducta, ni la Corte Suprema cuya jurisprudencia tampoco es jurisdiccionalmente obligatoria.⁴⁴

Las normas que deben ser aplicadas no son otras que las que consagra el citado cuerpo normativo ante la ausencia de leyes especiales en la materia: los artículos 512, 902, 1071 y 1109 del Código Civil para la mayoría de nuestra doctrina, o el artículo 1113 del Código Civil para quienes, minoritariamente, proclamamos una responsabilidad de tipo objetivo, basada en la idea de riesgo creado. Dicha normativa no discrimina a propósito del autor y de la víctima y no puede dejar de ser aplicada a los medios sin una declaración previa de su inconstitucionalidad, so riesgo de generarse una desvirtuación total del sistema.

2. *La doctrina de la real malicia y la libertad de prensa.* Suele presentarse a la doctrina de la real malicia como una condición *sine qua non* para la existencia de la libertad de prensa; como una noble bandera, detrás de la que se sitúan quienes la consideran un bastión indispensable para la vida de la democracia. Al parecer, hasta su “descubrimiento” por la Corte de los Estados Unidos hemos vivido en la penumbra, sin una correcta valoración del rol constitucional que ella debía tener. En este ámbito bien podría decirse que “no todo tiempo pasado fue mejor”.

Pero, ¿es esto real? ¿Se puede decir, seriamente, que la libertad de prensa fue “redescubierta” en su verdadera dimensión en 1964 por la Corte de los Estados Unidos y, entre

⁴⁴ Cifuentes, *Derechos personalísimos*, cit., nota 23, p. 497, §101. Cfr. Bustamante Alsina, “Nuestro derecho común interno frente a la doctrina jurisprudencial norteamericana de la ‘actual malice’ (a propósito de los casos ‘Morales Solá’ y ‘Gesuvaldi’)”, *La Ley*, 1997-A-936; Romero, Miguel A., “Libertad de prensa: la real malicia y el divorcio de la Corte con el derecho propio”, *Jurisprudencia Argentina*, 1998-I-723; López Herrera, Edgardo, “La doctrina de la real malicia en la Corte de Tucumán”, *Siglo XXI Jurídicas*, Tucumán, 25 de marzo de 1997, pp. 3 y 4.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

nosotros, más de 20 años después por algunos ministros de la Corte Suprema? ¿Puede sostenerse que los tiempos que precedieron a *New York Times v. Sullivan* mostraron una tutela raquíta de la libertad de prensa?

La respuesta negativa fluye nítidamente. La tutela de la libertad de expresión y de la de prensa, como proyección más calificada de aquélla, alcanzó entre nosotros durante más de 130 años adecuada protección —también en las cuestiones relativas a las responsabilidades civil y penal derivadas de abusos en el ejercicio de tal libertad— sin acudir a esta construcción importada de la real malicia, que rechazamos de plano. Tutela que puede asegurarse y enriquecerse en el futuro sin necesidad de acudir a ella.

3. *El derecho de daños y los valores constitucionales en juego.* Se ha sostenido, en defensa de la doctrina de la real malicia, que las críticas formuladas a ella por quienes, como nosotros, la consideramos ajena a nuestro sistema jurídico evidencian un enfoque erróneo del problema, consistente en la creencia de que los problemas constitucionales —en casos como los que nos ocupan— pueden ser resueltos exclusivamente a la luz de la legislación común, con prescindencia de los prioritarios principios constitucionales que regulan el tema.

Según esta concepción, la cuestión estaría por encima de la discusión técnica de si se aplica el artículo 1109 o el 1113 del Código Civil en los casos de responsabilidad civil derivados del ejercicio de la libertad de prensa, y debería centrarse, en primer término, en la propia Constitución nacional y en los valores que ella protege como prioritarios, entre los que se ubica en primerísimo lugar a la libertad de prensa, a la que algunos asignan el carácter de “libertad estratégica”.

La aplicación a los medios de prensa de los principios generales de la responsabilidad civil, sea sobre la base de una responsabilidad subjetiva simple o no agravada —por lla-

RAMÓN DANIEL PIZARRO

marla de alguna manera— (artículos 512, 902 y 1109, Código Civil) o, con mayor razón, asentándola sobre parámetros objetivos (artículos 1071 y 1113, Código Civil), podría —según esta concepción— resultar idónea para afectar gravemente la esencia misma de la libertad de expresión.

Dentro de ese esquema, el juicio de valor que necesariamente debería formularse impondría la aplicación de la doctrina de la real malicia, por ser la que mejor se adecuaría a nuestro sistema constitucional.

Por nuestra parte, no sin reconocer la seriedad de estos argumentos y el prestigio de sus defensores, nos inclinamos por ideas distintas.

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 del derecho común que regulan la responsabilidad por daños.

Ese orden normativo —cualquiera que sea el alcance interpretativo que se le asigne— en modo alguno está en pugna con la Constitución nacional. Más bien todo lo contrario.

Pretender su no aplicación, sobre la base de una supuesta incompatibilidad con la tutela que la Ley Fundamental realiza de la libertad de prensa, importa una idea que, entre nosotros, no tiene respaldo *ni siquiera en la propia Constitución nacional, que —insistimos— ningún tipo de privilegio reconoce a los medios de prensa una vez efectuada la publicación.*

No existe contradicción entre las normas del derecho privado que regulan la responsabilidad civil de los medios y la Constitución nacional. De allí que la pretendida necesidad de adaptar el sistema de daños a los medios de prensa, mediante la configuración de un tipo ultrasubjetivo de responsabilidad civil, se presenta como una idea que, además de ser inaceptable, *vulnera elementales derechos y garantías*

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

constitucionales, como la igualdad. Y evidencia, al mismo tiempo, una interpretación poco convincente, que sólo encuentra sustento en la voluntad de quien la formula.

4. *La doctrina de la real malicia es mucho más que una simple técnica procesal. El problema de la carga de la prueba.* Se ha sostenido que la doctrina de la real malicia representa una mera “técnica procesal”, orientada a dilucidar la distribución de la carga de la prueba, tanto en casos de responsabilidad civil, como frente a querellas criminales por afectaciones a la dignidad personal, hechas por medio de la prensa. Nos permitimos discrepar: tal como se la ha presentado, la doctrina de la real malicia importa *mucho más* que una mera técnica de distribución de la carga probatoria. Particularmente en materia civil —su ámbito natural—, aparece claramente orientada a la consagración de un factor de atribución subjetivo agravado, idóneo para derogar, en importantes supuestos, la normativa general del Código Civil aplicable.

No se trata, pues, simplemente de trasladar a quien pretenda reparación la carga de la prueba de la falsedad de lo informado por el medio y de la culpa del informador. La doctrina de la real malicia *es más que eso*, pues exige la presencia de un factor subjetivo de atribución calificado en el ámbito específico de su aplicación: *dolo o culpa grave*. Y excluye, al mismo tiempo, toda posible invocación de responsabilidad basada en la idea de culpa no grave —por llamarla de alguna manera— (muchas veces presumida *iuris tantum*) o de responsabilidad objetiva, sea fundada en el riesgo creado (artículo 1113, Código Civil) o en la doctrina del abuso del derecho (artículo 1071, Código Civil).

5. *La autodefensa del agraviado y la doctrina de la real malicia.* Una de las razones que justificaron la irrupción de la doctrina de la real malicia en el derecho estadounidense, al menos en la formulación originaria de *New York Times v.*

RAMÓN DANIEL PIZARRO

Sullivan, se vincula con las posibilidades que tendrían los funcionarios públicos —destinatarios originales de aquella— para *autodefenderse*. Ellos tendrían acceso a los medios para replicar las afrentas, para suministrar “su” verdad de los hechos, provocando de tal modo el daño que deriva de la publicación lesiva.

Nos parece que se deslizan en esta aseveración varios aspectos que merecen ser analizados y que hacen a la esencia misma de la doctrina.

En primer lugar, es falso que a través del acceso a los medios el sujeto agraviado por la información tenga inexorablemente la posibilidad de alcanzar una reparación del daño sufrido con motivo de una información agravante.

A lo sumo podría admitirse la idoneidad de tal proceder para neutralizar los efectos dañosos futuros de la acción lesiva, total o parcialmente, según los casos. Pero de ninguna manera se borran los ya producidos. La simple “respuesta”, aun la canalizada a través de los medios, no necesariamente tiene virtualidad reparadora.

Autodefensa y reparación son dos conceptos que no transitan necesariamente por carriles coincidentes. Ordinariamente, la primera no excluye a la segunda, ni esta última se reduce a aquella.

Quien resulta agraviado arbitrariamente, sea funcionario público o no, tiene derecho a pretender del sistema algo más que el reconocimiento a su autodefensa. Tiene derecho a que el ordenamiento jurídico, a través de la aplicación de las leyes por los organismos jurisdiccionales del Estado, lo asista, aplicando las sanciones resarcitorias y de otra índole pertinentes.

Tanto un funcionario público como un simple ciudadano “particular” gozan cualitativamente de igual derecho al honor, y merecen por parte del ordenamiento jurídico una tutela jurídica cualitativamente no diferenciada. Esto no implica

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

desconocer que el honor, como la intimidad, puede tener en los personajes públicos un umbral cuantitativamente más circunscrito, por cuanto muchos aspectos que normalmente están al margen de las intromisiones de terceros *pueden tener vinculación con la función que ellos cumplen y dar lugar a un interés general prevaleciente en conocer los hechos, actuando como causa de justificación que legitime el acto*. Pero si los requisitos de la causa de justificación no concurren, es imputable responsabilidad por ese acto antijurídico *aunque la culpa no revista un nivel grosero*.

Los medios tienen derecho a la libre crítica de los funcionarios por los actos propios de su función, lo que constituye un pilar básico del régimen republicano y una manifestación esencial de la libertad de prensa. Los funcionarios públicos están expuestos a la valoración pública y a la crítica de los medios, sin que por ello puedan, en principio, agraviarse; pero cuando aquélla se convierte en un instrumento arbitrario para difamar o penetrar en su intimidad, no cabe otra solución que proteger al damnificado.

Lo expresado asume mayor relieve si se pondera que, a tenor de las marchas y contramarchas que ha experimentado el desarrollo de la doctrina de la real malicia en el derecho estadounidense, *no siempre el afectado es un funcionario público o un político* (destinatarios originarios de la doctrina de la real malicia). La aplicación de la doctrina a las figuras públicas o a simples particulares envueltos en una controversia de interés público torna todavía más preocupantes e injustas las derivaciones que arroja esta singular construcción, forjada a la medida de los intereses económicos de los medios de prensa. Adviértase que la propia determinación de quien es figura pública puede terminar dependiendo de los propios medios de comunicación, ya que ellos pueden convertir a una persona en figura pública al erigirla en protagonista de una información inexacta o agravante que toma estado público.

RAMÓN DANIEL PIZARRO

6. *Riesgos de importar fraccionadamente una doctrina extranjera.* La pretendida adopción de la doctrina de la real malicia no puede ser disociada de ciertos componentes, gestados en los Estados Unidos, que son complemento inseparable de ella.⁴⁵

Dentro de ese sistema, se ha procurado armonizar la situación de privilegio otorgada a los medios de comunicación social con otras instituciones que mitigan ese rigor, procurando un mejor equilibrio de los intereses comprometidos. Lo curioso es que quienes proclaman la aplicación indiscriminada de la doctrina de la real malicia entre nosotros, únicamente toman las ideas del derecho estadounidense en cuanto crean situaciones de privilegio a favor de los medios, en desmedro de los intereses de los ciudadanos.⁴⁶

Nada se dice, en cambio, de la necesidad de acompañar esos privilegios con otras medidas que pueden afectar a los medios de prensa, que han sido largamente aceptadas por la jurisprudencia de los Estados Unidos.

⁴⁵ Cfr. Pantaleón Prieto, *La Constitución, el honor y unos abrigos, cit.*, nota 13, pp. 2 y 3, n. IV, ap. 3).

⁴⁶ Señala con acierto Pantaleón Prieto: “las soluciones jurídicas no pueden importarse como frigoríficos: al igual que el desarrollo de ciertos animales y plantas sólo es posible en su hábitat natural, la racionalidad de las soluciones jurídicas descansa no pocas veces de tal manera en la estructura institucional en la que se producen que, desenraizadas de ella, pierden por entero su sentido. Y lo que en la importación que nos ocupa se ha despreciado —pese a resultar perfectamente sabido por sus proponentes— es algo tan fundamental como que en el terreno de la libertad de información en los Estados Unidos, el *law of torts*, pertrechado de los *punitive damages* con el resultado de indemnizaciones típicamente millonarias en dólares, tiene, junto a la función resarcitoria y prácticamente en exclusiva, una función punitiva. Y, en consecuencia, resulta totalmente lógico que se sostenga que la Constitución, la *Enmienda I*, impone para tal responsabilidad ‘civil’ los criterios de imputación que se acaban de considerar constitucionalmente indicados para nuestra responsabilidad penal —*actual malice* y *reckless disregard for the truth*— cuya prueba corresponde al demandante, por más que sea carga del demandado no hacerla imposible”, *idem*.

RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS MEDIOS

Tal como sucede, por ejemplo, con la teoría de los daños punitivos, que son componentes “esenciales de los ‘mega-veredictos’ de las condenas multimillonarias a los medios”;⁴⁷ o con el denominado *discovery period* —etapa judicial previa, con particularidades propias y específicas, en la que ambas partes deben poner a disposición de la otra todos los documentos, evidencias y demás elementos de que dispongan—, sin el cual la doctrina *New York Times v. Sullivan* es impracticable.⁴⁸

El objetivo fundamental de este *discovery period*, es “la investigación sobre la falsedad de la noticia y la determinación subsiguiente de si el medio de comunicación actuó o no con conocimiento de que era falsa o con desconsideración (*reckless disregard*) hacia la verdad”;⁴⁹ se busca con ello mitigar el rigor que para la víctima representa la prueba del dolo o culpa grave del medio, imponiendo a ambas partes deberes de conducta.

En esta etapa preliminar los medios no pueden guardar una actitud pasiva, esperando que el agraviado pruebe lo que tantas veces es imposible: el particular ánimo subjetivo del informador.

Rechazamos de plano esta doctrina extranjerizante en forma terminante. No porque sea foránea (¡tantas construcciones jurídicas vigentes entre nosotros tienen su origen en la experiencia extranjera!), sino porque carece de bases

47 Muñoz Machado, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, cit., nota 28, p. 146. Ver, asimismo, la nota titulada “Punitive Damages and Libel Law”, *Harvard Law Review*, vol. 98, núm. 4, 1985, pp. 828 y ss.

48 La Corte Suprema de los Estados Unidos, en la causa *Herbert v. Lando* (441 US 153) legitimó constitucionalmente el *discovery* en materia de procesos de libelo. Véase Nelson y Le Duc, *Law of Mass Communications (Freedom and Control of Print and Broadcast Media)*, cit., nota 27, pp. 189 y ss.; Pizarro, *Responsabilidad civil de los medios masivos de comunicación. Daños por noticias inexactas o agraviantes*, 2a. ed., Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 433, §88.

49 Véase Muñoz Machado, *Libertad de prensa y procesos por difamación*, cit., nota 28, p. 116

normativas entre nosotros y lleva, además, a consecuencias injustas.

c). *Daños provenientes de la expresión de ideas y opiniones agraviantes.* Otro de los aspectos delicados del análisis del factor de atribución es el vinculado con la responsabilidad civil derivada de la expresión de ideas y opiniones agraviantes.

El tema presenta especial complejidad, pues en esta materia no es posible predicar la exactitud o inexactitud de lo informado: la expresión de ideas y opiniones no toma como referencia un dato de la realidad externa, sino que, por el contrario, importa manifestar algo que proviene del interior del emisor y que, por su naturaleza misma, no es susceptible de un juicio de exactitud-inexactitud, ni menos aún de prueba alguna en torno a ello. Una idea o una opinión, como ya se ha dicho, pueden ser justas o injustas, agraviantes o no, pero nunca exactas o inexactas, verdaderas o falsas.

A esa dificultad se le suman dos datos de la realidad, a tener en cuenta a la hora de intentar un diagnóstico jurídico. El primero, y más relevante, proviene del derecho constitucional. Como regla general, la expresión de ideas y opiniones en sentido estricto goza de una muy amplia tutela constitucional (artículos 14 y 32, Constitución Nacional) y debe, como regla, ser alcanzada por un principio básico en esta materia: como regla general, la expresión de ideas y opiniones no genera responsabilidad civil (ni penal), salvo que transgreda ciertos límites internos, sobre los que habremos de volver seguidamente, que deben ser precisamente determinados. Límites que, insistimos, a diferencia de lo que sucede en materia de información de hechos (noticias), no toman como referencia los requisitos de exactitud y veracidad de la información (ni de objetividad de quien informa), sino otros, más delicados, que requieren ser sopesados en forma por demás cuidadosa. Una inadecuada ponderación de estos aspectos puede llevar a cercenar peligrosamente la libertad de expresión.